

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES

# ANALES

SEGUNDA ÉPOCA  
AÑO LXII - NÚMERO 55  
2017



**LA LEY**

BUENOS AIRES

Badeni, Gregorio

Anales 2017 / Gregorio Badeni. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires:  
La Ley, 2018.

496 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-03-3691-4

1. Derecho. I. Título.

CDD 342

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

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Todos los derechos reservados

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Av. Alvear 1711, primer piso. Tel./Fax: 4812-9327 y 4815-6976

(1014) Buenos Aires - Argentina

academiaderecho.org

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

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación*
- *CENTENARIO 1908 — 7 de octubre — 2008*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana*
- *Historia 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 55.

SERIE II — OBRAS

- 1.— *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.— *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.— *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.— *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.— *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.— *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.— *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.— *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.— *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.— *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.— *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.— *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.— *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.— *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.— *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.— *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.— *Primeros Académicos de Derecho - 1925*.
- 18.— *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías Pág. Guastavino (2 tomos).
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor Pág. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías Pág. 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.
- 28.— *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.

- 29.— *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.— *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 31.— *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 32.— *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.
- 33.— *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 34.— *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 35.— *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?*, XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

### SERIE III — COMUNICACIONES

*Comunicaciones* — N° 1.

### SERIE IV — INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

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

### INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

- 1.— *Estudios de Derecho Civil.*

### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

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

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

#### INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

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

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

#### INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

#### INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

#### INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
SEGUNDO V. LINARES QUINTANA

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

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

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS  
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

**Presidente**

*Académico Dr. Jorge R. Vanossi*

**Vicepresidente**

*Académico Dr. Roberto E. Luqui*

**Secretarios**

*Académico Dr. Emilio P. Gnecco*

*Académico Dr. Rafael M. Manóvil*

**Tesorero**

*Académico Dr. Daniel Funes de Rioja*

**COMISIÓN DE PUBLICACIONES**

**Director de Publicaciones**

*Académico Dr. José D. Ray*

**Vocal**

*Académico Dr. Jaime Luis Anaya*



ACADÉMICOS DE NÚMERO  
*por orden de antigüedad*

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. José D. Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dr. Hugo Caminos	Eduardo Acevedo	23 noviembre 1995
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Jorge Horacio Alterini	Alfredo Colmo	14 diciembre 2000
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h.)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. José O. Casás	Lisandro Segovia	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017

MIEMBROS CORRESPONDIENTES  
*por orden de antigüedad*

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Giorgio Berti	Italia	10 julio 2003
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Franck Moderne	Francia	27 mayo 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Ángel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Brasil	26 abril 2007
Dr. Francisco Orrego Vicuña	Chile	11 diciembre 2008
Dr. Mariano R. Brito Checchi	Uruguay	23 julio 2009
Dr. Daniel Hugo Martins	Uruguay	24 junio 2010
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Francesco Berlingieri	Italia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio de 2011
Dr. Andrei Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Argentina	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

## ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho Acta n° 1 del 7-10-1908
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019

## ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Dr. Juan M. Garro
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Dimas González Gowland
Dr. Juan Álvarez	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dra. Margarita Argúas	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Roberto E. Guyer
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Hilario Largaúa
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Ricardo Levene
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Mario Justo López
Dr. Ernesto Bosch	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Francisco Canale	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Santos Cifuentes	Dr. José N. Matienzo
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. José Luis Murature
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Manuel María Diez	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Luis M. Drago	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Horacio P. Fargosi	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo Orma
Dr. Salvador Fornieles	Dr. Julio César Otaegui
Dr. Vicente C. Gallo	Dr. Alberto G. Padilla

Dr. Lino E. Palacio  
Dr. Jesús H. Paz  
Dr. José M. Paz Anchorena  
Dr. Federico Pinedo  
Dr. Norberto Piñero  
Dr. Ángel S. Pizarro  
Dr. Luis Podestá Costa  
Dr. Ernesto Quesada  
Dr. Juan P. Ramos  
Dr. Enrique Ramos Mejía  
Dr. Francisco Ramos Mejía  
Dr. Juan Carlos Rébora  
Dr. Roberto Repetto  
Dr. Manuel Río  
Dr. Marco Aurelio Risolía  
Dr. Horacio C. Rivarola  
Dr. Rodolfo Rivarola  
Dr. Alberto Rodríguez Galán  
Dr. Ambrosio Romero Carranza  
Dr. José M. Rosa  
Dr. José María Ruda  
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno  
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)  
Dr. Alejandro Ruzo

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



I

# INCORPORACIONES





# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR HORACIO GARCÍA BELSUNCE (\*)

La Academia de Derecho me ha conferido el honor, con la correspondiente responsabilidad, de presentar en este acto al nuevo académico Dr. José Osvaldo Casás, recientemente designado miembro de número.

Recalco que es un honor dar la bienvenida a esta corporación a un jurista de los quilates y la trayectoria del Dr. Casás. Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 1967, obtuvo el título de posgrado diez años después, con tesis calificada sobresaliente y galardonada con los premios Facultad y Manuel Augusto Montes de Oca.

Es profesor emérito de esa casa de estudios y ha recibido en tres oportunidades el primer premio de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Asimismo, ha sido director de la carrera de Especialización en Derecho Tributario en dicha facultad. Desde 1998 es juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Bs.As.

Dr. Casás: esperamos su autorizada palabra. ◆

---

(\*) Discurso de recepción del académico de número Dr. José O. Casás, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de septiembre de 2017.



# LA CIUDAD DE BUENOS AIRES FRENTE A LA COPARTICIPACIÓN IMPOSITIVA Y LAS PROPUESTAS DE SUSTITUCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS

POR JOSÉ O. CASÁS (\*)

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi.

Señor académico Dr. Horacio García Belsunce.

Señores académicos.

Autoridades nacionales y locales.

Magistrados y funcionarios judiciales y en particular colegas del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Profesores, amigos, señoras y señores:

Además de agradecer las palabras de presentación del académico Dr. Horacio García Belsunce, quien impulsó mi designación, y que han sido en sus conceptos extremadamente generosas para con mi persona, quiero hacer lo propio respecto de las pronunciadas por el señor presidente de esta corporación, académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi y extenderlo a todos los académicos que participaron en la sesión privada en que se decidió mi incorporación. Debo añadir en primer término el alto significado que representa en lo personal pasar a formar parte de la Academia, y que este hecho concreta una de las máximas aspiraciones de quienes actuamos ejerciendo en los más variados roles que ofrece el quehacer jurídico. También quiero sumar un reconocimiento que en su

---

(\*) Discurso del académico de número Dr. José O. Casás, en la oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de septiembre de 2017.

hora incorporé a mi tesis doctoral dirigido a las personas más cercanas en el afecto. En ella agradecía:

*A la vida.*

*A María Ascensión, mi madre, que me dio la vida.*

*A Sarah Makintach mi tía, que me enseñó cómo y por qué vivir la vida.*

*A Betty, mi esposa, por su amor, impulso y sostén de los ideales por los que lucho en la vida.*

*A José y Mercedes, nuestros hijos, frutos de ese amor, alegría y promesa concretada con que la generosidad de Dios bendijo nuestras vidas*

Sumo hoy, en mi agradecimiento, a mis nietos:

*Fátima, Joaquina, Marcos, Felipe y Manuel, el mejor regalo que he recibido en el crepúsculo de la vida.*

Según lo marcan las prácticas de estilo corresponder que dedique la primera parte de mi exposición a recordar al jurista que le dio nombre al sitial para el cual he sido convocado que es el Dr. Lisandro Vicente Segovia y en segundo término a quien me precediera ocupándolo y cuyo fallecimiento determinara la vacancia, esto es, el Dr. Roberto Enrique Guyer.

### **Dr. Lisandro Vicente Segovia**

Constituye un verdadero honor ocupar el sitial que lleva el nombre de uno de los juristas más completos y versátiles de la República Argentina, que además no agotó sus inquietudes en el Derecho, sino que incursionó también, al menos brevemente, en el periodismo y en la política.

Nació en Empedrado, provincia de Corrientes, el 11 de diciembre de 1842 y falleció el 26 de julio de 1923 en la Ciudad de Córdoba.

Cursó sus estudios de Derecho en la Universidad de Córdoba, donde se graduó como abogado.

Inició su desempeño en la justicia en su provincia de Corrientes, donde integró una de sus Cámaras y el Superior Tribunal.

En el campo del Derecho, sus aptitudes jurídicas se exhibieron a través de profundos ensayos y elaboración de proyectos de reforma legislativa. También incursionó en la cátedra universitaria en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —hoy Facultad de Derecho— de la Universidad

---

de Buenos Aires, donde en 1905 fue nombrado profesor de Derecho Comercial.

Su principal y más dilatada responsabilidad la cumplió a través del desempeño en la justicia, revistando en Buenos Aires como fiscal de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Criminal y Correccional desde el 3 de julio de 1894 hasta el 30 de noviembre de 1921 en que renunció para jubilarse.

Se ocupó en sus obras del comentario legislativo y de la concreción de distintos anteproyectos tanto en el campo del derecho civil —respecto del cual se le adjudica la condición de haber sido uno de los estudiosos más analíticos y severos de la obra de Dalmacio Vélez Sarsfield— como en el ámbito del derecho comercial, sin que ello fuera óbice para que sus inquietudes se explayaran en el campo del derecho procesal y del derecho internacional privado. A ello se suman sus estudios sobre sociología criminal.

Dentro de su producción se destacan *El Código Civil de la República Argentina. Con su explicación y crítica bajo la forma de notas* (Coni Hermanos, 1881); *Explicación y crítica del nuevo Código de Comercio de la República Argentina con el texto íntegro del mismo Código* (Lajouane, 1892); *El Código Civil Argentino anotado* (Lajouane, 1894).

Sus intereses no se agotaron en el ámbito del Derecho y registra dos obras colosales que denotan su sólida versación en filología *Diccionario de argentinismos (neologismos y barbarismos)* y una nueva edición de *Diccionario de argentinismos* —premiada con medalla de oro en la exposición realizada en la ciudad de San Francisco, Estado de California, Estados Unidos de América y con un primer premio otorgado por la Real Academia Española en los Juegos Florales de 1904—.

Se trata, como lo señalé al comienzo, de una personalidad con múltiples facetas, y su trayectoria marca una vida dedicada al estudio y comprometida con la aplicación del Derecho en todas sus ramas.

### **Dr. Roberto Enrique Guyer**

El Dr. Roberto Enrique Guyer, que me precedió en este sitio, nació el 10 de marzo de 1923 y falleció el 16 de febrero de 2016, en ambos casos en la ciudad de Buenos Aires. Su madre era suiza y su padre argentino hijo de suizos, lo que marcó su sobria impronta resultante de su formación y de la visión del mundo que recibió de su familia.

Realizó sus estudios en destacados colegios porteños y se graduó de abogado en la antigua sede de la entonces Facultad de Derecho y Ciencias

Sociales —hoy Facultad de Derecho— de la Universidad de Buenos Aires sita en la avenida Las Heras.

Tempranamente, en la misma unidad académica, el 9 de diciembre 1952, defendió su tesis doctoral sobre el tema *La problemática del imperialismo* ante el jurado integrado por los Dres. Faustino J. Legón, Juan M. Bargalló Cirio y Joaquín Díaz de Vivar, la que fue calificada como sobresaliente y recomendada para el *Premio Facultad*, el que le fue discernido medio siglo después y luego de la incorporación en esta Academia por resolución del Consejo Directivo de esa casa de altos estudios N.º 3163 del año 2005, suscripta por su entonces decano el profesor emérito Dr. Atilio Aníbal Alterini.

A poco de recibido manifestó su vocación por el Derecho Internacional Público, realizando con éxito los cursos pertinentes en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, los que culmina en 1950 para, posteriormente, sumar posgrados en las Universidades de Oxford y de Columbia en Nueva York durante los años 1950 y 1951.

Su incorporación a la Cancillería Argentina se produjo en el año 1955 durante la gestión como ministro de Relaciones Exteriores del doctor Luis Agustín Podestá Costa, quien ocupara tal cartera de 1955 a 1957.

Se reportó Guyer en la Consejería Legal de la Cancillería donde profundizó sus conocimientos de Derecho Internacional Público en su aplicación concreta y práctica.

Con motivo del Año Geofísico Internacional en 1956, estudió y profundizó el Tema Antártico, cuestión por la que mantendría viva sus inquietudes a lo largo de toda su vida y que le permitirían con sus traslados como consejero de la Embajada Argentina en los Estados Unidos, participar en las negociaciones que finalmente culminaron con la suscripción del Tratado Antártico.

Su labor docente se materializó a partir del año 1955, inicialmente como profesor adjunto y luego asociado de *Derecho Internacional Público* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Tuvo altas responsabilidades en Organismos Internacionales en su condición de delegado alterno ante la OEA (1959). De 1977 a 1986 revisó como miembro del consejo Directivo del Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional e Investigación (UNITAR). Asumió un cargo complejo y de elevada exposición al desempeñarse como secretario general adjunto para Asuntos Políticos Especiales de Naciones Unidas (1971-1976).

También representó a nuestro país como embajador ante los Países Bajos (1966-1970), Alemania (1978-1984), Austria y Organismos Internacionales con sede en Viena (1987-1989) y nuevamente ante Alemania (1991-1994).

En la Cancillería fue director de distintos departamentos y, así mismo, director del Instituto del Servicio Exterior de la Nación (1984-1986), pasando a revistar luego como miembro del Consejo Superior de Embajadores (1990-1991).

En el año 1988 recibió el Diploma al Mérito Konex que se adjudicó en aquella oportunidad al área “Instituciones, Comunidad y Empresas” en el rubro “Diplomáticos”, integrando el quinteto que también componían Jorge Antonio Aja Espil, Lucio García del Solar, Raúl Alberto Quijano y José María Ruda.

Su propuesta como académico de número de esta Corporación fue suscripta por los Dres. Segundo V. Linares Quintana, Federico Videla Escalada, Carlos Manuel Muñiz y Hugo Caminos, y aprobada en sesión privada del 10 de abril de 2003. Su incorporación se produjo en Acto Público el 13 de noviembre de ese año bajo la presidencia en esta Academia del Dr. Horacio A. García Belsunce. Fue designado, como señalé, en el sitial Lisandro Segovia, y sucedió al académico fallecido Dr. Guillermo Antonio Borda. La presentación estuvo a cargo del académico de número Dr. Hugo Caminos y su disertación versó sobre “*El derecho internacional al inicio del siglo XXI*”.

Quienes disfrutaron de su trato en el servicio exterior de la Nación, aquellos otros con quienes interactuó conformando el Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires —del mismo modo que aquellos que tuvieron el privilegio de ser sus alumnos en esa casa de altos estudios— y los distintos miembros de número de esta Corporación, siempre han dado testimonio de que el Dr. Roberto E. Guyer fue, además de un caballero y un hombre de bien, un jurista de calidades sobresalientes que con su saber, prudencia y búsqueda de la armonía en la familia de las Naciones, prestigió en el ámbito de la comunidad internacional a la República Argentina.

He elegido como tema de mi exposición:

LA CIUDAD DE BUENOS AIRES FRENTE A LA COPARTICIPACIÓN  
IMPOSITIVA Y LAS PROPUESTAS DE SUSTITUCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE LOS  
INGRESOS BRUTOS

Al hacerlo he descartado varios temas de más profundo calado dogmático en el derecho financiero y en el derecho tributario, como la *función*

*ingresos-gastos públicos; la capacidad contributiva; o el Estatuto Constitucional de los Derechos y Garantías del Contribuyente.*

De todos modos, mi preferencia es el resultado de mi convicción más plena de que a veces se impone comprometerse y tomar partido frente a temas de acuciante actualidad como el que concretamente está referido a la viabilidad misma de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como Estado local, lo que dependerá de cómo se diriman algunas cuestiones que están en la agenda gubernativa que no solamente dependen del Poder Ejecutivo Nacional, sino también del Congreso y de la CS, y que repercutirán sobre la suficiencia o insuficiencia financiera del gobierno porteño y correlativamente respecto de la carga fiscal que deberá atender su comunidad de contribuyentes en las próximas décadas.

Para ello parto de varios puntos, premisas y reflexiones:

### **Primer punto**

Juan Bautista Alberdi en su obra *Sistema Económico Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853* señalaba: "... [N]o puede haber gobierno gratis, ni debe haberle por ser el más caro de los gobiernos...// Según esto, el Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente". Transpolando los conceptos de *Estado o gobierno nacional*, por el de *Estados o Gobiernos Provinciales* —dentro de los que corresponde incluir, a partir de la Reforma Constitucional de 1994, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a sus autoridades—, también puede afirmarse que *sin recursos o con insuficiencia financiera no hay autonomía posible, ni existencia de una organización política territorial*, y solamente en forma figurada puede hablarse de *federalismo* ya que, a lo sumo, habría una descentralización administrativa en favor de los Estados locales para administrar la escasez.

En este caso se observa una intención deliberada de marcar un profundo contraste respecto del *status* entre las provincias argentinas y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que se explica para retacearle la participación en la renta financiera federal.

Tengo para mí que, más allá de la particular condición de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por ser capital de la república y asiento de las autoridades nacionales, su *status* sustantivo no difiere en mucho respecto del que detentan los demás Estados Locales —esto es las provincias— que conforman en conjunto la Federación.



Lo que resulta evidente es que, hasta la sanción en 1994 de la Reforma Constitucional, transcurrió más de un siglo en que los porteños estuvimos sometidos a una suerte de intervención federal al designar el presidente al intendente de la ciudad y actuar el Congreso de la Nación —en los temas más trascendentes o en todos, mientras estuvo suspendido el funcionamiento del Concejo Deliberante— como legislatura local, tratándonos a los vecinos de esta ciudad como incapaces políticos. Es que no es sustentable la idea de que dentro de una Federación a sus habitantes, en función de su distinta vecindad, se les reconozcan derechos políticos con variado alcance, estableciendo una suerte de hijos e hijastros, o hermanos y hermanastros.

La Ciudad de Buenos Aires debe reivindicar el derecho a formar un Tesoro Público que no dependa exclusivamente del esfuerzo de su comunidad de contribuyentes, sino también de una justa distribución de la renta federal, ya que tiene títulos relevantes para reivindicarlo, sobre la base de hechos histórico-políticos, argumentos jurídicos y hechos económicos de peso.

#### i) Histórico-políticos

- Fue Buenos Aires quien, a través de las decisiones de su Cabildo Abierto del 25 de Mayo de 1810, al decretar la caducidad de la autoridad virreinal y designar la Junta de Gobierno, inauguró el proceso que culminará con la Declaración de la Independencia en Tucumán el 9 de julio de 1816.

#### ii) Jurídicos

- La Constitución de 1853, en su art. 3º, la designó a texto expreso Capital de la Confederación y residencia de las autoridades. Desde el texto originario de la Constitución, la Cámara que inviste la representación federal dentro del Poder Legislativo Nacional, esto es, el Senado, contempló la representación de las provincias y de la capital (art. 42 —texto 1853—; art. 46 —texto 1860—; art. 47—de la denominada Constitución de 1949— y art. 54 —texto según la Reforma Constitucional de 1994, en donde ya se hace una expresa mención a la Ciudad de Buenos Aires como jurisdicción política independiente y no como Capital de la República—).

Además, celebró Junta Electoral para la elección de presidente y vicepresidente de la nación durante la vigencia del sistema de voto indirecto, con la actuación de Colegio Electoral propio hasta la Reforma de 1994.

- Nueve (9) de las veintitrés (23) provincias no participaron en el proceso de gestación constitucional de 1853/1860 sino que son creación legislativa, resultante de la provincialización de territorios nacionales.

iii) Económicos

• En la Ciudad de Buenos Aires se genera aproximadamente una quinta parte del Producto Interno Bruto de la República Argentina. Este aspecto tiene relevancia por cuanto no solamente suma ese aporte a la riqueza del país, sino que además demuestra cómo dentro de sus límites territoriales se producen las manifestaciones económicas que son aprehendidas por los hechos imponderables de los distintos tributos nacionales, de los cuales, la parte más importante de la recaudación, conforma la masa coparticipable del actual régimen de coordinación financiera.

• Si bien los distintos censos nacionales de población desde hace varias décadas vienen registrando aproximadamente tres millones de habitantes en la jurisdicción porteña, esta se incrementa en los días laborables a más del doble —conforme al balance neto entre quienes ingresan y salen de la Ciudad de Buenos Aires—, y este desplazamiento se realiza en la mayoría de los casos para desplegar actividades que revelan contenido económico.

**Segundo punto**

a) La Ciudad Autónoma de Buenos Aires se exhibe en una situación precaria y vulnerable frente al actual Régimen de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales instituido por la ley N.º 23.548 con vigencia a partir del 1 de enero de 1988, ya que su participación no es consecuencia directa de dicha Ley Convenio.

b) La Ciudad de Buenos Aires era un simple municipio y Tierra del Fuego un territorio nacional. Esto no cambia por la circunstancia de la que la Ciudad haya adherido por la ley local N.º 4 (1998).

c) La ley N.º 23.548, actual Ley de Coparticipación, tuvo prevista una vigencia inicial solo para los ejercicios 1988 y 1989, es por eso que por su art. 1º se autodenominó: *Régimen Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales entre la Nación y las Provincias*.

d) Para prevenir que pudiera repetirse la situación de “vacío legal” que se había producido a la expiración de la vigencia de la anterior ley N.º. 20.221 durante el trienio 1985 a 1987, se contempló tal situación en el precepto contenido en el art. 15 *in fine* donde se dispuso: “Su vigencia se prorrogará automáticamente ante la inexistencia de un régimen sustitutivo del presente”.

e) De todos modos por la cláusula anterior se ha convertido en el sistema de coordinación financiera con más dilatada vigencia de los que han

existido en este país ya que a fin del corriente año cumplirá tres décadas de vida.

f) Conforme al art. 8° de la ley N.º 23.548 se disponía: *“La Nación, de la parte que le corresponde conforme a esta ley, entregará a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y al territorio nacional de Tierra del Fuego una participación compatible con los niveles históricos, la que no podrá ser inferior en términos constantes a la suma transferida en 1987”*.

g) La jurisdicción porteña mantenía una deuda con el Tesoro Nacional originada como consecuencia de los avales caídos otorgados en favor de las empresas internacionales que tuvieron a su cargo la construcción de las autopistas durante la gestión como intendente del brigadier Osvaldo Cacciatore, razón por la cual transcurrieron varios ejercicios en que no recibió coparticipación alguna.

h) Luego comenzó a acreditarse a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y luego la Ciudad Autónoma, una suma irrisoria anual de \$157.000.000.

i) A partir del decreto N.º 705/2003 suscripto por el entonces presidente Eduardo Duhalde la Ciudad de Buenos Aires comenzó a percibir una transferencia del 1,4% del total de la masa coparticipable.

j) Como consecuencia del decreto N.º 194 firmado el 18 de febrero de 2016 por el actual presidente Mauricio Macri, y atento a la transferencia de un contingente importante de efectivos de la Policía Federal a la jurisdicción porteña el porcentaje se elevó al 3,75% del total de la masa coparticipable.

k) A tenor de la disposición transitoria sexta de la Reforma Constitucional de 1994 se consagra: *“Un régimen de coparticipación conforme a lo dispuesto en el inc. 2 del art. 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996...”*. Esto denuncia el incumplimiento del mandato constitucional y una deuda política durante más de dos décadas, impidiendo dar transparencia a nuestro federalismo financiero.

l) Es importante tener en cuenta las directivas constitucionales para la sanción de una nueva ley de coparticipación ya que en los párrs. 2º y 5º del inc. 2º del art. 75 se dispone: *“La distribución entre Nación; las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones...”*; lo que se ve complementado por la manda que también establece que: *“No habrá transferencia de com-*

*petencia, servicios y funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuanto correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso”.*

m) De todos modos, el porcentaje del 3,75% del total de la masa coparticipable por tener su origen en un decreto y no en una ley convenio, puede ser modificado o derogado por un nuevo decreto del actual o de un próximo presidente, lo que marca lo vulnerable y precario de esta asignación.

n) Lo anteriormente señalado se advierte con la siguiente secuencia.

La CS el 24/11/15, hizo lugar al reclamo de dos provincias y decretó una cautelar a favor de una tercera. El tema versó sobre detracciones de la masa coparticipable del 15% en favor de su Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, como del 1,9% del total recaudado como costo del funcionamiento de la AFIP. Las provincias actoras que obtuvieron sentencias sobre el fondo fueron las de Santa Fe y San Luis, mientras que la de Córdoba logró un anticipo de jurisdicción a través de una medida cautelar.

ñ) Se dictaron entonces dos decretos de necesidad y urgencia. Uno, el N.º 2630 del 30 de noviembre de 2015, de la presidente Cristina Fernández de Kirchner haciendo extensivos los efectos de las sentencias a todas las provincias; y otro, el N.º 73 del 11 de enero de 2016 del presidente Mauricio Macri, dejándolo sin efecto.

o) Ante la imposibilidad del que el segundo decreto fuera convalidado por la Comisión Bicameral Permanente con competencia para pronunciarse respecto de los decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados y promulgación parcial de leyes, se concertó un nuevo marco para la restitución de los importes controvertidos relativos al 15% firmándose un acuerdo el 18 de mayo de 2016 entre la nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

p) Para dictar los decretos referidos se pasó por alto la prohibición contenida en la CN que limita el uso de decretos de necesidad y urgencia a texto expreso, en el tercer párrafo, inc. 3º, del art. 99, en que se excluye, aun en circunstancias excepcionales, la utilización de decretos de necesidad y urgencia cuando se trate de “*materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos*”.

q) También no se valoró la exigencia de *reserva de ley reforzada* que contempla la Constitución en materia de *asignaciones específicas*, por cuanto el art. 75 de tal plexo, referente a las atribuciones y competencias colocadas en cabeza del Congreso Nacional ha consagrado en el inc. 3º:

---

“Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Como corolario en este punto remarco la precariedad de la magra coparticipación que recibe la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto proviene de decretos y no de leyes-contrato.

### **Tercer punto**

En el imaginario colectivo se ha entendido que el fracaso del federalismo argentino, o cuanto menos su crisis, tiene por causa la vocación centralista de los porteños.

La real antinomia que hoy se advierte no es entre porteños y provincianos, sino entre autoridades nacionales —en muchos casos provincianos devenidos en titulares de los poderes federales y principalmente de la Presidencia de la Nación— y gobiernos locales —o pueblos del interior—, en tanto aquellas autoridades centrales pretenden un férreo unitarismo en la toma de decisiones y en el manejo de la caja pública, disciplinando de tal modo a las jurisdicciones locales al momento de adoptar decisiones políticas, aspecto que se remonta al siglo XIX.

Hasta hace dos años, conciliados, compensados y consolidados los créditos recíprocos entre la nación y las provincias, la primera refinanció las acreencias a su favor por periodos limitados a tres meses a favor de las segundas a las que se benefició con la espera, plazo que se iba renovando, lo que permitió graficar tal situación a un periodista del interior como una suerte de *“federalismo con cabestro corto”*.

La conformación estructural del país tuvo lugar al influjo de la gravitación del puerto de Buenos Aires como puerta principal de la entrada y salida de nuestros productos en el comercio exterior, sumando a ello el correlativo diseño de las redes camineras y ferroviarias convergentes.

Para revertir tal situación, la ley N.º 20.221 (sancionada en el año 1973), última Ley de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales que fijó porcentajes objetivos de reparto, trató de dar una respuesta ponderada, tanto a las jurisdicciones ricas y con mayor población que tenían a su cargo la pesada responsabilidad de brindar servicios públicos a gran escala, mediante índices devolutivos; como también a las jurisdicciones más postergadas y en general con menor población, para no condenarlas indefinidamente a seguir revistando como jurisdicciones pobres, en este caso valiéndose de índices redistributivos. Así, el art. 3º fijó como criterios

para distribución secundaria un 65% proporcional a la población, un 25% por brecha de desarrollo *per capita* y un 10% por dispersión de población respecto de las jurisdicciones que estuvieran por debajo del promedio por tal concepto.

En términos simplificados, ello significaba hacer gravitar en la distribución secundaria entre provincias 2/3 con sentido devolutivo y 1/3 con sentido redistributivo.

#### Cuarto punto

Antes de la Reforma Constitucional de 1994, esto es, cuando aún no se había decretado su autonomía por su art. 129, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires tuvo participación igualitaria y conjunta con las provincias en diversas iniciativas y regulaciones legales de la coparticipación. Ello se explica en tanto la jurisdicción porteña ha sido siempre el tercer presupuesto público de la Argentina, ubicándose solamente detrás del Presupuesto Nacional y del Presupuesto de la provincia de Buenos Aires.

- Ello ocurrió en los dos *Anteproyectos de Ley General de Impuestos Internos* elaborados por el Dr. José Manuel Ahumada (a cargo de la Administración General de Impuestos Internos), en cumplimiento del cometido que le asignara el presidente Roque Sáenz Peña, los que fueron dados a conocer en los años 1916 y 1921. También sucedió en una propuesta del senador Héctor C. Quesada en el año 1913, y del reconocido constitucionalista y diputado nacional Juan Antonio Gonzalez Calderón del año 1923.

- La ley N.º 12.143, de Impuesto Nacional a las Ventas y, del mismo modo, la Ley N.º 12.147, de prórroga del Impuesto Nacional a los Réditos —las dos con vigencia a partir del ejercicio 1935— dispusieron unilateralmente que el 17,5 % de la recaudación de ambos gravámenes se distribuyera entre la Municipalidad de la Capital y las provincias.

- La ley N.º 12.956 (con vigencia a partir del 1º de enero de 1947), de Coparticipación de los Impuestos a los Réditos, a las Ventas, a las Ganancias Eventuales y a los Beneficios Extraordinarios, contemplaba en la distribución secundaria tanto a las provincias como a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

- La ley N.º 14.788 (1959), que instituyó un nuevo Régimen de Coparticipación de la recaudación de los Impuestos a los Réditos, a las Ventas, a los Beneficios Extraordinarios y a las Ganancias Eventuales, además de acrecer durante su vigencia el porcentaje de las jurisdicciones locales,

contemplaba que se debía acreditar en favor de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires el 6 % del producido total de los gravámenes incluidos en su régimen.

### Quinto punto

Desde el punto de vista de la doctrina, se expidieron en favor de garantizar la suficiencia financiera de la Ciudad de Buenos Aires mediante la coparticipación dos de las más destacadas figuras del pensamiento jurídico de nuestro país en la materia del siglo pasado, los profesores Dino Jarach (1966) y Carlos María Giuliani Fonrouge (1982), en este caso acompañado por su discípula predilecta la doctora Susana Camila Navarrine.

Dino Jarach sentó su postura al elaborar un Anteproyecto de Ley de Coparticipación para el Consejo Federal de Inversiones en el año 1966, que fue el molde conceptual de la ley N.º 20.221 (1973), antecedente de la actual ley N.º 23.548 (1988).

Señalaba este autor: *“A pesar de la magnitud de su población, del alto grado de concentración de actividades productivas, comerciales y de servicios de todo orden, las finanzas públicas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires son económicamente débiles”*.

Rebatió, asimismo, las conclusiones de la Conferencia de Ministros de Hacienda de 1956 donde se sostuvo que la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, por no ser un Estado federal componente de la Unión signatario de la Constitución, no debía tener cabida en el Régimen de Coparticipación.

Para Jarach la situación de Buenos Aires no difería de la de las provincias creadas con posterioridad a la Constitución Nacional y ocupaba en las instituciones políticas una posición peculiar, precisamente por ser capital de la República. Tales circunstancias lo llevaron a concluir que si bien su contingente podía derivar de lo asignado a Nación, para evitar las penurias endémicas que siempre había afrontado era menester asignarle una participación del 6 % del producto total de los gravámenes comprendidos en el régimen de coparticipación.

También dentro de la doctrina nacional, se registra una fuerte defensa del derecho de la Ciudad de Buenos Aires de participar en el Régimen de Coparticipación por parte de otra figura consular del derecho tributario argentino, la de Carlos María Giuliani Fonrouge, acompañado como queda dicho por Susana Camila Navarrine. Estos autores sostuvieron que la Municipalidad de Buenos Aires tenía el *status* de una provincia

—sobre la base de su intervención en la elaboración de lo hoy denominado derecho intrafederal—, como marco de aplicación del Impuesto a las Actividades Lucrativas y su activa participación en la suscripción del Convenio Bilateral para evitar la Doble Imposición entre la provincia y la Ciudad de Buenos Aires del 28 de mayo de 1953 y del primer Convenio Multilateral, suscripto el 24 de agosto de 1953, como en sus versiones posteriores.

### Sexto punto

Mucho se ha escrito a partir de la Reforma Constitucional de 1994 para minorar el papel, los derechos y el protagonismo que le cabe en la coparticipación a la hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Frente al texto expreso de la Reforma, nadie puede desconocer que el Nuevo Régimen de Coparticipación que debió haber sido sancionado hace más de dos décadas reconoce como parte la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a partir de su mención a texto expreso en los párrafos 3º, 5º y 6º del inciso 2º del art. 75 de la Ley Fundamental.

Más allá de algunas omisiones —que se verificarían en los párrafos 2º y 4º del inc. 2 del art 75 de la CN—, mediante una interpretación sistemática no puede afirmarse que la ciudad esté al margen de los acuerdos previos a la sanción de la ley —si es que éstos se formalizan— o que, aprobado el nuevo régimen por el Congreso, no deba adherir formalmente al mismo. La imperfección del texto es consecuencia de la que la autonomía de la ciudad fue el último tema debatido en la Convención Constituyente y re-ceptado en el art. 129.

De ello se deriva que cuando en el segundo párrafo del inc. 2º del art. 75 se señala que la ley debe redactarse “*sobre la base de acuerdos entre la nación y las provincias*”, ello no excluye de la participación en dicha instancia preliminar negociadora —que puede darse en el seno de las Comisiones respectivas de ambas Cámaras— de las autoridades del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires asistiendo a sus legisladores.

Esta postura la abonan distintos acuerdos orientados a facilitar la sanción de la nueva Ley de Coparticipación y de los que fue parte la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Tal el caso de: el *Compromiso Federal (1999)*, ratificado por la ley N.º 25.235; el *Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal (2000)*, ratificado por la ley N.º 25.400; el *decreto N.º 1584/2001*, que ratificó la “*Segunda Addenda al Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal*”; el *Acuerdo Federal de 2002*, ratificado por ley N.º 25.570; el *decreto N.º 872/2003*, por el que se creó una Comi-



sión para la Reforma de Coparticipación Federal de Impuestos en el ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros; la convocatoria cursada por la Comisión de Coparticipación del Senado, y tantos otros.

No abundo en otros instrumentos posteriores ya que éstos refutan suficientemente cualquier interpretación literal del inciso de la Constitución que se invoca y además, ya que es evidente, como lo señala el Dr. Rodolfo R. Spisso, que la sanción de la Ley de Coparticipación solo requiere en concreto que la misma ingrese como Cámara de Origen por el Senado y que tanto en esta instancia, como en la Cámara de Diputados, sea sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros.

También se ha señalado que el párrafo cuarto, inc. 2º del art. 75 no contempla en materia de coparticipación, a pesar de tratarse de una ley contrato, que la misma deba obtener adhesión expresa de parte de la Legislatura porteña, en tanto predica: “*y será aprobada por las provincias*”, ya que por esta jurisdicción la adhesión se produciría *por ministerio de la ley*, siendo irrelevante la postura que asuma el Poder Legislativo local.

Tal interpretación puramente gramatical pasa por alto una apreciación sistémica del instituto que acoge la Reforma Constitucional de 1994, ya que se trata de una *ley contrato* que ha tenido amplio desarrollo más allá de las cuestiones financieras en todo el *federalismo de concertación* y, además, no es el camino que se ha seguido con el actual régimen instituido por la ley N.º 23.548, al cual adhiriera expresamente la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante la ley N.º 4.

A su vez, la Comisión Federal de Impuestos tuvo por adherida a la Ciudad de Buenos Aires y por incorporada al régimen por la resolución N.º 144 del Comité Ejecutivo —del 19 de febrero de 1998—, y la resolución N.º 61 del Plenario de Representantes —del 7 de mayo de 1998—.

### Séptimo punto

La discusión de la nueva Ley de Coparticipación muy probablemente será un tema prioritario de la agenda legislativa posterior a las elecciones de octubre del presente año, por cuanto convergen para que ello ocurra varias circunstancias:

a) La conducción económica nacional ha anunciado que se iniciarán las deliberaciones respecto de una reforma tributaria integral abarcativa, no solamente de impuestos federales coparticipados, sino también de impuestos provinciales distorsivos y, en particular, se impulsará la derogación o sustitución del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

b) Que ante los estrados de la Corte tramitan aproximadamente cuarenta causas en las cuales se ventilan reclamos relativos a la distribución de la renta pública federal, en los que se juega la suficiencia y el equilibrio financiero tanto de la Nación como de las provincias, y en que los temas que se controvierten, en muchos casos, son una secuela de las sentencias dictadas por el Alto Estrado el 24 de noviembre de 2015 y en las cuales fueran parte la Nación y las provincias de Santa Fe, San Luis y Córdoba.

Además, la controversia más gravitante, si bien no proyectará al menos efectos financieros directos sobre la jurisdicción porteña, es la promovida por la provincia de Buenos Aires contra la Nación mediante una acción declarativa de inconstitucionalidad en la causa radicada ante el Alto Estrado (CSJ 1201/2016-O) donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según resolución del 6 de junio del corriente año, ha citado en los términos del art. 94 del Cód. Proc. Civ. y Com. a las veintidós provincias restantes. En esta causa se discute el tope de \$650.000.000 fijado a la asignación en favor de la provincia de Buenos Aires del 10% de lo recaudado del Impuesto a las Ganancias con destino inauguralmente al *Fondo del Conurbano Bonaerense* y, subsidiariamente, del precepto que la excluye de la distribución del excedente hasta el 10% del tributo, que se realiza entre las restantes provincias, cuestionando incluso el 4% que se adjudica a las otras jurisdicciones locales por población en hogares con necesidades básicas insatisfechas. La demanda se orienta a que se condene al Estado nacional a reintegrar las sumas no prescriptas que dejó de percibir por las disposiciones que considera inconstitucionales, al tiempo que reclama el dictado de una medida cautelar para adecuar la distribución de los importes controvertidos. Esta situación ha generado una postura de conjunto de los restantes gobernadores provinciales.

c) También es gravitante el hecho de que en un futuro inmediato, o sea el 31 de diciembre de 2017, operará como consecuencia de la ley N.º 27.199 la caducidad de tres asignaciones específicas que favorecen primordialmente al Tesoro Público Nacional respecto de los tributos instituidos por: **i)** la ley N.º 24.625 "*Impuesto Adicional de Emergencia del 21 % sobre el precio final de venta de cada paquete de cigarrillos vendido en territorio nacional*"; **ii)** la ley N.º 24.977 "*Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes*", más conocido como "*Monotributo*" y, **iii)** la ley N.º 25.413 "*Impuesto a los Créditos y Débitos efectuados en cuentas abiertas en entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras*".

### Octavo punto

La jurisdicción porteña, más allá de tener derecho al 3,75% del total de la masa coparticipable, se encuentra al margen de un volumen significa-

tivo de recaudación, a la cual acceden las restantes provincias, sirviendo solo a modo de ejemplo citar el 14 % de la recaudación del “*Impuesto a las Ganancias*”; el 30% del “*Régimen Simplificado para Pequeños Contribuyentes*” —“*Monotributo*”—; y, actualmente, el 29% de lo recaudado por la ley N.º 23.966 de “*Impuesto sobre Combustibles Líquidos y Gas Natural Comprimido*” que se distribuye dentro del contingente de las provincias conforme a las previsiones del art. 3º, inc. c) y el art. 4º, en ambos casos de la ley N.º 23.548, con la salvedad de los importes que se le puedan acreditar por el Fondo Nacional de Vivienda.

Vista la cuestión desde el punto de vista de los gastos, la Ciudad de Buenos Aires ha experimentado un sensible incremento de los mismos como consecuencia de su nuevo *status* definido por el art. 129 de la Constitución Nacional. Cabe poner el acento en los siguientes *ítems* principales:

- La transferencia a la Ciudad de los servicios de salud que se prestan en distintos institutos, antes administrados y financiados por la Nación, lo que suma trece (13) hospitales generales, dos (2) hospitales generales de niños, quince (15) hospitales especializados, más los centros de salud y acción comunitaria.

- La creación de la *Policía Metropolitana* (2008) y, finalmente, la *Policía de la Ciudad* (2016), como consecuencia de la transferencia de un número significativo de agentes de la Policía Federal que prestaban servicios en la jurisdicción porteña.

- La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires experimentó durante el último gobierno militar la transferencia de la totalidad de los establecimientos educativos primarios y como resultante de su transformación institucional a Ciudad Autónoma, también pasaron a quedar residenciados en el ámbito porteño los colegios secundarios públicos y varios establecimientos terciarios.

- La transferencia de la Red de Subterráneos de Buenos Aires, a partir del Acta Acuerdo del 3 de enero de 2012, por la cual el Estado nacional se comprometió por el limitado término de un año, a enjugar el déficit de la tarifa aportando \$ 360.000.000. Si bien el servicio está concesionado a Metrovías S.A., la Ciudad debe afrontar el subsidio de la tarifa desde el año 2013 en adelante. Por otro lado, también representa una pesada carga al Tesoro local el Plan de Obras de Ampliación para asegurar una mayor extensión de la red.

- La organización de su Poder Judicial, por cuanto en las causas contencioso-administrativas y tributarias, la Ley Orgánica Municipal N.º 19.987

la tenía hasta entonces aforada en la Justicia Nacional en lo Civil. A ello cabe añadir la transferencia de competencias judiciales penales en mérito de los convenios suscriptos el 7 de diciembre de 2000 y el 1 de junio de 2004, ambos ratificados en las dos esferas —Legislatura local y Congreso Nacional— y en los cuales, si bien se contempló la compensación del incremento de erogaciones en la jurisdicción local, las autoridades nacionales se negaron sistemáticamente a reunirse para consensuar tales importes, si bien en la actualidad se ha arribado a un acuerdo.

### **Noveno punto**

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha recibido en su ámbito territorial importantes contingentes poblacionales conformados por individuos de bajos recursos y escasa educación o capacitación para el trabajo, los que provienen de diferentes provincias o de países de esta parte del continente americano.

Esto se ve reflejado en que aproximadamente el 13% de la población se encuentra en situación de tenencia precaria del inmueble que habita, en muchos casos en barrios de emergencia con frágiles construcciones sobre terrenos del dominio público, mientras que otros se localizan en inmuebles privados usurpados. Por otro lado, el 18,9% de los habitantes de la Ciudad se encuentra en situación de pobreza, incluyendo a aquellos que califican como indigentes.

Las referencias precedentes explican la fuerte demanda del sistema médico asistencial público, al cual convergen también residentes de otras jurisdicciones. Es así que los consultorios externos de los servicios de salud de la ciudad atienden un 45,1% de pacientes no residentes de esta jurisdicción y que, en el caso de las internaciones, tal porcentaje se eleve al 51,4%.

Por otro lado, la ciudad conforma la matrícula de establecimientos educativos públicos de la jurisdicción, no solamente con el alumnado porteño, lo que se comprueba fundamentalmente en las comunas limítrofes con la provincia de Buenos Aires. Así, al solo efecto de resaltar esta situación, y tomando ejemplos extremos, en la Comuna 12, integrada por los barrios Villa Pueyrredón, Villa Urquiza, Coghlan y Saavedra, del total de alumnos del nivel primario, el 31,9% reside fuera de la Ciudad, mientras que en la Comuna 13 que abarca los barrios de Núñez, Belgrano y Colegiales, en el nivel secundario, se registra un 28,4% de alumnos que también residen fuera de esta jurisdicción.

Los datos consignados en los párrafos anteriores han sido extraídos de la información que elabora la Dirección General de Estadística y Censos

---

del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El cuadro de la situación socioeconómica descrita demuestra: por un lado, que la Ciudad de Buenos Aires, más allá de que su ingreso *per capita* sea el más elevado del país, también posee dentro de su territorio claros *bolsones de pobreza*; y por el otro, que la prestación de servicios sociales y económicos que se brindan en el ámbito porteño es también aprovechada por argentinos y extranjeros que no residen en esta demarcación política.

Lo hasta aquí dicho obliga más que nunca a las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a no resignar derechos en la discusión en ciernes de un nuevo régimen de coparticipación, evitando incurrir en la actitud que le cupo, hace tres décadas, al entonces gobernador de la provincia de Buenos Aires Alejandro Armendáriz —quizás fundada en razones de lealtad política con el presidente de la nación— quien, a pesar de ser un buen hombre y un honesto político, comprometió el futuro de los bonaerenses y los condujo a una crisis estructural de su Tesoro, que no se ha podido solucionar hasta la fecha.

### **Décimo punto y conclusiones**

La conducción económica nacional anuncia que dentro de las decisiones políticas más importantes que deberán tomarse después de los comicios de octubre se destaca una propuesta de reforma tributaria integral que incluye la supresión o la sustitución del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

Sobre el particular no puede dejar de advertirse que el Impuesto sobre los Ingresos Brutos en el Presupuesto de la Administración del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el Ejercicio 2017 representa, dentro de los ingresos tributarios el 56,18 % y de los ingresos impositivos (inmobiliario, sellos y patente de vehículos y embarcaciones deportivas, el 79,52 %).

En este aspecto, como consecuencia del “*Pacto Federal para el Empleo la Producción y el Crecimiento*” suscripto por las autoridades nacionales y los gobiernos locales el 12 de agosto de 1993 y objeto de ratificación legislativa en las dos instancias de nuestra organización federal, por su “*Acto Declarativo Primero*”, las provincias asumieron las siguientes obligaciones:

Por el punto 4º, la de reformular el Impuesto sobre los Ingresos Brutos con una serie de exenciones a la producción primaria, a las prestaciones

financieras, a las compañías de capitalización y ahorro, a la compraventa de divisas, a la producción de bienes, excepto los ingresos por ventas a consumidores finales, a las prestaciones de servicios de electricidad, agua y gas y a la construcción de inmuebles, de un modo parcial y progresivo, que debían completarse antes del 30 de junio de 1995.

Por el punto 7º se convino que, una vez superado el período de transición y logrado un mayor control de la evasión, sustituir el Impuesto sobre los Ingresos Brutos por un impuesto general al consumo que tienda a garantizar la neutralidad tributaria y la competitividad de la economía.

Hoy, habiendo transcurrido largamente dos décadas, se observan dos actitudes frente al gravamen.

Por un lado, distintos sectores de la actividad económica pugnan insistentemente por lograr la derogación o la supresión del impuesto, al cual critican por ser un gravamen en polifase acumulativa generador del “efecto piramidación”, asemejarse a la “bárbara alcabala castellana”, afectar el sesgo exportador del país, ya que cualquier resarcimiento que otorgue el Estado en Aduana se considera *dumping*, a tenor de las precisiones alcanzadas en la Ronda Uruguay del GATT —lo que se mantiene como recomendación de la Organización Mundial del Comercio—, y por ser regresivo al traducirse en una carga que incide sobre la función consumo y que, independientemente de su efecto analgésico o anestésico por incluirse dentro del precio, castiga a los sectores más vulnerables.

Por otro lado, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se resisten a derrogarlo y/o a sustituirlo, en tanto su suficiencia financiera quedaría severamente comprometida.

Estoy convencido de que las propuestas de sustitución del Impuesto sobre los Ingresos Brutos por un Impuesto Provincial a las Ventas Minoristas, un Impuesto Bifásico, un Impuesto al Valor Agregado Provincial o un Impuesto Adicional o “mochila” al Impuesto al Valor Agregado Nacional, son totalmente inviables por resultar su aplicación extremadamente compleja y porque no se han hecho los estudios adecuados de cuáles son las tasas de sustitución, computando el mayor costo administrativo y las mayores posibilidades de evasión.

Recuérdese sobre el punto que la desaparición del Impuesto a las Actividades Lucrativas se produjo como consecuencia de la entrada en vigencia en el año 1975 del Impuesto al Valor Agregado y sobre la base de los cálculos de que el acrecentamiento de la recaudación y de la participación consiguiente que recibían las provincias compensaría con creces lo

que se sacrificaba con la derogación del impuesto local. En un período intermedio, en el orden local, con variadas bases impositivas, se autorizó la aplicación de un Impuesto de Patentes, pero no pasó mucho tiempo para que reapareciera el viejo impuesto, claro que bajo una nueva denominación *Impuesto sobre los Ingresos Brutos*, con el saludable agregado que por la ley N.º 22.006 se establecieron las pautas de coordinación financiera a que debía someterse el Impuesto sobre los Ingresos Brutos y el Impuesto de Sellos a partir de las modificaciones incorporadas por los numerales 1 y 2 al art. 9º, inc. b) de la ley N.º 20.221, que regía a esa fecha la coparticipación en los impuestos nacionales.

Me parece que es del caso recordar aquí las siempre sabias palabras de Juan Bautista Alberdi, en su trascendental obra *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, cuando señalara: “Después de los cambios en la religión y en el idioma tradicional del pueblo, ninguno más delicado que el cambio en el sistema de contribuciones. Cambiar una contribución por otra, es como renovar los cimientos de un edificio sin deshacerlo: operación en que hay siempre un peligro de ruina. Siendo el Tesoro público el instrumento del gobierno en que se refunden todos los demás, el déficit equivale a la acefalía; y raro es el cambio de contribución que no tenga por resultado el déficit, cuando menos temporalmente, lo cual demuestra que no es la rebaja del impuesto lo que origina el déficit, sino la dificultad de hacer pagar la nueva contribución contra la tendencia instintiva del hombre a eludir ésa como cualquier otra carga. Siendo menos sensible al contribuyente el pago de la contribución a que está más acostumbrado, precisamente a causa de esta costumbre, en materia de impuestos, conviene conservar todo lo conservable, es decir, todo lo que puede conciliarse con los principios rentísticos y económicos de la moderna Constitución”.

De todos modos, soy consciente de que el Impuesto sobre los Ingresos Brutos debe ser objeto de adecuaciones profundas y, fundamentalmente, definir sus perfiles y características generales en una nueva Ley de Coparticipación, brindando debida respuesta a algunos temas controvertidos y evitando la proliferación normativa:

a) Tender a la simplificación y a la estabilidad en el tiempo de las normas de los distintos códigos fiscales que regulan el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

b) Profundizar el rol armonizador de las reglas contenidas en el art. 9º, inc. b), numeral 1 de la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos, estableciendo —entre otros tópicos que se desarrollarán a continuación— un tope máximo de alícuotas para el Impuesto sobre los Ingresos Brutos

—general y específicas según actividades— como el fijado en la ley N.º 23.966, que regula el Impuesto sobre los Combustibles y el Gas Natural Comprimido.

c) Establecer, expresamente, en la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos, que las provincias no pueden aplicar distintos tratamientos fiscales en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos a los contribuyentes interjurisdiccionales en función del lugar de ubicación de su domicilio, locales o establecimientos industriales —aunque ello ya resulte de la letra y el espíritu de la propia Constitución Nacional, como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación y yo mismo, como integrante del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en distintos precedentes en que he intervenido— ni aplicar el tributo a las exportaciones, a fin de eliminar la incertidumbre creada por la provincia de Misiones al pretender gravarlas, a veces con nulo sustento territorial —más allá de la jurisprudencia del Alto Tribunal *in re* “S.A. Indunor C.I.F.I. y F. v. Provincia del Chaco” (Fallos: 286:301, sentencia del 13 de septiembre de 1973)— y contrariar el sesgo exportador deseado para la economía argentina.

d) Establecer, en la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos, los lineamientos básicos que deben cumplir los regímenes de retención y percepción del Impuesto sobre los Ingresos Brutos aplicables a todos los contribuyentes, sobre todo los bancarios, que aseguren: **i)** alícuotas uniformes y razonables respecto de las del tributo; **ii)** posibilidad de aplicación de alícuotas minoradas o de exclusión de sujetos, a fin de evitar la generación permanente de saldos a favor del contribuyente y, en el caso particular de las retenciones bancarias, que aquellas no incidan sobre sumas de dinero que se acrediten en las cuentas ajenas al objeto del gravamen, actuando como un impuesto análogo al nacional que recae sobre créditos y débitos en cuenta corriente bancaria, lo que determinaría una pugna con el régimen de coparticipación por analogía (v.: “Pan American Energy LLC Sucursal Argentina c/ Chubut, Provincia del y Otro (Estado Nacional) s/ acción declarativa” —Fallos: 335:996—, sentencia del 19 de julio de 2012); **iii)** procedimientos ágiles de verificación y devolución de saldos a favor de los contribuyentes, aplicando —como inductor para lograr tal comportamiento de la Administración Tributaria— los mismos intereses moratorios sobre los saldos a favor de los contribuyentes, que los que percibe el Fisco por sus créditos. Para esto habría que uniformar el período fiscal en todas las jurisdicciones, recogiendo la experiencia que brinda el Impuesto al Valor Agregado y estableciendo que en este gravamen, como impuesto de período, revista carácter mensual.

e) Contemplar en la Ley de Coparticipación sanciones expresas para el incumplimiento de las directivas establecidas en dicho marco jurídico



por parte de los Fiscos locales en materia de Impuestos sobre los Ingresos Brutos, ya sean derivadas de la normativa específica que sancionen o de las prácticas recaudatorias.

f) Modificar los actuales mecanismos de resolución de controversias en el marco del Convenio Multilateral, de forma tal que las cuestiones referidas a la atribución de base imponible de los contribuyentes interjurisdiccionales deban ser objeto de discusión, sola y obligatoriamente entre los Fiscos locales, quienes a resultas de lo que se decida procedan transfiriéndose, mutuamente, los importes ingresados a su erario en exceso o en defecto, garantizando el efecto cancelatorio del pago realizado por el obligado tributario.

g) Si lo anterior no fuera posible, garantizar la revisión judicial de las decisiones de la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital —como actualmente ocurre respecto de la apelación de los pronunciamientos del Tribunal Fiscal de la Nación—, sin mengua de la intervención que le pueda caber a la Corte Suprema de Justicia de la Nación al estar involucradas partes aforadas a su Estrado.

### En síntesis

1. La Ciudad de Buenos Aires debe elaborar, con toda urgencia, una estrategia por encontrarnos en un momento clave en que se ingresa en un debate profundo y decisivo sobre la distribución de la renta pública federal. Ello obliga a no resignar recursos ya que esta jurisdicción tiene la responsabilidad de afrontar importantes erogaciones presupuestarias, no solamente derivadas de su *status* de autonomía, sino para atender derechos económicos y sociales de los más vulnerables que hoy residen en *bolsones de pobreza* dentro de su territorio.

2. Tener en claro que la atención de los apuntados derechos, si bien también obliga concurrentemente a la Nación, en forma más directa compromete a la Ciudad de Buenos Aires, pero representa una factura que deberá saldar la *comunidad de contribuyentes locales*, valiéndose del limitado catálogo de *impuestos habilitados por la Ley de Coparticipación* —tanto no se los considera análogos a los nacionales coparticipados—. Esto es, primordialmente, el *Impuesto Inmobiliario* —antes Contribución Territorial desglosada de las tasas de Alumbrado, Barrido y Limpieza—, ya que la elevación de la tarifa del *Impuesto a los Automotores* generará como respuesta rápidos cambios de radicación y, en el *Impuesto de Sellos*, de lugar de otorgamiento de los instrumentos. La otra alternativa, por ser un impuesto autorizado, sería sancionar como gravamen local el *Impuesto*

a la *Transmisión Gratuita de Bienes* como lo han hecho las provincias de Buenos Aires y Entre Ríos. Un *tarifazo* en el *Impuesto Inmobiliario* —revalúo de por medio— o reimplantar el *Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes*, puede conducir a convertir a nuestra Ciudad en un verdadero *infierno fiscal*.

3. También es clave efectuar las correcciones en el diseño del *Impuesto sobre los Ingresos Brutos* para preservar su subsistencia y por constituir, para la Ciudad de Buenos Aires, la *columna vertebral que garantiza la suficiencia financiera*.

Sé que ha sido poco simpático abogar por la subsistencia de algún gravamen, o el eventual incremento de otros que ya se aplican en un ámbito conformado por quienes estamos habituados a pagarlos —ya que se sostiene, y creo con razón, que la víscera más sensible del hombre es su bolsillo— pero, en este aspecto, es importante no olvidar los conceptos vertidos por Benjamín Franklin en 1789 a un año de fallecer, en una carta en que respondía a un amigo que lo interrogaba respecto de si la Constitución de Filadelfia habría de perdurar. Allí sostuvo: “*Nuestra Constitución está en vigencia, todo parece indicar que durará, pero lo único cierto es la muerte y los impuestos*”.

El consejo es que convivamos con los impuestos existentes que son el precio por vivir en una sociedad sometida a la ley, pero evitando que la Ciudad se convierta en un *averno tributario*. Para ello es imprescindible reclamar con firmeza la renta federal que a esta jurisdicción legítimamente le pertenece y evitar experimentar cambios con resultados recaudatorios impredecibles. La regresividad de un impuesto genérico al consumo como el de Ingresos Brutos para los sectores más postergados, puede neutralizarse eficientemente a través de un justo gasto social en favor de los más vulnerables, como se reclama y en general ocurre por parte de la Ciudad de Buenos Aires que porcentualmente es uno de los estados locales con mayor participación en la atención de gastos de salud, complementación alimentaria y educación pública de su población. ♦

# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR HUGO CAMINOS (\*)

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires me ha conferido el alto honor de dar la bienvenida al doctor Francisco Orrego Vicuña como miembro correspondiente de la corporación en Chile.

No es tarea fácil abarcar en el poco tiempo que disponemos la personalidad de uno de los internacionalistas más relevantes de nuestra generación.

Nacido en Santiago de Chile en 1942, inició su educación universitaria en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile donde obtuvo su título de abogado en 1965. En 1986 se graduó como doctor en Derecho Internacional (PH. D.) en la London School of Economics and Political Science de la Universidad de Londres.

Su actividad académica en la Universidad de Chile como profesor de Derecho Internacional Público se desarrolló desde 1970 hasta el año 2010. Durante el mismo período fue director del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile y profesor del mismo.

A partir del establecimiento del Heidelberg Center para América Latina en Santiago de Chile, en abril de 2002, Orrego Vicuña fue designado codirector y profesor del Programa de Máster de las Universidades de Heidelberg y de Chile sobre Derecho Internacional, Comercio, Inversiones y Arbitraje. El programa se encuentra en su octava versión y durante estos ocho años ha reunido estudiantes de veinticuatro países.

En abril de 2017, se inauguró el Programa de Magister en Derecho Internacional (LLM) ofrecido por las universidades de Chile y de Heidelberg, con el apoyo del Instituto Max-Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, y del Instituto de Estudios Internaciona-

---

(\*) Discurso de recepción del académico correspondiente en la República de Chile doctor Francisco Orrego Vicuña, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 28 de septiembre de 2017.

les de la Universidad de Chile. El doctor Orrego también es co-director de este programa.

El Centro Heidelberg para América Latina es el primer centro de estudios de una universidad alemana más allá de sus fronteras.

Nuestro beneficiario fue invitado por el Centro de Investigaciones Lauterpacht de la Universidad de Cambridge para pronunciar las conferencias anuales en Memoria de Sir Hersch Lauterpacht correspondientes al año 2001. El volumen de la colección que reúne sus conferencias fue titulado por su autor *International Dispute Settlement in an evolving Global Society*.

Orrego Vicuña mantuvo estrechos vínculos con la Academia de Derecho Internacional de La Haya. En 1986, dictó el curso sobre la Zona Económica Exclusiva y participó en sus programas externos, así como en los coloquios sobre Aspectos Jurídicos de la Integración Económica y el Consejo de Seguridad (La Haya, 1977 y 1992, respectivamente).

Fue profesor visitante del Departamento de Ciencia Política de la Stanford University en 1981, para dictar el curso sobre organismos regionales en América Latina (cátedra Tinker).

Profesor visitante en los cursos de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de París (París II, Pantheon) y en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de París, ambos en 1988.

Profesor visitante de Derecho Internacional y Derecho Internacional del Medio Ambiente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Miami (1994).

Ha participado en programas de enseñanza e investigación en derecho internacional del Instituto de las Naciones Unidas para la formación profesional e investigación (UNITAR), Banco Interamericano de Desarrollo, OEA, Comité Jurídico Interamericano, Fundación Carnegie para la Paz Internacional, Comisión Económica para América Latina, Pacific Forum (Honolulu), Fundación Ford y el Nansen Institute (Oslo).

Fue presidente del Institut de Droit International, creado en 1873. Presidió la Septuagésima Tercera Sesión del Institut en 2007, en Santiago de Chile, la primera celebrada en América Latina.

Al declarar abierta esa histórica sesión, Orrego Vicuña expresó que “el hecho que la misma se cumpla aquí es una poderosa indicación de lo mu-

---

cho que ha cambiado el derecho internacional en el proceso de lograr un genuino alcance universal y participación en su formación”.

Señalaba Orrego que la elaboración de los tratados ha sufrido muchos cambios en las últimas décadas y las organizaciones internacionales han adquirido un papel significativo en su preparación, pero esto no quiere decir, como escuchamos a menudo, que el consentimiento de los Estados no sea más necesario para crear nuevas reglas de derecho internacional, ¿o es verdad que el soft law u otros arreglos políticos regionales han reemplazado la santidad de los tratados? Las organizaciones internacionales son esenciales, porque son necesarias para lograr los objetivos de bienestar de la sociedad, pero no son el Estado ni un sustituto del mismo, ni siquiera cuando ha tenido lugar la transferencia de ciertas competencias en algunas materias específicas.

En otro pasaje de su discurso, el presidente se preguntó en relación con el papel del derecho consuetudinario internacional, si la práctica de los Estados ha dejado de ser necesaria para su formación o si el paso del tiempo se ha vuelto sin sentido. Si dichos elementos estuviesen ausentes esto sería un factor desestabilizador del sistema jurídico. En verdad, cada día oímos más reclamos respecto del *ius cogens*, independientemente del apoyo que la regla invocada tenga en la práctica además del paso del tiempo. Así como cada vez oímos que lo que causa aversión a alguien es un crimen contra la humanidad.

He dejado para el final el papel del individuo en el derecho internacional. No cabe duda de que el individuo es la principal preocupación del ordenamiento jurídico internacional y deberá continuar siéndolo, una perspectiva que se ha tornado prominente en el desarrollo de nuestra disciplina.

Finalmente, el presidente invitó a los miembros del Instituto a trabajar a favor del restablecimiento del correcto balance del derecho de las naciones: el *rebalancing of international law*.

Orrego Vicuña es miembro de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile; miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Madrid, 1999); de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas (Madrid, 1986); de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires, 1989) y de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Córdoba, 1995).

Es miembro honorario de la Sociedad India de Derecho Internacional (Nueva Delhi, 2010); presidente y fundador del Consejo Chileno para las

Relaciones Internacionales (1989-1993); presidente del Comité Asesor de Política de Desarrollo Científico del Max Planck Foundation for International Peace and Rule of Law (Heidelberg, desde 2013); miembro del Consejo Académico del Programa para América Latina del Woodrow Wilson International Center for Scholars (Washington, 1982-1984) y miembro del directorio del Law of the Sea Institute (Honolulu, 1986-1991).

Miembro de la Sociedad Francesa de Derecho Internacional, del Consejo de la Asociación del Derecho del Mar, del British Institute of International and Comparative Law; fellow de la *Royal Geographical Society*; *miembro del Instituto Hispano-Luso Americano de Derecho Internacional*, de la International Law Association; miembro del Consejo Asesor del Max Planck Institute Encyclopedia of Public International Law y del Max Planck Institute Encyclopedia of Comparative Constitutional Law.

Orrego desempeñó funciones judiciales internacionales: juez ad-hoc de la Corte Internacional de Justicia en el diferendo por la delimitación marítima entre Chile y Perú (2008-2014). Juez ad-hoc del Tribunal Internacional del Derecho del Mar en el caso sobre la conservación y explotación sostenible del pez espada entre Chile y la Unión Europea (2000-2009).

Juez del Tribunal Administrativo del Banco Mundial (1992-2009) y presidente del mismo (2001-2004). Juez del Tribunal Administrativo del Fondo Monetario Internacional (desde 2012). Miembro del Panel de Solución de Controversias de la OMC en el caso de las acciones civiles de Boeing y Airbus entre la Unión Europea y Estados Unidos (Ginebra, 2006-2010). Miembro del panel para el cumplimiento de las medidas del mismo caso y del tribunal arbitral constituido con la misma finalidad (2012).

Presidente de un Panel de Reclamaciones Gubernamentales relativos a la Primera Guerra del Golfo Pérsico en la Comisión de Indemnizaciones de Naciones Unidas (Ginebra, 1998-2000).

Miembro de la Comisión para la Solución de Controversias entre Chile y los Estados Unidos en aplicación del Tratado Bryan de 1914 (Washington, 1990-1992), y de la decisión sobre reclamaciones de indemnización en el caso *Letelier* (1992).

#### Funciones diplomáticas:

Vicepresidente de la delegación chilena en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1974-1982). Entre 1979 y 1984 formó parte de la delegación de Chile en el proceso de mediación

---

papal en el Conflicto del Beagle. Fue embajador de Chile en el Reino Unido (1983-1985).

Funciones de arbitraje internacional:

Miembro de los Paneles de Conciliadores y Árbitros del Centro Internacional para la Solución de Diferendos en materia de Inversiones (ICSID-CIADI), por designación del presidente de su Consejo Administrativo y presidente del Banco Mundial (1995-2011).

Miembro de 20 Essex Street Chambers, una firma radicada en Londres y Singapur conformada por abogados líderes en materia de arbitraje internacional.

Árbitro del Panel de Expertos en Mercados Financieros Internacionales (La Haya, desde 2011).

Miembro del Panel de Árbitros del Protocolo de Protección Ambiental del Tratado Antártico (desde 2005).

Árbitro para la solución de controversias en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y México, por designación de ambos gobiernos (desde 2001).

Miembro de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, integrante de la Corte (2002-2007) y vicepresidente (2005-2007).

Miembro del directorio del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial Internacional (ICCA), desde 2007.

Miembro del directorio del Centro de Arbitraje Internacional de Dubai (2012-2014).

Miembro del Instituto para el Arbitraje Internacional (París, desde 2001) y miembro de su Comité Asesor (desde 2002).

Miembro del Club Español de Arbitraje (Madrid, desde 2005).

Orrego Vicuña ha actuado en más de setenta tribunales de arbitraje como presidente o árbitro. No sorprende que la firma multinacional de derecho internacional Allend & Overy haya publicado, en 2016, un ranking de los árbitros más influyentes del mundo en la materia donde ubica a Orrego en segundo lugar, sólo superado por la suiza Gabrielle Kaufmann-Kohler. El jurista chileno comentó:

Es un honor que atribuyo a la opinión generosa de numerosos árbitros y partes con los que he compartido un largo trabajo, siempre en armonía y en un espíritu de cooperación, que conoce raras excepciones. Es el reconocimiento de un trabajo continuado y detallado con miras a lograr sentencias que se basan siempre en el interés del derecho y la justicia, con la plena garantía de imparcialidad.

Las publicaciones de Orrego Vicuña comprenden dieciocho libros, de los cuales seis son en colaboración.

Sus contribuciones a los libros de otros autores y sus artículos en revistas científicas alcanzan a ciento doce colaboraciones.

Doctor Orrego Vicuña, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires le da la más afectuosa bienvenida como miembro correspondiente en Chile y le expresa su admiración por su fecunda y sobresaliente labor en el campo del derecho internacional.

Muchas gracias.

Ciudad de Buenos Aires, 28 de septiembre de 2017. ◆



# CRISIS Y RENOVACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

POR FRANCISCO ORREGO VICUÑA (\*)

Excelentísimo señor presidente de la Academia,

Distinguidos académicos miembros de la corporación,

Señores profesores y muy queridos amigos,

Señoras y señores:

Esta ilustre Academia me ha conferido el honor de designarme como académico correspondiente de la República de Chile, por iniciativa de mi muy distinguido y querido amigo el profesor y juez Hugo Caminos. Le agradezco, al igual que a los miembros de esta histórica institución, el honor que ello significa, que espero pueda contribuir a fortalecer las tradiciones jurídicas compartidas por nuestras naciones.

Nos reúne esta tarde la consideración de como el marco del derecho internacional contemporáneo se ve enfrentado hoy a una situación de crisis y de renovación. Jueces, académicos y profesionales del derecho se ven hoy confrontados a una paradoja relacionada con las muchas interpretaciones que el derecho internacional evidencia, algunas en la búsqueda de una contribución genuina al desarrollo de esta disciplina, en tanto que otras engloban toda suerte de teorías que buscan desestabilizar las premisas que han guiado los esfuerzos de construir un marco jurídico internacional que rijan la sociedad global.

Un primer aspecto que debe tenerse presente es el de la necesidad de establecer los límites entre lo razonable y lo irrazonable en el marco de la necesaria evolución e interpretación del derecho internacional, ejercicio que comprende todo los grandes temas de esta disciplina, desde las fuentes del derecho internacional, los sujetos de este ordenamiento y un conjunto de aspectos que pertenecen a la estructura básica de la discipli-

---

(\*) Disertación del académico correspondiente en la República de Chile, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto público del 28 de septiembre de 2017.

na, incluyendo el uso de la fuerza, la solución de controversias, la jurisdicción, los océanos, el medio ambiente y la responsabilidad internacional.

### **Una naturaleza centrada en la tradición y la adaptación**

En la búsqueda de ese límite, un aspecto sobresale en cuanto a su importancia. El derecho internacional ha mantenido lo esencial de su naturaleza y estructura durante tiempos inmemoriales, lo que no ha sido obstáculo a un significativo desarrollo, modernización y adaptación en función de las cambiantes necesidades de la sociedad internacional. Igualmente, cabe tener presente que muchos puntos de vista contemporáneos, que buscan reinterpretar el derecho internacional llevándolo más allá de sus límites naturales, se inspiran en altos ideales que merecen respeto y admiración, pero cuya compatibilidad con la estructura tradicional parece dudosa, al menos por un tiempo previsible.

Pero es igualmente necesario tener presente que en ocasiones esos ideales no se inspiran en la búsqueda de nuevas perspectivas intelectuales, sino en un propósito de instrumentalizar el derecho internacional en función de finalidades ideológicas o políticas ajenas al marco del derecho, lo que ha influido crecientemente en las perspectivas de gobiernos, organizaciones internacionales y los tribunales en detrimento de la credibilidad y efectividad de este orden jurídico.

En estrecha relación con lo anterior es que debe dibujarse la línea que separa lo permisible de lo que no lo es en la interpretación del derecho internacional contemporáneo. Surge poderosa la necesidad de alcanzar un reequilibrio del orden jurídico internacional que haga posible interpretaciones que sean respetuosas de su esencia a la vez que permitan la evolución necesaria que hoy exige la comunidad internacional.

Es la búsqueda de ese nuevo equilibrio la que inspira estas palabras en este solemne acto de la Academia. El ejercicio no es simple de llevar a cabo, pero sí deja en claro que los extremos difícilmente contribuirán a este propósito. Tales extremos deben ser aislados a la luz de sus efectos dañinos para la viabilidad del orden jurídico internacional.

Una primera observación guarda relación con la interacción entre el derecho y la sociedad internacional. En la medida en que el derecho internacional difiera de la naturaleza de la sociedad internacional que aspira a regir habrá una medida inevitable de resistencia por parte de los principales actores del sistema político internacional. Por el contrario, en la medida en que el marco conceptual sea compatible con el contexto político subyacente, si bien verá probablemente un progreso más lento, este llevará a

un mayor grado de convencimiento general y por consiguiente a la permanencia de sus normas e instituciones. No se trata, por consiguiente, de incorporar conceptos que difieren de las realidades internacionales sino de la manera como esos conceptos tradicionales pueden llevarse con mayor efectividad a la práctica.

Los fracasos encontrados en el propósito de otorgar mayor vigencia al papel del derecho internacional en el ordenamiento de la sociedad internacional no han sido pocos. Sin embargo, la contribución ordenadora del derecho internacional tampoco ha sido escasa, como lo demuestra la disponibilidad de medios pacíficos para la solución de controversias o la creciente cooperación en ámbitos de especial importancia, como el comercio, las inversiones y la tecnología.

Los principios en los que descansa el concepto de la coexistencia pacífica, según lo concibiera Nehru en el contexto de la difícil etapa de la Guerra Fría, representan un esfuerzo de pragmatismo entre el orden y el poder. Las realidades de la globalización y del nacionalismo avanzan y retroceden al mismo tiempo, dando lugar a las muchas paradojas del sistema político y jurídico contemporáneo. Si acaso un verdadero orden jurídico internacional que sea común a la humanidad en su conjunto y sus muchas variaciones puede alcanzarse es todavía una pregunta en búsqueda de una respuesta.

No obstante las muchas teorías que se han planteado respecto de la naturaleza del derecho internacional, el hecho es que todo ordenamiento jurídico es la expresión de la natural evolución de la sociedad, siempre en búsqueda de estructuras compatibles con la presiones requeridas por un cambio. Por ello es que en este ámbito la modernización no es incompatible con la tradición. Es así como la exigencia de un consentimiento en la formación del derecho no ha sido un obstáculo para el desarrollo de la cooperación internacional. El papel del Estado y los individuos ha cambiado a lo largo de ese proceso de evolución, pero ninguno ha perdido sus características básicas. Tampoco el papel desempeñado por las organizaciones internacionales ha significado cambios de carácter estructural, sino más bien de desarrollos funcionales.

Tampoco es nueva la idea de una estructura jerárquica en el derecho internacional, incluyendo la importante influencia del derecho natural tanto en sus orígenes como en el presente. Con frecuencia el derecho internacional positivo es la expresión de altos valores morales aun cuando cambie la terminología para expresarlos. Diferente es por cierto el caso de las aspiraciones destinadas a remodelar el derecho internacional y sus estructuras sobre la base de imponer esos valores a una sociedad carac-

terizada por la diversidad, debiendo predominar el respeto de los valores propios de un mundo multicultural.

### **Las fuentes del derecho internacional y la necesidad de su reequilibrio**

La diferencia de puntos de vista acerca de la naturaleza del derecho internacional también se ve reflejada en la discusión sobre el papel de las fuentes de este marco jurídico. Mientras desde el punto de vista de la tradición la teoría de las fuentes del derecho internacional es lo suficientemente amplia como para acomodar los cambios requeridos por la sociedad internacional, para quienes postulan una nueva fundamentación, esa tradición sería un obstáculo para alcanzar nuevos objetivos políticos, económicos y sociales.

El consentimiento en la formación del derecho internacional ha sido severamente criticado como una expresión de voluntarismo. La realidad es, sin embargo, muy diferente pues en no pocas ocasiones la expresión de ese consentimiento ha sido el vehículo para transformar altos valores morales propios del derecho natural en un derecho positivo que surge de entendimientos comunes. Muchos de los desarrollos que caracterizan el derecho de los tratados muestran la creciente flexibilidad del derecho internacional en su materialización, siendo el derecho internacional económico y el relativo al medio ambiente claros ejemplos de cómo el consentimiento puede facilitar la adaptación a realidades cambiantes.

Lo anterior permite observar que el límite de la legitimidad y de la efectividad está dado en esta materia por la función de un consentimiento cada vez más flexible o la incorporación de conceptos de un proceso autónomo de creación del derecho, que permitiría crear normas del derecho internacional independientemente de la voluntad de los Estados. También ello es lo que establece el límite del hoy llamado *soft law*, que en algunas expresiones busca nuevamente prescindir de la voluntad de los Estados. Cuando ello llega al límite de lo razonable, no solo afecta al derecho internacional sino también altera el normal funcionamiento de la democracia constitucional, pues el proceso se traduciría en sustituir la voluntad de los ciudadanos, expresada por medio de sus gobiernos, por un punto de vista unilateralmente proclamado por los autores de tales iniciativas.

Cuando se examinan los alcances de la costumbre internacional en el derecho internacional contemporáneo, las diferencias de opinión son todavía más agudas, oscilando entre el estricto cumplimiento de los requisitos tradicionales y una identificación con conceptos que solo pueden considerarse como la aspiración de sus proponentes. Las relatividades

del proceso que lleva a la formación de una norma de costumbre no han sido un obstáculo insuperable, gradualmente resuelto por la doctrina y la jurisprudencia.

Debe observarse que el papel de los Estados y las organizaciones internacionales, la uniformidad de la práctica o el grado de participación en la formación de la costumbre son todos elementos conducentes a su aceptación universal. Nada de ello es el resultado de opiniones de mayoría o minoría, pero sí es claramente el fundamento de la exigencia de un *opinio juris* en el proceso de formación de normas consuetudinarias. Nuevamente, este equilibrio es una garantía de legitimidad que a la vez sirve para prevenir el recurso al autoritarismo en el derecho internacional en el que solo se aceptara como derecho los dictados de grupos de presión.

También cabe observar las diferencias que caracterizan el recurso a los principios generales del derecho. En ausencia de normas convencionales o consuetudinarias la opción preferida de jueces y abogados es la aplicación de principios generales del derecho. Ello puede ser un criterio amparado por el derecho, como también una herramienta que busca prescindir del consentimiento y más bien busca justificar los resultados deseados. Esos límites se ven traspasados en ocasiones que llevan a su reemplazo por referencias vagas a principios de justicia y equidad separados del derecho, fenómeno que está también alcanzando a los tribunales nacionales.

Diferencias todavía mayores se observan acerca del papel de la equidad. Sin duda que esta es una herramienta que otorga gran flexibilidad, pero ello no significa que deba situarse más allá del derecho o en contravención a sus normas. La clasificación de la equidad en las categorías de *infra legem*, *preater legem* o *contra legem* evidencia con claridad los límites del papel que ella tiene, lo que incluso se ha traducido en serias dificultades en su aplicación por la Corte Internacional de Justicia.

La anterior discusión no es meramente doctrinaria pues sus efectos se observan igualmente en la caracterización de los actos de los Estados y las organizaciones internacionales. El principal punto de contención es si acaso los actos de los Estados son el producto de su consentimiento en la formación del derecho y la costumbre o nuevamente la expresión de fuentes autónomas que buscan el logro de objetivos deseados por sus proponentes.

El hecho, sin embargo, es que si bien un acto unilateral puede tener algunos efectos jurídicos no puede entenderse como la expresión de una fuente autónoma del derecho internacional, pues requerirá de la concu-

rrencia de otras manifestaciones de voluntad para establecer una relación jurídica obligatoria. Similar es la situación de los actos de organizaciones internacionales, que siempre dependerán de la voluntad de los Estados o su renuente transferencia a órganos internacionales. Ello ha llevado al creciente control de su legalidad por tribunales internacionales, regionales y nacionales, todavía incipiente pero claramente expresiva de que la concurrencia de voluntades no puede ser sobrepasada sin consecuencias o de manera contraria al derecho.

La creciente influencia del derecho internacional en la vida de los Estados ha llevado a que la clásica controversia entre el dualismo y el monismo, como elemento caracterizador de su naturaleza, se encuentre ampliamente superada en la práctica. La práctica constitucional de muchos países permite hoy en día que ambos conceptos tengan un papel importante que desempeñar en la aplicación del derecho internacional, sin que necesariamente deba mediar un proceso de incorporación o transformación del derecho internacional en derecho nacional.

En cualquiera de estas alternativas doctrinarias, sin embargo, el control estatal ha estado presente en la formación y aplicación del derecho internacional. Un reciente fenómeno tiende a introducir una muy seria distorsión en este proceso de integración, pues en ocasiones se busca eludir esos consensos necesarios mediante conferencias y reuniones internacionales destinadas a imponer un punto de vista parcial en la sociedad, que inevitablemente se traducirá en una pérdida de legitimidad del derecho internacional.

### **El papel cambiante de los sujetos del derecho internacional**

Las dificultades que enfrentan la naturaleza y las fuentes del derecho internacional no podrían dejar de tener consecuencias para el papel de los sujetos de este ordenamiento. Se sostiene con frecuencia que el Estado ya no es el sujeto principal de este ordenamiento, con una soberanía disminuida que debe dar lugar al papel creciente de las organizaciones internacionales.

Siendo evidente que el concepto de la soberanía estatal se ha llevado en ocasiones a extremos inaceptables, como las manifestaciones extremas de nacionalismo y su incompatibilidad con valores morales y jurídicos, ninguna de estas distorsiones representa el verdadero sentido de la soberanía. Por el contrario, el derecho internacional nació efectivamente para proteger esos valores y asegurar su eficacia mediante la solución pacífica de controversias y la consiguiente estabilidad en las relaciones entre potencias soberanas en competencia.

Todo hace previsible que el sistema continuará fundamentado en la soberanía de los Estados y su papel central en la formación, aceptación y aplicación del derecho internacional. A la vez, es evidente que esa soberanía no carece de límites y cambios en su razón de ser. La más importante es, probablemente, que la soberanía del Estado esté al servicio de la sociedad y no a la relación inversa, llevado a la aceptación de las muchas obligaciones que han reconocido al individuo como el verdadero sujeto del derecho internacional, como siempre se entendió que debía ser el caso.

Lejos de caer en la obsolescencia, la soberanía busca hoy su adaptación a las necesidades de una sociedad cambiante. Un elemento esencial de este proceso es el respeto de las diferentes culturas y tradiciones propias de un mundo multicultural, sin que se pueda pretender imponer un punto de vista a una sociedad tan diversa como la del mundo actual. De esta manera, la soberanía ya no debe ser un antagonista de la diversidad.

Como consecuencia de su evolución, el sistema internacional ha registrado grandes progresos en materia de cooperación internacional y el funcionamiento de sus instituciones, superando en el ámbito de sus competencias el quehacer tradicional de los Estados. Hay, sin embargo, no pocos casos en los que las organizaciones han destinado sus mejores esfuerzos a su propio servicio o se han transformado en entidades políticas ajenas a los intereses de la comunidad que está llamada a servir.

La paradoja de esta situación es que instituciones nacidas para corregir los abusos cometidos en el plano nacional han incurrido en ocasiones ellas mismas en tales excesos, llevando a un creciente control de los Estados y su judicatura para asegurar la protección de los derechos afectados. El paradigma de que las organizaciones internacionales puedan sustituir el papel de los Estados no ha podido en consecuencia materializarse debidamente, excepto en materias y actividades muy específicas. En este contexto, el control judicial sobre los actos de tales organizaciones se ha incrementado a la vez que se ha hecho crecientemente necesario, incluyendo las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y algunos organismos especializados.

La más importante de las funciones del derecho internacional es, y ha sido siempre, la protección de los derechos del individuo en un marco de normas morales y jurídicas. La expansión del derecho internacional humanitario y la protección de los derechos humanos es la más vívida expresión del esfuerzo que comenzó al término de la guerra de los Treinta Años. Muchas veces se ha ignorado la importancia de sus orígenes y el propósito de refundar el derecho internacional no ha favorecido el adecuado desarrollo de esa protección.

El reconocimiento de la personalidad objetiva de los individuos ha sido hasta ahora más bien teórico que práctico. Su acceso a los mecanismos de protección de sus derechos y a los marcos procesales adecuados ha sido más bien limitado, por más que se exprese lo contrario. La disponibilidad de instrumentos internacionales y regionales concebido para asegurar esa protección ha sido en gran medida lograda, pero ese no es el caso de algunas de las instituciones encargadas de su materialización, sobre todo cuando se mezclan los derechos fundamentales con derechos que se busca justificar a la luz de circunstancias coyunturales.

La obligatoriedad en el cumplimiento de estas últimas decisiones se ha visto proporcionalmente afectada. Un ejemplo vívido de este fenómeno ha sido el actuar de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en que la protección del individuo pasó a un papel secundario frente a prioridades políticas de sus temarios y decisiones. El resultado fue la abolición de esta comisión y su reemplazo por el Consejo de los Derechos Humanos, que también comienza a mostrar síntomas de la misma enfermedad. Similar ha sido también el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuya completa reorganización institucional bien podría seguir el ejemplo de otras experiencias.

Los mecanismos procesales para el acceso y participación de los individuos también muestra síntomas de ineficacia, predominando en oportunidades el interés de la institución por sobre el de sus beneficiarios. Un distinguido autor fue quien observó que la carencia de mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos del individuo equivale a no disponer de derecho alguno.

Es en esta materia que el derecho internacional enfrenta su principal paradoja. La protección de los derechos del individuo buscaba limitar el papel de los Estados por la insuficiencia de las políticas e instituciones en garantizar su protección. Esas mismas deficiencias se observan hoy día en el trabajo de algunas importantes instituciones internacionales. La violación de derechos y del debido proceso no está ausente de dichas organizaciones, lo que otorga justificación para que la protección revierta al Estado de nacionalidad y sus tribunales.

### **Un desarrollo incipiente de la solución de controversias y la jurisdicción**

Es un hecho que la solución de controversias se encuentra todavía distante de las necesidades del derecho internacional contemporáneo y su evolución. Un ejemplo de lo anterior se observa en el hecho de que las controversias sobre temas financieros, el comercio o las inversiones nunca han sido llevadas a la Corte Internacional de Justicia, a pesar de



que ellas ocupan la principal atención de los gobiernos. La muy limitada participación de los individuos en el sistema de solución internacional de controversias, impedido como está de llevar sus reclamaciones directamente a tales mecanismos y acceder a sus procedimientos a título propio, es otra limitación de serios alcances.

Nuevas formas de jurisdicción se han intentado para superar algunas de estas dificultades, buscando asegurar que la legítima soberanía de los Estados pueda armonizarse con el respeto de los derechos humanos. El principio de la jurisdicción universal ha buscado otorgar a los Estados la necesaria autoridad en relación a algunos crímenes que de otra manera quedarían sin juzgar por las limitaciones del sistema de principios jurisdiccionales. Sin embargo, las distorsiones no tardarían en aparecer pues en ocasiones se buscó en este principio justificar la intervención de un Estado en los asuntos de otro. La jurisdicción penal internacional y su corolario en términos del principio de la complementariedad han tenido importancia en compatibilizar los intereses de los Estados con la protección de los derechos humanos en el marco del derecho internacional, pero tampoco ha estado libre de distorsiones en el ámbito de acción de la Corte Penal Internacional.

### **Un fenómeno que permea el derecho internacional en su conjunto**

Muchos otros aspectos centrales del derecho internacional podrían analizarse a la luz de las mismas necesidades de reequilibrio entre los principios tradicionales y las innovaciones necesarias en su aplicación. El uso de la fuerza ofrece el claro ejemplo de como nuevos recursos a la violencia internacional han reabierto el debate acerca del límite a la prohibición del uso de la fuerza, pues nada podría justificar que un Estado sea atacado sin consecuencias, ya no mediante una guerra convencional sino mediante el uso del terrorismo y otras acciones escudadas en el anonimato de la cobardía.

Similar búsqueda de un reequilibrio se observa en los conceptos que rigen la responsabilidad internacional de los Estados, en que sus principios básicos se ven confrontados con nuevas teorías acerca de quién puede reclamar y con qué título. El propósito de reconocer a la comunidad internacional como sujeto del derecho internacional es una nueva manifestación de los esfuerzos que buscan prescindir de la soberanía de los Estados. La contribución de la Comisión de Derecho Internacional y de su relator especial, el hoy juez James Crawford, permitieron incorporar algunas importantes precisiones en esta discusión que había, como muchas otras, procurado fortalecer los intereses políticos por sobre las consideraciones estrictamente jurídicas.

### **Una contribución necesaria de la República Argentina y de Chile**

En el contexto de esta ceremonia que renueva los vínculos intelectuales entre la República Argentina y Chile, no podría dejar de referirme al interés compartido en torno a algunos temas especialmente sensibles para ambas naciones. Estos son los de las normas que rigen espacios de gran significación, con particular referencia al derecho del mar, la Antártida y el medio ambiente. La cooperación en estos espacios ha avanzado hacia normas e instituciones más estructuradas, lo que debe ser naturalmente bienvenido. La pregunta que permanece sin respuesta, sin embargo, es si acaso el modelo de cooperación internacional que se ha seguido, con fuerte énfasis en el papel de las instituciones internacionales, es uno que habrá de perdurar o deberá, además, tomar en cuenta otros intereses centrales.

El concepto de la libertad de los mares cumplió un papel decisivo en la evolución de este ordenamiento, pero con el tiempo mostraría también sus vacíos, especialmente en cuanto a los abusos que siguieron en materia de explotación de la pesca y los recursos naturales. La reacción inescapable ante esta realidad fue la expansión del mar territorial, el surgimiento de la zona económica exclusiva y el perfeccionamiento de los derechos sobre la plataforma continental, todo ello magistralmente equilibrado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Pero aun así, quedaron importantes zonas de vacío, como fue el caso de los fondos marinos fuera de la jurisdicción nacional y de la pesca en alta mar. La idea del patrimonio común de la humanidad no fue exitosa y hubo de ser complementada por la participación de intereses privados con la capacidad económica y tecnológica para la explotación de ese espacio.

En el caso de la pesca en alta mar la cooperación internacional demostró en gran medida ser ineficaz, pues la sobreexplotación de sus recursos continúa inalterada, con contadas excepciones de algunos acuerdos regionales. La adaptación del derecho a la realidad es todavía una tarea pendiente en que deberá incluirse el papel de los Estados ribereños y de los operadores privados en un régimen que asegure la conservación y sustentabilidad de estos recursos.

El caso de Tratado Antártico es otra materia en que la efectividad de la cooperación internacional ha interactuado apropiadamente con los intereses nacionales. Por lo mismo, nuevamente aquí las ideas de internacionalización del continente o de su consideración como patrimonio común de la humanidad serían enteramente antagónicas con el equili-

brio de intereses que hoy rige en ese continente, en particular del papel desempeñado por las partes consultivas y su contribución a la investigación científica y la administración de los regímenes de recursos naturales. En algún momento no lejano deberá, sin embargo, también ocuparse del caso de los recursos minerales.

Pareciera necesario desde ya que las partes consultivas originales reasuman un papel central en estas materias, sin que quepa confundirlas con el papel secundario de aquellas partes incorporadas, siguiendo una estrategia política, pero cuya contribución al desarrollo de la Antártida es más bien un símbolo de prestigio que de contribución real a sus políticas.

Un tercer ámbito en el cual la cooperación debe organizarse de tal manera de tener en cuenta el interés de los Estados y otros participantes es el de la protección ambiental. Los progresos que se han llevado a cabo entre el Protocolo de Montreal de 1987 y el Acuerdo de París de 2015 han sido posibles en la medida en que esos otros intereses se han tenido en cuenta, evitando formas de antagonismo con la contribución de los Estados y los actores económicos, donde nuevamente han influido factores ajenos a la ciencia, el derecho y la objetividad que muchas veces buscan proseguir intereses ideológicos ajenos a una preocupación genuina por el medio ambiente.

Por esta misma razón es que los principios esenciales del derecho ambiental han sido cuidadosamente definidos con miras a no contradecir los intereses que se buscan proteger. El principio precautorio, el concepto de la equidad intergeneracional, la responsabilidad común pero diferenciada, entre muchos otros ejemplos, se han abstenido de interpretaciones extremas que amenazan con descarrilar el sistema en su conjunto.

### **Derecho y sistema político internacional**

La discusión acerca de muchos de estos temas está vinculada a una realidad que se observa en todo el sistema del derecho internacional, que en esencia consiste en asegurar su compatibilidad con las características prevalecientes de la comunidad internacional y el orden que hasta ahora las rige. El derecho internacional es el fiel reflejo de las virtudes e imperfecciones de ese orden. Las aspiraciones de lograr un perfeccionamiento de este orden y su evolución encuentran su límite en la estructura del sistema internacional, materia que depende fundamentalmente de definiciones políticas que esperan una respuesta.

El derecho internacional ha hecho una contribución fundamental a la evolución de la sociedad internacional al incorporar perspectivas que

llevan al perfeccionamiento de los objetivos compartidos de la paz internacional, la dignidad humana y el bienestar, pero todo ello dentro de los límites que imponen las actuales estructuras políticas. La distinción entre lo que es el derecho y lo que quisiéramos que fuera es un requerimiento fundamental de una evolución estable. Idealismo y realismo están en una confrontación constante que exige que todo progreso dependa de cómo estos dos valores legítimos logren armonizarse, determinando la compatibilidad del cambio y la modernización con las tradiciones esenciales que deben salvaguardarse. Este es el nuevo desafío del reequilibrio necesario del derecho internacional.

Agradezco muy sinceramente a esta ilustre Academia la oportunidad que me ha brindado de exponer las inquietudes que me asisten en torno a una disciplina por todos nosotros tan querida y admirada. ◆

# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (\*)

Señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, académico doctor Jorge Reinaldo Vanossi; señor presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Julio Isidro Altamira Gigena; señor presidente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Ing. Juan Carlos Ferreri; señor procurador del Tesoro de la Nación, Dr. Bernardo Saravia Frías; señores académicos, señores magistrados, señores profesores, señoras y señores:

La presentación del nuevo académico de número de esta corporación, Dr. Alberto Bartolomé Bianchi, a quien damos nuestra más cordial bienvenida, constituye una misión que resulta muy grata para mí.

Comenzaré por decir que se trata de unos de mis discípulos dilectos. Recuerdo que, en análoga circunstancia, mi inolvidable maestro Miguel S. Marienhoff dijo, en ocasión de mi ingreso a esta Academia en 1986, que la relación entre profesor y discípulo tiene algo de filial, porque los profesores son como los padres del saber de sus alumnos.

Alberto Bianchi sucede al académico Dr. Félix Trigo Represas, con el que guardaba una estrecha amistad y a quien todos los que disfrutamos de su sabiduría no podemos dejar de extrañar. Viene a ocupar el sitio que tiene como patrono nada menos que al ilustre tucumano Nicolás Avellaneda, uno de los más grandes presidentes argentinos.

Han transcurrido unos cuantos años, un poco más de cuarenta, desde que conocí al Dr. Bianchi en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, cuando cursaba la materia Derecho Administrativo.

Fue un alumno brillante, dotado de una inteligencia y capacidad expositiva fuera de lo común, uno de aquellos alumnos que todos los profesores ansiamos tener, volcado con auténtico interés hacia el estudio de todas las cuestiones que entonces se planteaban en el ámbito de la disciplina.

---

(\*) Discurso de recepción del Académico de Número doctor Alberto B. Bianchi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 12 de octubre de 2017.

Su hoja de vida nos dice que nació el 12 de diciembre de 1954 y que es hijo de Santiago Bartolomé Bianchi, dedicado a la producción agropecuaria (fallecido en el 2005) y de Susana Mercedes Sisterna, profesora de Literatura Española, aunque nunca ejerció como tal.

Sus padres decidieron que cursara sus estudios primarios y secundarios en el Colegio Cardenal Newman, del cual egresó como bachiller en 1972. Alberto Bianchi tiene dos hijos y está casado, en segundas nupcias, con la Dra. Estela Beatriz Sacristán, distinguida jurista también cultora del derecho público.

En 1980 el nuevo académico ingresó a mi cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

A partir de ese momento, mantuvimos una ininterrumpida y estrecha relación en el ámbito docente, tanto en los cursos de grado como en los diferentes postgrados, carreras de especialización y maestrías que se crearon en la UCA y en la Universidad Austral de Buenos Aires, prosiguiendo la labor pionera del académico Manuel María Díez, al fundar la primera carrera de especialización en Derecho Administrativo del país en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

La natural inclinación del Dr. Bianchi hacia el estudio y la enseñanza del derecho constitucional, así como acerca de la historia de sus instituciones, no ha constituido un escollo que le impidiera cultivar, al propio tiempo, el derecho administrativo, en cuyo ámbito es reconocido como uno de los más brillantes juristas argentinos, circunstancia que reafirma el sentido de unidad que debe presidir este sector de nuestro derecho público.

Ha seguido así Bianchi los pasos de ilustres maestros y antiguos académicos que nos precedieron en el camino, enriqueciendo esas dos trascendentes disciplinas del derecho público con valiosos aportes doctrinarios, tal como aconteció en los casos de Bielsa, Marienhoff y Linares.

Una muestra de esa compaginación espiritual y científica se encuentra en el hecho de ser miembro de los Institutos de Derecho Administrativo y de Derecho Constitucional de nuestra Academia y de varias asociaciones nacionales e internacionales, cuyo objeto es el estudio del derecho público nacional y comparado. Desde el año 2003 es académico de número de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

Su actividad docente ha sido constante y continúa desplegándose en diferentes universidades nacionales y extranjeras, así como en numerosas publicaciones en forma de libros, artículos, prólogos y comentarios jurisprudenciales.

En este último aspecto, su producción científica es realmente notable, pues en un período de treinta y cinco años, que van desde 1982 a la fecha, pude contabilizar que publicó más de trescientos artículos de doctrina y jurisprudencia, sin contar los que escribió para diarios de la capital y de la provincia de Buenos Aires.

Más extraordinario aún es el hecho de que haya escrito en ese lapso dieciocho libros y dos más en colaboración con otros autores. Los libros abarcan los más variados temas de doctrina y jurisprudencia, así como de historia constitucional de nuestro país, de los Estados Unidos y del Reino Unido. Buena parte de esas obras fueron prologadas por miembros de número y correspondientes de nuestra Academia. Así, a partir de 1998 aparecieron sucesivamente:

1) *Competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la nación* prologado por Germán J. Bidart Campos.

2) *La delegación legislativa. Teoría de los reglamentos delegados de la Administración Pública*, con nota preliminar de Rodolfo Barra (1990).

3) *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*, prologado por Néstor Pedro Sagües (1990).

4) *Jurisdicción y procedimientos en la Corte de los Estados Unidos. Análisis de los procedimientos que hoy emplea la Corte Argentina*, con prólogo de Julio C. Cueto Rúa (1994).

5) *Dinámica del Estado de Derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, prologado por Pedro J. Frías (1996).

6) *La sentencia definitiva ante el recurso extraordinario. Estudio de las resoluciones interlocutorias equiparables por sus efectos a sentencias definitivas*, en el que luce un prólogo de Alberto Antonio Spota (1998).

7) *El juicio por jurados. La participación popular en el proceso*, prologado por Jorge Reinaldo Vanossi (1999).

8) *En contra del aborto. Un genocidio cotidiano, silencioso y protegido*, con prólogo de Augusto César Belluscio (1999).

9) *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa. Estudio sobre los efectos patrimoniales de los actos normativos lícitos*, prologado por el suscripto (1999).

10) *Las acciones de clase* (2001).

11) *La regulación económica*, Tº I, con prólogo de Agustín Gordillo (2001).

12) *Organización institucional de la Iglesia Católica* (2003).

13) *Un recorrido crítico por el período formativo del Derecho Constitucional argentino 1810-1827* (2004).

14) *Capitalismo y Derecho Constitucional* (2005).

15) *Historia de la formación constitucional argentina 1810-1860* (2007).

16) *Una Corte liberal. La Corte de Alfonsín* (2007).

17) *Historia constitucional de los Estados Unidos* (2 volúmenes) (2008).

18) *Historia constitucional del Reino Unido* (2009).

La lectura de cualquiera de los libros de Alberto Bianchi provoca el disfrute intelectual. A su prosa diáfana y medida se añade siempre un profundo y agudo análisis jurídico que desbroza confusiones y despierta sugerencias que abren nuevos caminos a la interpretación e investigación. Concibe al Estado no como un fin en sí mismo, sino como un instrumento al servicio del bien común, creado para garantizar las libertades y demás derechos fundamentales del hombre.

En esa línea, sabe combinar con rigor jurídico principios y derechos aparentemente opuestos, conjugándolos en un sistema armónico que no es otro que el Estado de Derecho y la defensa de los postulados básicos de nuestra Constitución histórica, cuyas instituciones analiza con una remarkable profundidad y enjundia doctrinaria. Una evidencia de ese equilibrio que caracteriza su producción científica y el análisis histórico de las instituciones que lleva a cabo en sus obras se revela, por ejemplo, en su posición con respecto a las fuentes de la Constitución de 1853. Al respecto, en un libro que lleva como título *Historia de la formación constitucional argentina* admite “que la Constitución de 1853 es el fruto de muchas fuentes, dentro de las cuales hay tres que indudablemente son inmediatas y directas: el proyecto de Alberdi, la Constitución de los Estados Unidos y la Constitución de 1826. Cada una de ellas, a su vez, tiene sus propias fuentes, que a este efecto operan como precedentes indirectos de la nuestra”.

Se pregunta Bianchi: “¿Cuál de esas tres fuentes gravitó con mayor intensidad en el Congreso de 1853? Si nos atenemos a la palabra de los integrantes de la Comisión de Negocios Constitucionales, el proyecto: ‘Es la



---

obra del pensamiento actual argentino, manifestado por sus publicistas y recogido en el trato diario que los miembros de la Comisión mantienen con sus dignos colegas'. Parecería así que el precedente inmediato más importante es el proyecto de Alberdi, conocido por los constituyentes y ampliamente difundido en la Argentina. La Comisión no lo menciona expresamente, pero es evidente que el tucumano era el publicista argentino más acreditado de ese momento”.

Por razones obvias, resulta imposible describir, ni siquiera señalar en este acto las valiosas y singulares construcciones que ha hecho Alberto Bianchi a la ciencia jurídica y a la historia del derecho público argentino y comparado, sin dejar de estimular a otros juristas, con su generosidad proverbial, como lo atestigua el hecho de haber prologado y presentado una serie apreciable de monografías jurídicas.

Por todo lo que he tratado de resumir, abrigo el convencimiento que hoy incorporamos a un auténtico académico que, además de ser un jurista sobresaliente, es un hombre de bien, amante de la concordia, del pluralismo y de la tolerancia, sin que ello implique adherir al relativismo filosófico ni, por ende, dejar de luchar por la verdad y por la trascendencia y dignidad del ser humano.

Al culminar su *Retórica*, Aristóteles nos enseña que hacia el final del discurso es apropiada la falta de conjunciones para que sea realmente un epílogo y no un razonamiento.

Es preciso, entonces, que concluya esta presentación, reiterándole la más afectuosa bienvenida, para tener seguidamente la grata oportunidad de sumarme al auditorio y escuchar al jurista, con mayúsculas, que ahora se incorpora formalmente a nuestra querida Academia. ◆



# LA INFLUENCIA DEL MODELO DE SEPARACIÓN DE PODERES EN EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

POR ALBERTO B. BIANCHI (\*)

## Agradecimientos

Señor académico presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, doctor Jorge Reinaldo Vanossi, señores académicos, señores magistrados, señores profesores, señoras y señores:

Es para mí un altísimo honor formar parte de esta prestigiosa corporación, lo que me obliga a expresar mi compromiso con los elevados fines de bien público que la inspiran.

Debo agradecer también a quienes me acompañan hoy aquí. Agradezco, en primer lugar, al Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne su generosa presentación. Hace más de cuarenta años el Dr. Cassagne me enseñó las primeras letras del derecho administrativo. Fueron lecciones magistrales que jamás olvidaré. Desde entonces he mantenido con él un vínculo académico y una amistad permanentes, de las que me enorgullezco profundamente.

Agradezco también al Sr. Académico presidente, cuyas clases también disfruté en el curso de doctorado en la Universidad de Buenos Aires, el darme la bienvenida a esta corporación, agradecimiento que extendiendo también a todos los Sres. académicos.

Les agradezco también a todos los queridos amigos que me acompañan en este acto; a mis socios y colaboradores en el estudio, con quienes comparto la rutina diaria, y a mi familia, que también está aquí: a mis primos, a mi hermano, a mi sobrina; a mi madre, que este año ha cumplido sus primeros 90 años; a mis queridos hijos, porque con sus alegrías y proyectos prolongan el camino de mi vida; y a vos Estela, por tu amor incon-

---

(\*) Discurso del académico de número doctor Alberto B. Bianchi, en la oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 12 de octubre de 2017.

dicional. Churchill decía que su mayor habilidad era haber logrado que Clementina se casara con él. Yo puedo decir lo mismo de ti.

### **Semblanzas**

Cumpliendo con una arraigada costumbre, antes de abordar el tema de mi disertación haré una breve semblanza de Nicolás Avellaneda, el patrono del sitio que me toca ocupar, y del académico a quien sucedo, el Dr. Félix Trigo Represas.

#### NICOLÁS AVELLANEDA

Nicolás Avellaneda, como bien ha dicho el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, ha sido uno de los grandes presidentes argentinos, cuya fecunda obra de gobierno fue decisiva para poner en marcha el país después de Pavón y de la reforma del 60.

Su paso a la historia estaba asegurado como promotor del progreso, de la inmigración, de la escuela pública, pero siempre será recordado, especialmente, porque le tocó presidir la República cuando se federalizó la Ciudad de Buenos Aires, una cuestión que había dividido al país desde el Acuerdo de San Nicolás, al que Mitre se había opuesto en la Sala de Representantes de Buenos Aires invocando “la voz imperativa de su conciencia” (1).

No fueron fáciles para Avellaneda esas jornadas en las que la revolución de Tejedor lo obligó a trasladar el gobierno a Belgrano.

Pero nada fue fácil en la vida del tercer presidente de la Nación ya unificada.

Nicolás Remigio Aurelio Avellaneda nació en Tucumán, en octubre de 1836, hijo de Marco Avellaneda y Dolores Silva (2).

Prácticamente no conoció a su padre. Tenía cinco años cuando Marco Avellaneda fue degollado en Metán por los mazorqueros de Oribe.

Había sido tomado prisionero luego de la derrota de la Liga del Norte en Famaillá, traicionado por Gregorio Sandoval, que pertenecía a las fuerzas de Lavalle y se pasó al ejército de Rosas.

---

(1) La sesiones de la Sala de Representantes de Buenos Aires pueden verse en RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Jacobo Peuser Editores, Buenos Aires, 1937, T. IV, pp. 259-402.

(2) De las muchas biografías sobre Avellaneda puede verse la de PÁEZ DE LA TORRE, Carlos (h.), *Nicolás Avellaneda. Una Biografía*, Planeta, Buenos Aires, 2001.

Luego de la ejecución de Marco Avellaneda, su familia se refugió en Tupiza, por entonces un caserío en el sur de Bolivia, donde el futuro presidente pasó su niñez y aprendió a leer y escribir.

Fue una época difícil que forjó su carácter. Siendo estudiante en el Colegio Monteserrat de Córdoba aspiraba a obtener un cargo de bedel para costearse sus estudios y el rector se opuso por su corta edad. Avellaneda le respondió “señor Rector, el infortunio hace precoces a los hombres” (3). Pedro Frías dirá que “el joven Nicolás ha quedado definido en Córdoba” (4).

Avellaneda fue ciertamente un hombre precoz, tenía 37 años cuando sucedió a Sarmiento.

Pese a que su vida comenzó violentamente, Avellaneda nunca fue violento ni rencoroso.

Alberto Padilla lo describió como “un tribuno que creía en la eficacia de la palabra que emociona, del razonamiento que convence; confiaba en el orden impuesto por el ademán evangélico de su mano, levantada y abierta” (5).

Al entregarle el bastón presidencial Sarmiento le dijo: “sois el primer Presidente que no sabe disparar una pistola”. Aludió también a su “estatura diminuta”, comparándolo con Adolfo Thiers (6).

Y estas eran palabras de elogio. Pero bueno, ya lo conocemos a Sarmiento. De Alberdi, a quien había convertido en su adversario, decía que era un templador de pianos que no sabía montar a caballo (7).

Aun así, el sanjuanino confiaba enteramente en Avellaneda, a quien le encomendó la cartera de Justicia e Instrucción Pública, cargo desde el cual prácticamente duplicó la cantidad de escuelas primarias existentes.

Antes de ello, Avellaneda había ejercido exitosamente como abogado y había incursionado también en el periodismo. Fundador del *Eco del Norte*

---

(3) AMADEO, Octavio R.: *Vidas Argentinas*, Bernabé y Cía. Editores, Buenos Aires, 1940, p. 138.

(4) FRÍAS, Pedro J.: *La Vida Pública y sus Protagonistas*, Córdoba, 1995, p. 47.

(5) Citado por Carlos Páez de la Torre en, *Sobre Roca y Avellaneda. Dos tucumanos con temperamentos distintos*. La Gaceta, 5 de octubre de 2015.

(6) PÁEZ DE LA TORRE, citado en nota 2, p. 193.

(7) Así le decía en las famosas “Ciento y Una”, respondiendo a las “Cartas Quillotanas” que Alberdi le enviara. Ver: MAYER, Jorge M.: *Alberdi y su Tiempo*, 2ª edición, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II, N° 13, 1973, T. I, p. 568.

en Tucumán, ya instalado en Buenos Aires trabajó en *El Nacional* y colaboró con *El Comercio del Plata*, fundado en Montevideo por Florencio Varela.

En 1865 publicó *Estudio sobre las leyes de tierras públicas*, donde impulsaba la distribución de la tierra como medio de aumentar el caudal demográfico. Ideas éstas que fueron luego puestas en práctica durante su gobierno cuando se aprobó la Ley 817 de Inmigración y Colonización.

Su carrera política comenzó en 1859, cuando fue elegido diputado por la provincia de Buenos Aires, al mismo tiempo que ingresaba como profesor de Economía en la Universidad de Buenos Aires.

Quince años después, Avellaneda era electo presidente de la Nación. Su mandato empezó y terminó con sendas revoluciones. La de Mitre, que alegaba fraude en las elecciones, y la de Tejedor, que acabó con la federalización de Buenos Aires y más de 3000 muertos en el campo de batalla. Salió victorioso de ambas.

Su tarea como presidente fue ardua, pero eficaz. Tuvo que lidiar con la crisis económica heredada de Sarmiento y para ello eliminó el sistema de convertibilidad de la moneda con el oro. La primera de cinco convertibilidades que ha tenido nuestro país. Ninguna de ellas tuvo un final feliz.

Combatió al malón con la zanja de Alsina, una obra costosa, de dudosos resultados y luego con la conquista del desierto, emprendida más eficazmente por su segundo ministro de Guerra, Julio A. Roca.

Durante su gobierno se produjo también la primera exportación de carne congelada a Europa.

Al término de su mandato presidencial fue rector de la Universidad de Buenos Aires y senador por Tucumán. Desde su banca obtuvo la sanción de la Ley 1597 de Estatutos Universitarios antecedente de la reforma de 1918.

Lamentablemente, su vida se apagaría poco después. Agobiado por la nefritis, viajó a Francia en 1885 en busca de un tratamiento y falleció en el viaje de regreso, frente a la costa del Uruguay.

Tenía apenas 49 años.

ACADÉMICO DR. FÉLIX A. TRIGO REPRESAS

Si es un orgullo ocupar el sitial que lleva el nombre de un gran presidente, también lo es suceder en él a un gran jurista, como fue el académico Dr.

---

Félix Alberto Trigo Represas, que honró a esta Academia como miembro titular desde 1987, sucediendo a la académica Dra. Margarita Argúas.

El Dr. Trigo Represas fue secretario y vicepresidente de esta corporación, director de su Instituto de Derecho Civil y autor de numerosísimas comunicaciones sobre temas de su especialidad, en particular sobre responsabilidad civil, una temática que abordó con extraordinaria profundidad.

Había nacido en La Plata, el 18 de marzo de 1928, hijo de Félix Trigo Viera, también un reconocido abogado, y de Laura Represas.

Su vida estuvo tan profundamente ligada a su ciudad natal como al derecho civil, disciplina que abrazó con verdadera vocación y talento, de lo que da testimonio su extensa obra en la que sobresalen numerosos trabajos escritos en coautoría con civilistas notables, algunos de ellos miembros de esta Academia.

Egresado del Colegio Nacional “Rafael Hernández”, donde tuvo profesores de excelencia como Carlos Sánchez Viamonte y Ezequiel Martínez Estrada, su alma mater fue la Universidad de la Plata, de la que egresó como abogado en 1949, cuando tenía apenas 22 años y como doctor en Ciencias Jurídicas en 1955.

En esa casa de estudios fue profesor titular por concurso de Derecho Civil y decano. Fue también profesor emérito de la Universidad Católica de La Plata.

Ejerció activamente su profesión y su figura se distinguió en el Colegio de Abogados de La Plata del cual fue vicepresidente.

A lo largo de su vida recibió numerosísimas distinciones, entre ellas el Premio Konex en dos oportunidades. Fue merecedor también del Premio Enrique V. Galli, otorgado por el Colegio de Abogados de La Plata.

En este mes de octubre se conmemora el primer año de su fallecimiento.





# LOS MODELOS DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU INFLUENCIA EN EL MODELO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sumario: I. Introducción.- II. Una teoría sencilla y una realidad compleja.- III. El modelo británico.- IV. El modelo francés.- V. El modelo nor-teamericano.-VI. ¿Tres modelos de Administración?- VII. Conclusiones.

## I. Introducción

Analizaré aquí los tres modelos principales de la separación de poderes que ofrece el derecho comparado: el británico, el francés y el de los Estados Unidos, con el propósito de verificar si cada uno de ellos ha gestado un modelo propio de Administración Pública y, en ese caso, cuáles son sus características más relevantes.

Podrá decirse que el tema de la separación de poderes ha sido abordado una y mil veces. Es cierto.

Recientemente ha sido estudiado por el Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne en su obra *Los Grandes Principios del Derecho Público* (1) y antes de ello había despertado el interés de quien fuera su maestro, el Dr. Jorge Tristán Bosch, en un trabajo publicado en 1944 (2). También Faustino J. Legón se había detenido en ella (3).

*Aun así, tengamos siempre presente, que “no hay cuestiones agotadas, sino hombres agotados en las cuestiones”,* como decía Santiago Ramón y Cajal al incorporarse a la Real Academia de Ciencias en 1897, instando a

---

(1) CASSAGNE, Juan Carlos, *Los Grandes Principios del Derecho Público*, La Ley, Buenos Aires, 2015.

(2) BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de poderes*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1944.

(3) LEGÓN, Faustino J., *Distinción y jerarquía de poderes*, separata de la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, tomo X, nos. 40-41, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1932.

una España alicaída por la pérdida del Imperio a no abandonar la investigación (4).

## II. Una teoría sencilla y una realidad compleja

La separación de poderes es curiosa. Bajo la aparente sencillez de una teoría, según la cual debe haber tres poderes para que cada uno de ellos, separada, coordinada e independientemente, legisle, administre y juzgue, tienen cabida modelos tan diferentes que muchos de sus críticos descreen de la validez de la teoría misma.

### A. Orígenes y formulación

Desde la Antigüedad hasta nuestros días, la filosofía política se ha ocupado del Estado pero, hasta mediados del siglo XVIII, fue indiferente si sus funciones estaban concentradas en una sola persona o separadas entre varias.

El cambio cualitativo se produjo en esa época, cuando se advirtió la necesidad de alojar esas funciones en cuerpos o personas separadas e independientes entre sí, para limitar el poder del Estado y asegurar la libertad individual.

Lo que hasta ese momento era una mera descripción, se convirtió en teoría.

Tal como lo explicó en su momento William Bondy, esto tuvo lugar como una evolución natural del gobierno que, al ir perfeccionado paulatinamente sus funciones, las fue distinguiendo unas de otras, hasta descubrir la necesidad de separarlas formalmente, como piedra angular del gobierno limitado (5).

Sin ella, ha dicho el académico Dr. Gregorio Badeni “no existen... cauces institucionales para controlar el ejercicio del poder” (6).

Anticipada embrionariamente por Platón en “Las Leyes” (7), el último de sus diálogos, la existencia de las tres funciones estatales clásicas fue ex-

---

(4) RAMÓN y CAJAL, Santiago, *Reglas y consejos sobre investigación científica. Los tónicos de la voluntad*, Espasa-Calpe, Madrid, 1991.

(5) BONDY, William, *The Separation of Governmental Powers. In History, in Theory and in the Constitution*, Columbia College, New York, 1896, pp. 7-9.

(6) BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010, T. I, p. 627.

(7) Libro III, párrafos 691(e) a 692(c). Vid. PLATÓN, *Diálogos*, Gredos, Madrid, 1982, vol. VII, pp. 324-327.

puesta por Aristóteles en el Libro IV de la *Política*, con una claridad digna de un autor moderno (8).

Alfred Whitehead, matemático y filósofo inglés, decía que toda la filosofía occidental no era más que notas a pie de página de la filosofía platónica (9). Podría decirse, tal vez, que toda la filosofía política son apuntes tomados de la *Política* de Aristóteles, incluyendo la separación de poderes.

Luego de Aristóteles, pasarían más de veinte siglos antes de que la separación de los poderes reapareciera con tanta nitidez.

Cicerón (10) y Polibio (11) describen las magistraturas romanas, pero no hay allí vestigio alguno de la separación de poderes.

En el medioevo los únicos poderes separables fueron el espiritual y el temporal, ardua discusión que produjo la *Querrela de las Investiduras* (12).

Menos aún existen rastros de la separación de poderes bajo el absolutismo monárquico, doctrinariamente alimentado por Robert Filmer en Inglaterra (13), y Jacques Bossuet en Francia (14), cuyas enseñanzas Luis

---

(8) ARISTÓTELES, *Política*, con una introducción, traducción y notas de Manuela García Valdéz, Gredos, Madrid, 2007, pp. 181-193. Ver también Aristóteles, *Politics*, with an english translation by H. Rackham, Harvard University Press, 1944, pp. 345-369.

(9) "The safest general characterization of the European philosophical tradition is that it consists of a series of footnotes to Plato". Whitehead, Alfred North, *Process and reality, an essay in cosmology*, Gifford lectures delivered in the University of Edinburgh during the session 1927-28.

(10) Ver el Libro III de *Las Leyes (De Legibus)*. He consultado la edición española de Gredos, Madrid, 2016, traducida por Carmen Pabón de Acuña del texto latino de Álvaro D'Ors, pp. 230-232.

(11) Ver el Libro VI de *Historias*. He consultado la edición la edición española de Gredos, Madrid, 2016, traducida por Manuel Balasch Recort, vol. II, pp. 169-170.

(12) Ver: LLORCA, Bernardino; García Villoslada, Ricardo y LABOA, Juan María: *Historia de la Iglesia Católica*, 6ª edición, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1999, T. II, pp. 346 y 353.

(13) El pensamiento de Robert Filmer (1588-1653) ha quedado reflejado en una obra escrita en 1640 pero publicada recién en 1680, denominada *Patriarcha or the Natural Power of Kings*, que luego fue criticada duramente por John Locke. Extractos de esta obra pueden verse en: *Patriarcha and other writings*, edited by Johann Sommerville, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1991 y en Sir Robert Filmer, *Patriarcha*, edited by Peter Laslett, Oxford, 1949.

(14) En su obra *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Bossuet dice que la autoridad real es sagrada y al desarrollar esta idea (artículo II, primera proposición) señala que "el trono real no es el trono de un hombre, sino el trono de Dios mismo" (le trône royal n'est pas le trône d'un homme, mais le trône de Dieu même).

XIV condensó en sus *Memorias sobre el Arte de Gobernar*, escritas para su hijo el Gran Delfín (15).

España e Italia tampoco ofrecían en los albores de la modernidad un ambiente propicio para separar los poderes.

España, gobernada férreamente por los Austria y después por los Borbones, recién tuvo su primera experiencia constitucional con la Constitución de Cádiz de 1812, pero fue efímera, sin perjuicio de la influencia que ha tenido en Hispanoamérica, tal como ha señalado el Sr. Académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en su obra *El principio de legalidad y el control judicial sobre la discrecionalidad administrativa* (16).

Italia, por su lado, se descomponía en una serie de ciudades-Estado, dominadas por príncipes absolutistas como los Médici en Florencia, los Colonna y sus rivales los Orsini en Roma, los Este en Ferrara o los Sforza en Milán. Su mayor contribución a la ciencia política durante el Renacimiento es *El Príncipe*, donde Maquiavelo, queriendo recobrar el favor de Lorenzo de Medici, le indica como conquistar y retener el poder, no como separarlo.

Tampoco en la república veneciana, a pesar de su compleja organización, existía una separación de poderes. En todo caso, Venecia tenía un sistema aristocrático, donde los nobles (el 5 % de la población) se elegían a sí mismos y ejercían todas las funciones públicas (17).

Recién a fines del siglo XVII, la separación de poderes empieza a cobrar forma, cuando John Locke escribe *An Essay Concerning the True Original Extent, and End of Civil Government* (*Un ensayo acerca de verdadero y original alcance y fin del gobierno civil*) (18), bien que no llega a concretar allí

---

(15) LUIS XIV, *Memorias sobre el Arte de Gobernar*, versión española publicada por Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 59.

(16) CASSAGNE, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial sobre la discrecionalidad administrativa*, prólogo de Jesús González Pérez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, p. 57 y ss.

(17) Allí el Gran Consejo integrado por todos los nobles varones (mayores de 25 años) elegía al Dux que era vitalicio. El Gran Consejo elegía, también, al Senado —que tenía a su vez un órgano ejecutivo (el *Collegio*)— y a todos los funcionarios estatales. Ciertamente, que no había en Venecia una autoridad única, sino varias, que se controlaban recíprocamente de manera bastante confusa, entre las cuales existió, a partir del siglo XIV, el Consejo de los Diez (los *Dieci*), un tribunal que ejerció un poder inquisitorial y arbitrario. Es famoso el “puente de los suspiros” donde pasaban gimiendo los condenados desde la sala del tribunal a las mazmorras de la prisión. Vid.: GORDON, Scott: *Controlling the State, Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Harvard University Press, 1999, Cap. 5: The Republic of Venice, pp. 129-165.

(18) Publicado recién en 1690, el *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, como habitual-

una verdadera separación. En su opinión, el Poder Legislativo es superior a los otros, adelantando así una doctrina que Blackstone desarrollará seis décadas después en sus *Commentaries on the Law of England* (19) y rige hasta el presente, como veremos.

Fue el Barón de Montesquieu, en *El Espíritu de las Leyes* (20), quien produjo el cambio cualitativo con esta célebre advertencia: “Todo estará perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares” (21).

Aun así, los jueces, en la conocida opinión de Montesquieu, no son “sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor” (22).

Así formulada, la teoría de la separación de poderes encontró terreno fértil en la Revolución Americana, donde fue defendida por James Madison en el N° 47 de *El Federalista* (23), sosteniendo: “The accumulation of all powers, legislative, executive, and judiciary, in the same hands, whether of one, a few, or many, and whether hereditary, self-appointed, or elective, may justly be pronounced the very definition of tyranny” (24).

La Revolución francesa, por su lado, la convirtió en principio universal en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciu-

---

mente se lo conoce en español, fue escrito probablemente mucho antes de la Revolución de 1688. Si bien es cierto que constituye un justificativo teórico de ésta, se cree que Locke comenzó a escribirlo hacia 1680, cuando regresó a Inglaterra proveniente de Francia, pero no se ha logrado establecer una fecha exacta. Vid.: LOCKE: *Political Essays*, edited by Mark Goldie, Cambridge University Press, 1997.

(19) BLACKSTONE, William: *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765 (facsimile edition of The Chicago University Press, 1979).

(20) A los fines de este trabajo he consultado la siguiente edición: Montesquieu: *El Espíritu de las Leyes*, versión española de Siro García del Mazo, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1906.

(21) Obra citada en nota anterior, pp. 227-228.

(22) Ídem, p. 237.

(23) He consultado para este trabajo *The Gideon Edition*, editada en 1818 por George W. Carey y James McClellan y reimpresa en 2001 por Liberty Fund, Indianapolis. Puede vérsela también electrónicamente en: <http://oll.libertyfund.org/titles/carey-the-federalist-gideon-ed>.

(24) “La acumulación de todos los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en las mismas manos, ya sea de uno, de unos pocos, o de muchos, hereditarios, auto designados o electivos, puede ser justamente designada como la definición exacta de la tiranía.” Traducción del autor.

dadano de 1789 —nacida en las tumultuosas jornadas de julio y agosto de ese año— que decía: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution” (25).

También fue recibida con beneplácito en la Constitución de Cádiz, como lo pone de manifiesto el vibrante Discurso Preliminar de Agustín Argüelles (26), cuya lectura, coincido con el Dr. Juan Carlos Cassagne, no debe pasar desapercibida.

### B. Las críticas

No obstante su aceptación, la doctrina de la separación de los poderes ha sido muy criticada.

Carré de Malberg, decía que era un principio “erróneo e inaplicable” (27), a diferencia de Maurice Hauriou, que la consideraba un “principio genial” (28).

Tampoco se muestra partidario de ella Jellinek, en su *Teoría General del Estado*, escrita en 1900 (29) y medio siglo más tarde Karl Loewenstein, dirá que es “una perfecta ilustración del pensar mecanicista” (30). A juicio de Loewenstein las funciones estatales son: la decisión, la ejecución y el control.

Sin adherir por completo a esta idea, admito que el control es determinante para diferenciar los distintos tipos de administración que surgen de cada modelo de separación de poderes.

(25) “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución”.

(26) Puede verse el discurso con una introducción de Luis Sánchez Agesta en la publicación del Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Cuadernos y Debates Nº 213, Madrid, 2012.

(27) CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *Teoría General del Estado*, traducción al español de José Lion Depetre, 2da edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 834.

(28) HAURIOU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, traducción al español y estudio preliminar de Carlos Ruiz del Castillo, Editorial Reus Madrid, 1927, p. 377.

(29) JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, traducción de la 2ª edición alemana y prólogo de Fernando de los Ríos Urruti, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1945, p. 407.

(30) LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2da edición, traducción al español y estudio preliminar de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 54-55.

En los Estados Unidos, Frank J. Goodnow, precursor del derecho administrativo en su país, también criticó a la teoría por motivos similares a los de Carré de Malberg (31).

Tampoco los británicos han ahorrado sus críticas. Geoffrey Marshall decía que es un “confuso baúl” (*jumbled portmanteau*) de argumentos (32), Hood Phillips la consideraba un “mito constitucional” (33) y Stanley A. De Smith llegó a decir que ningún autor de reputación podría sostener que la separación de poderes es una figura central de la moderna Constitución británica (34).

Si bien estas críticas fueron formuladas mucho antes de ser establecida, la Corte Suprema del Reino Unido, como tribunal independiente del Parlamento y la Corona, luego de la creación de este tribunal, Roger Masterman, profesor en Durham University, continúa criticando a la teoría con argumentos no muy diferentes a los que Carré de Malberg exponía cien años atrás (35). También se escuchan críticas en Irlanda. Eoin Carolan, profesor del University College de Dublin, ha formulado una dura crítica a la separación de poderes, concluyendo que es “internamente incoherente” (36).

Parecería que en el mundo académico británico, el único defensor de la separación de poderes ha sido Vile, en la Universidad de Kent (37). También Hilaire Barnett ofrece una opinión conciliadora (38).

### C. Los tres modelos de la separación de poderes

Veamos ahora los tres modelos básicos de la separación de poderes. El británico, el francés y el de los Estados Unidos. Todos ellos reconocen —

---

(31) GOODNOW, Frank J., *The Principles of the Administrative Law of the United States*, G.P. Putnam's Sons, New York-London, 1905, pp. 25-27.

(32) MARSHALL, Geoffrey, *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 124.

(33) HOOD PHILLIPS, O., *A constitutional myth: separation of powers* (1977) 93 *Law Quarterly Review* 11.

(34) DE SMITH, S. A., *Constitutional and Administrative Law*, 3rd ed., Hardmondsworth, Penguin Books, 1977, p. 36.

(35) MASTERMAN, Roger, *The Separation of Powers in the Contemporary Constitution. Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, Cambridge University Press, 2011, p. 11.

(36) CAROLAN, Eoin, *The New Separation of Powers, A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, pp. 253-254.

(37) VILE, M. J. C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2nd edition, Liberty Fund, Indianapolis, p. 8.

(38) BARNETT, Hilaire, *Constitutional & Administrative Law*, 3rd edition, Cavendish Publishing Limited, London-Sidney, 2000, p. 126.

en teoría— la existencia de poderes separados, pero difieren sustancialmente en su instrumentación.

En el Reino Unido rige todavía la llamada “soberanía o supremacía del Parlamento”.

En el modelo francés, en cambio, el poder fuerte es el Ejecutivo, característica especialmente visible en la Constitución de la Quinta República.

Solamente en los Estados Unidos ha tenido arraigo el “modelo puro” de la separación de los poderes. Allí —al menos en teoría—, los tres poderes están equiparados, separados y actúan coordinadamente. La Constitución establece tres poderes separados, los cuales, tal como explicaba Madison en *El Federalista*, actúan coordinadamente y están constitucionalmente equiparados (39). Y si bien los jueces son la “rama menos peligrosa” (40), pues no tienen el poder político del presidente, ni el poder económico del Congreso (41), compensan ese déficit institucional con el control de constitucionalidad, que han ejercido sobre las leyes y los reglamentos desde “Marbury v. Madison” (42) en adelante.

### III. El modelo británico

Comenzaré por el modelo británico, que presenta una paradoja. Montesquieu desarrolló su teoría observando a la Constitución inglesa, pero, curiosamente, los ingleses sostienen que hasta el año 2009 no tuvieron separación de poderes.

En la inauguración de la Corte Suprema del Reino Unido, el 1 de octubre de 2009, su primer presidente, Lord Phillips of Worth Matravers, dijo: “[p]

---

(39) Según Madison: “The several departments being perfectly co-ordinate by the terms of their common commission, none of them, it is evident, can pretend to an exclusive or superior right of settling the boundaries between their respective powers”. *El Federalista*, N° 49.

(40) De acuerdo con Hamilton “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them”. *El Federalista*, N° 78.

(41) “The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever”. Hamilton, *El Federalista*, N° 78.

(42) 5 U.S. 137 (1803).



or primera vez tenemos una clara separación de poderes entre la legislatura, el poder judicial y el poder ejecutivo en el Reino Unido. Esto es importante. Enfatiza la independencia del poder judicial, separando claramente a quienes hacen la ley, de quienes la administran” (43).

Así, mirada con ojos extranjeros, la separación de poderes en el Reino Unido aparenta ser más nítida que para los propios ingleses, lo que explica las críticas que recibe en el Reino Unido.

#### A. La soberanía del Parlamento

La nota más típica del sistema británico ha sido —y sigue siendo— la soberanía o supremacía del Parlamento, fuertemente destacada por Dicey en plena época victoriana (44).

Un Parlamento que Blackstone, un siglo antes, calificaba como “omnipotente”, capaz de hacer cualquier cosa que no fuera naturalmente imposible (45), y que Jean Louis De Lolme, un autor ginebrino refugiado en Inglaterra a fines del siglo XVIII, describió con una frase que se hizo muy popular: *el Parlamento inglés puede hacer cualquier cosa, excepto convertir un hombre en una mujer* (46). Una afirmación que ha sido superada por ciertas técnicas quirúrgicas actuales.

Cierto es que ya en el siglo XX el sistema constitucional del Reino Unido fue evolucionando hacia un “gobierno del gabinete”, merced en parte a la declinación del poder del House of Lords y del crecimiento del poder del primer ministro, tal como lo describió más tarde Sir Ivor Jennings (47) y

---

(43) “For the first time, we have a clear separation of powers between the legislature, the judiciary and the executive in the United Kingdom. This is important. It emphasises the independence of the judiciary, clearly separating those who make the law from those who administer it”. Ver la gacetilla de prensa publicada en [https://www.supremecourt.uk/docs/pr\\_0109\\_2\\_.pdf](https://www.supremecourt.uk/docs/pr_0109_2_.pdf)

(44) DICEY, A. V., *Introduction to the The Law of the Constitution*, Liberty Classics, Indianapolis, 1982 (reprint of the 8th edition of 1915), p. 3.

(45) BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit. en nota 19, vol. 1, p. 156.

(46) “... it is a fundamental principle with the English Lawyers that Parliament can do everything, except making a Woman a Man or a Man a Woman”. DE LOLME, Jean Louis: *The Constitution of England, Or an account of the English Government*, edición de Liberty Fund, Indianapolis, 2007, p. 101. La obra fue originalmente publicada en francés en 1771.

(47) En su estudio sobre el gabinete Jennings comenzaba diciendo “El Gabinete es el núcleo (*core*) del sistema constitucional británico”. JENNINGS, Ivor (Sir): *Cabinet Government*, 3rd edition, Cambridge, University Press, 1961, p. 1. La primera edición de esta obra fue publicada en 1936.

luego John P. Mackintosh (48). Pero aun así, no obstante estas transformaciones que son tan profundas al punto que hoy en día se habla de la “presidencia británica” (49), en el Reino Unido el centro de la escena política recae en el Parlamento y la doctrina de la soberanía parlamentaria está vigente (50).

Lo primero que pone de manifiesto esta soberanía o supremacía es que el Parlamento ejerce el poder constituyente. En el Reino Unido no existe un órgano específica y formalmente investido de tal poder, como en la mayoría de los otros países.

Desde su instalación bajo el reinado de Eduardo I, en adelante, el Parlamento británico ha sancionado las leyes constitucionales, dando lugar a esa Constitución dispersa que tienen los ingleses, completada con las llamadas “convenciones constitucionales”, acuerdos no escritos que han dado vida a instituciones tan importantes como el primer ministro, nacido como fruto de una evolución histórica y cuyas funciones, pese a su trascendencia dentro del gobierno inglés, no están previstas en texto legal alguno.

En una entrevista que se le hizo en octubre de 2001 el entonces primer ministro Tony Blair dijo: “los roles del Primer Ministro como cabeza del gobierno de Su Majestad, su principal asesor y presidente del Gabinete no están... definidos en la legislación. Estos roles, incluyendo el ejercicio de poderes bajo la prerrogativa real, han evolucionado a lo largo de muchos años, a partir de convenciones y prácticas y no es posible definirlos” (51).

Si bien hay muchos ejemplos, entre las más típicas leyes constitucionales de los últimos cien años vale la pena mencionar la *Parliament Act* de 1911 (52), que disminuyó el poder de los lores al quitarles poder de veto

---

(48) MACKINTOSH, John P., *The British Cabinet*, 3rd edition, London, Routledge, 1981.

(49) FOLEY, Michael, *The British Presidency. Tony Blair and the Politics of Public Leadership*, Manchester University Press, 2000.

(50) Ver GOLDSWORTHY, Jeffrey, *The Sovereignty of Parliament, History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 2001. En el mismo sentido: WADE, H. W. R. and Forsyth, C. F.: *Administrative Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2004, p. 26.

(51) Citado por: TURPIN, Colin y TOMKINS, Adam, *British Government and the Constitution*, 7th edition, Cambridge University Press, 2011, p. 408.

(52) 1 & 2 Geo. 5 c.13.

sobre las leyes impositivas y económicas (53), la *Parliament Act* 1949 (54), que redujo más aún el poder de veto del House of Lords; la *Life Peerages Act* de 1958 (55), que introdujo los lores vitalicios y admitió que las mujeres podían formar parte de la Cámara; la *House of Lords Act* de 1999 (56), que redujo el número de lores de 1.330 a 669 y eliminó —salvo algunas excepciones— los lores hereditarios; la *Constitutional Reform Act* de 2005 (57), por medio de la cual fue creada la Corte Suprema del Reino Unido; y la *Fixed-term Parliaments Act* de 2011 (58).

### B. La separación entre los jueces y el Parlamento

Tampoco ha sido nítida la separación del Parlamento con el Poder Judicial.

Hasta que fue efectivamente instalada la Corte Suprema en 2009, creada por la *Constitutional Reform Act* de 2005, la última instancia judicial en el Reino Unido era ejercida por dos órganos diferentes: el *House of Lords* y el *Privy Council* (59). La primera tenía competencia general y el segundo tenía solamente una jurisdicción especial (60).

Si bien, en teoría, la revisión en última instancia le correspondía al *House of Lords* en pleno, en la práctica y por obvias razones de buen funcionamiento, la función estaba delegada, desde el siglo XIX, en un cuerpo o comisión de lores especialmente investidos de la función judicial, llama-

---

(53) Eran las llamadas “*money bills*”. La reforma tuvo como antecedente el veto impuesto por el House of Lords a la Ley de Presupuesto de 1909, en la cual Lloyd George, Ministro de Economía (*Chancellor of the Exchequer*) había aumentado los impuestos para nuevos programas sociales. El veto quebró una antigua convención constitucional según la cual la cámara alta no vetaba los *money bills*.

(54) 12, 13 & 14 Geo 6 c 103.

(55) 6 & 7 Eliz. 2 c. 21.

(56) 1999 c. 34.

(57) 2005 c. 4.

(58) 2011 c. 14.

(59) Hacia el siglo XIV el antiguo consejo real (*curia regis*) integrado por los nobles de mayor rango y más cercanos al rey y que —entre otras— ejercía funciones judiciales, se dividió en dos cuerpos, el *House of Lords* y el *Privy Council*. Ambos retuvieron las funciones judiciales y han continuado ejerciéndolas hasta el presente como tribunales de última instancia.

(60) Esta función es ejercida por el llamado *Judicial Committee*, cuerpo que fue creado por la *Judicial Committee Act* de 1833. La competencia del *privy Council* se refiere en general a casos de la llamada “*Devolution*”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido.

dos *Lords of Appeal in Ordinary*, más comúnmente conocidos como *Law Lords*, que integraban el *Appellate Committee* del *House of Lords* (61).

Esta comisión o cuerpo estaba integrada por un total de 12 miembros (62), pero los casos eran resueltos por un panel de cinco jueces. La admisión de la apelación era discrecional y se concedía solamente para asuntos de pública importancia. Estadísticamente no se aceptaban más de 70 casos por año (63).

Como resultado de ello, el *Lord Chancellor*, que presidía el *House of Lords*, concentraba funciones legislativas, judiciales y administrativas, pues también era miembro del gabinete. Era un cargo de relevancia, que históricamente habían ejercido personalidades como Thomas Becket o Thomas More. Todo ello realmente ponía a prueba la existencia de una verdadera separación de poderes en el Reino Unido.

Desde octubre de 2009 está en funciones la Corte Suprema creada por la *Constitutional Reform Act*, cuyo funcionamiento está regulado en la sección 23 y subsiguientes de la ley. La Corte se compone un total de 12 jueces designados por la Reina (23.2) (64), quien puede modificar dicho número (23.3) (65). El nombramiento debe estar precedido de un proce-

---

(61) El conocimiento de los casos por el pleno del *House of Lords* ya había colapsado a principios del siglo XIX, pues las demoras en resolver las apelaciones eran extraordinarias. Por tal motivo, en 1824, se decidió delegar la tarea en un reducido grupo de lores integrado por todos los miembros de la Cámara en forma rotativa y presidido por el *Lord Chancellor*. Esta solución no fue enteramente satisfactoria y bajo el gobierno de Gladstone —por medio de las leyes de 1873 y 1875— se suprimieron las funciones judiciales de la Cámara con la intención de crear una Corte Suprema independiente. Sin embargo, poco después, en 1876, bajo el gobierno de Disraeli, se llegó a una solución intermedia. La *Appellate Jurisdiction Act* devolvió las funciones judiciales a la Cámara pero creó un cuerpo estable de lores vitalicios, versados en derecho, presididos por el *Lord Chancellor*, con la misión específica de resolver las apelaciones provenientes de los tribunales inferiores. Así, los *Law Lords* pasaron a ser una especie de Corte Suprema dentro del *House of Lords*. Conf. Barrett, Maxwell: *The Law Lords*, The MacMillan Press, 2001, pp. 14-15.

(62) Originariamente eran menos, pero su número se ha incrementado desde su creación. También son *law lords* los jueces de los tribunales superiores que a la vez son lores.

(63) Barrett, cit. en nota 61, p. 123. Se trata como puede verse de una jurisdicción similar a la que ejerce la Corte Suprema de los Estados Unidos por medio del *writ of certiorari*.

(64) La ley dice "*Her Majesty*".

(65) La designación se hace por medio de una *letter patent*, esto es, por medio de un documento público.

dimiento de selección establecido en las secciones 26, 27 y en el anexo (*schedule*) 8 de la ley (66).

En líneas generales, la Corte Suprema ejerce la misma competencia que tenían los *Law Lords* y los integrantes de la comisión judicial del *Privy Council* en casos de “Devolución”, esto es, los conflictos que se suscitan con motivo de la transferencia (devolución) de competencias a Escocia y los restantes integrantes del Reino Unido. De esta cuestión se ocupan la sección 40 y el *Schedule* (anexo) 9.

También cambiaron radicalmente con la *Constitutional Reform Act* las funciones del *Lord Chancellor*, que ha dejado de ser la principal autoridad judicial del país, función que ahora recae en el *Lord Chief Justice of England* (67). En la actualidad solo posee las funciones propias de un ministro de Justicia y, de hecho, se llama así: *Ministry of Justice* (68). Si bien sus funciones se han reducido formalmente, sus tareas como miembro del Gabinete son extensas y comprenden un amplio personal y una abultada cuota en el Presupuesto (69).

### C. La ausencia de control de constitucionalidad de las leyes

Tampoco existe en el Reino Unido el control de constitucionalidad sobre las leyes. Los jueces revisan solamente las decisiones administrativas por medio de la doctrina del *ultra vires*, reconocido como un principio central del derecho administrativo británico (70), consistente en que la autori-

---

(66) Básicamente se forma una comisión de selección integrada por el presidente de la Corte, el vicepresidente y un miembro de la llamada Comisión Judicial de Designaciones, quienes elevan una propuesta o recomendación al primer ministro. Esta propuesta es vinculante. El proceso de selección incluye obligatoriamente una consulta a jueces de superiores tribunales que no estén interesados en ser designados, al *Lord Chancellor* y a funcionarios de Gales, Escocia e Irlanda del Norte. Luego de la consulta la comisión eleva un informe al Lord Chancellor acerca de quién debe ser designado. Este puede (a) aceptar la propuesta; (b) rechazarla o (c) pedir una reconsideración sobre la misma. Si es aceptada el *Lord Chancellor* la notifica al interesado.

(67) El cargo implica, en lo administrativo, ser el presidente de las cortes de justicia y, como juez, integra la *Queen's Bench Division* del *High Court*.

(68) Ver: <https://www.gov.uk/government/organisations/ministry-of-justice>. Ver: Gibson, Bryan: *The New Ministry of Justice*, 2nd edition, Waterside Press, 2008.

(69) De acuerdo con lo informado en la página oficial, el Ministerio de Justicia es una de los más grandes departamentos de Estado, con más de 70.000 empleados y un presupuesto anual de nueve mil millones de libras.

(70) WADE, H. W. R. y FORSYTH, C. F., *Administrative Law*, 9th edition, Oxford University Press, 2004, p. 344 y ss.; de Smith, Woolf & Jowell's, *Principles of Judicial Review*, Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 95 y ss.

dad administrativa no puede actuar fuera de los límites establecidos por el Parlamento, que se aplica particularmente en la delegación legislativa.

En este terreno, una vez más, el derecho inglés es paradójico. Los ingleses fueron los primeros en sostener que las leyes pueden ser inválidas por contrariar principios básicos del *common law*, pero esa teoría, incipiente en algunos fallos del siglo XVII, fue luego abandonada y ha triunfado desde entonces sobre ella la supremacía del Parlamento, que impide a los jueces declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

Sir Edward Coke, como *Chief Justice del Common Pleas*, sostuvo en el célebre caso Thomas Bonhan de 1610 (71) que una ley era inválida si contrariaba los principios del *common law* (72), dando así una de las primeras clarinadas del control de constitucionalidad, que luego cobraría fuerza definitiva en los tribunales de los Estados Unidos a partir de “Marbury v. Madison” (73). La misma decisión puede verse en dos casos resueltos por el *King’s Bench*, en la misma época. Me refiero a “Darcy v. Allein” (74) y “Tailors of Ipswich” (75). Pero la doctrina de Coke no tuvo continuidad. El rey Jacobo I lo obligó a retractarse y, negándose a ello, Coke fue removido del *King’s Bench* por su “perpetual turbulent carriage” (76).

Es cierto que la sanción, en 1998, de la *Humans Right Act* (77), que incorporó al derecho inglés los derechos reconocidos en la Convención Europea de Derechos Humanos ha producido algún cambio, pero es muy leve. De acuerdo con la sección 3(1) de esta ley “[e]n tanto sea posible, la legislación primaria y la legislación subordinada debe ser leída e interpre-

---

(71) [1610] 8 Coke Reports 114. Para un estudio más amplio del caso me remito a lo que digo en: Bianchi, Alberto B., *Control de Constitucionalidad*, Abaco, Buenos Aires 2002, T. I, p. 63 y ss. Puede verse también: Plucknett, Theodore, *Bonham’s case and judicial review*, Harvard Law Review, vol. 40, p. 30 (1926).

(72) En esencia la sentencia de Coke sostiene que el estatuto del Colegio era inválido pues le permitía ser juez y parte al mismo tiempo, en tanto, por un lado juzgaba si debía ser aplicada una multa y luego la percibía. Puede verse el texto de la sentencia en *The selected Writings of Sir Edward Coke*, edited by Steve Shepard, Liberty Fund, Indianapolis, 2003, vol. I, pp. 264-283.

(73) 5 U.S. 137 (1803).

(74) [1602] 74 ER 1131. Fue invalidada aquí una ley que otorgaba un monopolio para la fabricación de cartas de juego.

(75) [1614] 11 Coke Reports 53. Este caso, en el cual Coke actuó como juez del *King’s Bench*, se refería a un monopolio otorgado a los sastres en la ciudad de Ipswich, que fue declarado ilegal.

(76) Véase una muy detallada cronología de su vida en la obra citada en nota 72, pp. xxxiv-ixv.

(77) 1998 c. 42.

tada de manera tal que sea compatible con los derechos [que otorga] la Convención” (78).

Se ha discutido, entonces, si la *Humans Right Act* otorga a los jueces la facultad de ejercer lo que entre nosotros llamaríamos el “control de convencionalidad” sobre las leyes del Parlamento, cuando éstas no respetan los derechos convencionales. La respuesta de la doctrina ha sido negativa. Vernon Bogdanor, uno de los principales constitucionalistas británicos en la actualidad (79), sostiene que la citada ley no les ha dado a los jueces ingleses un poder similar al que tienen en los Estados Unidos. Si una ley es incompatible con la Convención, permanecerá vigente hasta que el Parlamento la derogue o modifique y deberá ser aplicada en el caso concreto en el cual se formula tal declaración de incompatibilidad (80). Roger Masterman opina en igual sentido (81).

#### *D. La separación entre el Parlamento y la rama ejecutiva*

Tampoco es simple establecer una separación entre el Ejecutivo y el Parlamento. Si bien es claro que este último está compuesto por dos cámaras legislativas, el *House of Lords* y el *House of Commons*, los autores ingleses, fieles a la tradición histórica, siguen admitiendo que es inadecuado sostener que el Parlamento está conformado tan solo por las dos cámaras, porque la autoridad legislativa soberana “rests in the Queen in Parliament” (descansa en la Reina en el Parlamento) (82).

Más aún, se sostiene, incluso, que el Parlamento es una “criatura de la prerrogativa real”, en tanto la convocatoria, prórroga y disolución del mismo, proceden de la prerrogativa real (83) y que no se trata de un cuerpo que gobierna, sino de un foro de debates que asegura la discusión pública de todos los asuntos (84).

(78) “So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights”.

(79) Nacido en 1943, es profesor emérito de Politics and Government de la Universidad de Oxford y Research Professor en el King’s College de Londres.

(80) Bogdanor, Vernon, *The New British Constitution*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, p. 59.

(81) Masterman, cit. en nota 35, pp. 49-50.

(82) GRIFFITH, J. A. G. y Ryle, Michael, *Parliament, Functions, Practice and Procedure*, Sweet and Maxwell, London 1989, p. 3; Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, citado en nota 38, p. 127. En igual sentido Wade-Forsyth, *Administrative Law*, citados en nota 50, p. 26.

(83) DAWN, Oliver, *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, en *English Public Law*, edited by David Feldman and Peter Birks, Oxford University Press, London, 2004, pp. 97-112, esp. p. 98.

(84) GRIFFITH - Ryle, citados en nota 82, p. 6.

En este aspecto, continúa vigente la doctrina de Dicey, en cuya opinión el Parlamento se compone del rey, de la Cámara de Lores y de la Cámara de Comunes actuado conjuntamente (85). Ello queda de manifiesto, por lo demás, en la fórmula empleada hasta el presente para sancionar las leyes, que dice: "Be ENACTED by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows" (86).

También difiere notablemente la relación del Parlamento con el primer ministro y los miembros del Gabinete en el Reino Unido, de la que tiene el órgano legislativo con los ministros del Poder Ejecutivo en la mayoría de los otros sistemas. En la Constitución de los Estados Unidos está prohibido que los legisladores ejerzan funciones ejecutivas (87) y los mismo ocurre en el sistema argentino (88). En ambas Constituciones esta prohibición constituye una garantía de la separación de poderes.

En el Reino Unido, en cambio, ocurre todo lo contrario. De acuerdo con una convención constitucional, nadie puede ser primer ministro ni miembro del Gabinete si no es, al mismo tiempo, un miembro del Parlamento (89). Como resultado de ello, el primer ministro y los restantes miembros del Gabinete rinden cuentas de su gestión ante el Parlamento (90).

Téngase en cuenta que el primer ministro es siempre el líder del partido mayoritario en la Cámara de los Comunes y se mantiene en el cargo

---

(85) Dicey, *Introduction to the Law of the Constitution*, cit. en nota 44, Introduction, p. xxxvi.

(86) "Sea sancionado con fuerza de ley por su Majestad Excelentísima la Reina, por y con el consejo y consentimiento de los Lores Espirituales y Temporales y por los Comunes en el presente Parlamento reunido, lo siguiente: ..."

(87) Así lo dispone el artículo I, secc. 6, que dice "No Senator or Representative shall, during the Time for which he was elected, be appointed to any civil Office under the Authority of the United States, which shall have been created, or the Emoluments whereof shall have been increased during such time; and no Person holding any Office under the United States, shall be a Member of either House during his Continuance in Office."

(88) En nuestro caso, la Constitución Nacional dispone en el artículo 105, que los ministros del Poder Ejecutivo "[n]o pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos..."

(89) DAWN, *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, citado en nota 83, p. 109; James, Simon: *British Cabinet Government*, 2nd edition, Routledge, London and New York, p. 8.

(90) WEIR, Stuart and Beetham, David, *Political Power and Democratic control in Britain. The democratic audit of the United Kingdom*, Routledge, London-New York, 1999, en especial cap. 12.



mientras su partido retenga la mayoría. Si la pierde, el primer ministro pasa a ser el líder del otro partido y si ninguno de los dos partidos obtiene la mayoría, es necesario formar un gobierno de coalición (91).

El Gabinete, a su vez, se integra con los miembros del Parlamento que pertenecen al partido en el gobierno. La oposición, por su lado, en la bancada al otro lado del pasillo central de la Cámara, forma el llamado *shadow cabinet*, que controla al gobierno mediante miembros especialmente elegidos para ser espejo de cada ministro. Ambos grupos forman los *frontbenchers*. Los restantes miembros de la Cámara, tanto el partido del gobierno como de la oposición, que no tienen una posición ministerial, ni integran el *shadow cabinet*, son los *backbenchers* (92).

#### IV. El modelo francés

##### *A. Inestabilidad constitucional y estabilidad administrativa*

Si el modelo inglés tiene sus curiosidades, también las tiene el modelo francés. Una de sus notas más singulares es que al lado de una gran inestabilidad constitucional, los franceses han tenido siempre una gran estabilidad administrativa.

A diferencia del Reino Unido, en donde las instituciones políticas han evolucionado lenta y pausadamente, con excepción del período republicano de Oliver Cromwell, en Francia, desde 1789, ocurrió todo lo contrario.

---

(91) El primer ministro es designado por la reina de acuerdo con lo siguiente: (a) si luego de una elección general el gobierno retiene la mayoría en la Cámara de Comunes, el primer ministro se mantiene en su cargo y la reina nombrará ministros a aquellas personas que le recomiende el primer ministro; (b) si luego de una elección general otro partido obtiene la mayoría en la Cámara de Comunes, el primer ministro deberá renunciar y la reina invitará al líder de la nueva mayoría a formar gobierno. Este líder, elegido anteriormente como tal por su partido, será designado primer ministro, sin que la reina pueda elegir a otro y (c) si en la elección general no surge una mayoría, se produce el llamado "*hung Parliament*"; en ese caso, el primer ministro en funciones deberá formar un gobierno de colación con el otro partido, o bien acordar con éste que no votará por la caída del gobierno. En caso de no poder llegarse a un acuerdo, la Reina invitará al líder del partido que tenga más bancas en la Cámara de Comunes para que intente formar gobierno. Puede ocurrir también, que la Cámara de Comunes quiera que el primer ministro renuncie y para ello debe emitir un voto de falta de confianza. En ese caso el primer ministro renunciará o se disolverá el Parlamento y se llamará a una nueva elección, de la cual surgirá un nuevo primer ministro, tal como ocurrió, en 1979, cuando el gobierno laborista de James Callaghan perdió en la votación de confianza y en la nueva elección surgió Margaret Thatcher como primer ministro por los conservadores. Ver: DAWN, *The Constitution of Parliament and its Role in Government Formation*, citado en nota 83, pp. 110 y 111.

(92) Ver: <http://www.parliament.uk/>.

Gobernada ininterrumpidamente desde tiempos de Hugo Capeto por tres dinastías emparentadas entre ellas: los Capeto, los Valois y los Borbones, Francia, hasta la revolución de 1789, tuvo una continuidad política inalterada, casi perfecta.

Mucho más estable, aun, que la de los ingleses, conquistados en el siglo XI por el duque de Normandía, un príncipe francés que venció a Harold II en 1066 en la batalla de Hastings; envueltos luego en las constantes luchas dinásticas de los Lancaster y los York en el siglo XV y obligados, a comienzos del siglo XVIII, al extinguirse los Estuardo, a recurrir a un príncipe alemán del Sacro Imperio, el elector de Hannover, para encontrar un rey protestante que reuniera las exigencias impuestas por el *Act of Settlement* de 1701.

Para los franceses, en cambio, la turbulencia política comenzó con la Revolución y parecería que recién se ha apaciguado con la Quinta República.

Si bien bajo la Tercera República Francia vivió un período de gran florecimiento de su cultura y de sus instituciones republicanas, destacándose en ella grandes publicistas como Émile Boutmy, Raymond Carré de Malberg, Maurice Hauriou, Leon Duguit, Adhémar Esmein y Gaston Jèze (93), por mencionar solo algunos de ellos, este fue, no obstante, un período de inestabilidad política que comenzó con Adolphe Thiers y finalizó con Albert Lebrun.

Un breve *racconto* de los cambios políticos habidos en Francia prueba lo que digo.

Desde 1789 los franceses han tenido: la Primera República, el Directorio, el Consulado, el Imperio, la restauración de la monarquía, la Revolución de 1830, la Revolución de 1848, la Segunda República, el Segundo Imperio y, desde la caída de Napoleón III, tres repúblicas más. La Tercera, que comenzó con Bismarck en 1870 y terminó con Hitler en 1940, la Cuarta de 1946 y la Quinta de 1958.

Nada de ello, sin embargo, ha opacado el brillo de lo que es un orgullo de Francia: su administración y, más especialmente, su figura estelar: el Consejo de Estado, una institución secular que, desde los elegantes salones del *Palais Royale*, antigua residencia del cardenal Richelieu y luego de los duques de Orleans y su famosa pinacoteca, ha visto pasar in-

---

(93) Asimismo bajo la Tercera República florecieron en las letras Émile Zola, Anatole France, Paul Verlaine, Guy de Maupassant, Victor Hugo, Arthur Rimbaud y Guillaume Apollinaire, y en la pintura toda la escuela impresionista.

cólume un gobierno tras otro, fortaleciendo su influencia y su prestigio (94). Una institución que ha despertado, incluso, la curiosidad de autores norteamericanos, como Bernard Schwartz quien, con ocasión del sesquicentenario de su creación, escribió un trabajo, prologado por Arthur Vanderbilt, comparando el derecho administrativo francés con el sistema del *common law* (95).

Esta relevancia institucional queda reflejada en las palabras de Jean-Marc Sauvé, su vicepresidente desde 2006 (96), quien en una conferencia dada en Australia, en marzo de 2010, dijo: “En mi país el Consejo de Estado es la médula espinal de todo el sistema de juzgamiento de la Administración” (97).

### *B. La noción francesa de separación de los poderes y el origen de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Veamos, entonces, en qué consiste en Francia la separación de poderes, donde aparece íntimamente vinculada con el nacimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo demostró en su momento Jorge Tristán Bosch (98) en un artículo publicado en 1945 (99).

La misma aparece en la ley del 22 de diciembre de 1789 y en la Ley de Organización Judicial, de agosto de 1790, primeros peldaños en la construcción de la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 13 de esta segunda ley decía: “Las funciones judiciales son y serán distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones”.

---

(94) Basta recordar la conmemoración oficial del bicentenario del Consejo de Estado, que tuvo lugar en el solemne anfiteatro de la Sorbona entre los días 13 y 15 de diciembre de 1999, donde se celebró un gran coloquio internacional, con representantes de 40 países, inaugurado por el entonces presidente de la República, Jacques Chirac y clausurado por el Primer Ministro, Lionel Jospin.

(95) SCHWARTZ, Bernard: *French Administrative Law and the Common Law World*, New York University Press, 1954.

(96) Cabe anotar que la autoridad máxima del Consejo de Estado es el vicepresidente. La denominación de “vicepresidente” es un vestigio de la época en que el Consejo estaba presidido por el jefe del gobierno o por un ministro, secundado por un vicepresidente.

(97) Vid.: <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/The-French-administrative-jurisdictional-system>.

(98) Bosch, Jorge Tristán: *El origen de la jurisdicción contencioso-administrativa en Francia y la separación de poderes*, Revista de Argentina de Estudios Políticos, Instituto Argentino de estudios Políticos, Buenos Aires, año I, N° 1, pp. 91-109.

(99) Agradezco al Dr. Juan Carlos Cassagne que haya tenido la gentileza de facilitármelo.

Es interesante ver qué diferente es esta noción, según la cual los jueces no pueden interferir en la función administrativa, bajo pena de incurrir en prevaricato, a la que inspira el artículo 109 de nuestra Constitución, íntimamente relacionado con el artículo 29 y que en palabras de la académica Dra. María Angélica Gelli “asegura una especial y estricta división de poderes entre el judicial y el Ejecutivo” (100).

En Francia, la garantía consiste en que los jueces no administren. En nuestro sistema, por el contrario, consiste en que la Administración no juzgue.

Esta noción no ha variado con la Quinta República. Más aún, el artículo 64 de la Constitución de 1958 dice “El Presidente de la República es el garante de la independencia de la autoridad judicial”.

Esta noción de rígida separación entre jueces y Administración Pública fue volcada luego en el artículo 5 de la Constitución de 1791 y más tarde se reprodujo, en términos más enérgicos aún, en la ley del 3 de septiembre de 1795, que decía: “Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de la Administración, cualquiera que sea su especie”.

Estas leyes, que establecieron el llamado sistema del “ministro-juez”, crearon un cierto descontento y por ello cuando Napoleón conquista el poder completo, luego del golpe de estado del 18 de Brumario del Año VIII, es decir, de 1799, la Constitución de diciembre de ese año, redactada por Napoleón a su medida, crea el Consejo de Estado, poniéndolo bajo la dirección del consulado, o sea, de Napoleón.

### *C) La consolidación y evolución posterior del Consejo de Estado y la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa*

A este nuevo órgano, establecido el día de Navidad de 1799 (101), se le atribuyeron inicialmente funciones tan solo consultivas, para redactar leyes y para resolver los recursos de los particulares y tal competencia se mantuvo durante los primeros setenta años de su existencia, en los cuales rigió el sistema de la llamada “justicia retenida”.

---

(100) GELLI, María Angélica: *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, 4ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, T. II, p. 450.

(101) La evolución histórica del Consejo de Estado se ha escrito muchas veces. Entre los autores franceses puede verse, entre otros: Odent, Raymond, *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007, Tome I, p. 620 y ss.; Debbasch, Cahrlés y Ricci, Jean-Claude, *Contentieux administratif*, Dalloz, 1999, p. 168. En español: Carrillo Donaire, Juan Antonio, *Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999)*, Revista de Administración Pública, N° 153, sept.-dic. 200, pp. 519-535.

Luego de la caída del Segundo Imperio, que lo había disuelto en 1870, una ley de 1872 le atribuyó formalmente al Consejo de Estado la facultad de resolver por sí las controversias entre la Administración y los particulares, lo que permitió el paso de la “justicia retenida” a la “justicia delegada” formalizándose el sistema de doble jurisdicción: la contencioso-administrativa encabezada por el Consejo de Estado y la judicial, es decir, los tribunales ordinarios, cuyo órgano superior era la Corte de Casación.

Algunos años después, en 1889, el Consejo de Estado fortaleció su jurisdicción al resolver el caso “Cadot”, del 13 de diciembre de 1899 (102), en el cual, respondiendo al clamor de que los reclamos y recursos contra la Administración, siempre eran resueltas, al menos en primera instancia, a favor de aquella, admitió que un recurso administrativo podía ser interpuesto directamente ante el propio Consejo, sin necesidad de que interviniera previamente el ministro competente.

Luego de ochenta años de ejercer esta jurisdicción, el Consejo de Estado estaba sobrecargado de tareas. A comienzos de la década de 1950 tenía más de 25.000 casos pendientes de resolución. Muchos de ellos provenían de funcionarios que habían sido exonerados bajo la acusación de haber colaborado con los nazis durante la guerra. Pero más importante aún, en cantidad y permanencia, eran los recursos que el Consejo debía resolver como resultado de la aplicación de los nuevos planes de regulación e intervención estatal en la economía.

Fue así que, en 1953, la jurisdicción del Consejo de Estado, hasta ese momento originaria y exclusiva, fue desconcentrada otorgándose una parte importante de ella a tribunales administrativos regionales, comúnmente llamados tribunales administrativos que, en la actualidad, suman en total 42.

Esta reforma produjo inicialmente sus beneficios pues descargó de tareas al Consejo de Estado pero, a mediados de la década de 1980, la carga de tareas se había incrementado nuevamente y fue necesario crear una nueva instancia intermedia entre el Consejo y los tribunales administrativos. Nacieron así, en 1987, la Cortes Administrativas de Apelación, divididas a su vez en salas, que en la actualidad son 8, distribuidas a lo largo del territorio francés (103).

---

(102) Recueil 1148, concl. Jagerschmidt.

(103) Están ubicadas en: París, Versailles, Douai, Nancy, Lyon, Marseille, Bordeaux y Nantes.

Como vemos, para descargar de tareas a los tribunales superiores, el ingenio humano no ha inventado, hasta ahora, nada más creativo que agregar nuevas instancias intermedias y establecer recursos que pueden ser resueltos en forma discrecional.

Como fruto de esta evolución, que solo puedo relatar aquí en forma muy parcial y probablemente insuficiente, el llamado “contencioso-administrativo” francés es hoy una dilatada y compleja organización, cuya cabeza es el Consejo de Estado, que con sus 300 miembros, tanto juzga a la Administración, con apelación judicial limitada, como la asesora, produciendo cada día lo que alguna vez Prosper Weil llamó el “Milagro del Consejo de Estado”.

*D) La Constitución de la Quinta República. El diseño de poder*

Veamos ahora cómo es el diseño de poder en la Constitución de la Quinta República.

Tal vez lo que más impresiona cuando uno lee esta Constitución, es que luego de referirse a la Soberanía en el Título I, el Título siguiente está referido al presidente de la República. Usualmente, las constituciones comienzan regulando al órgano legislativo, porque es a quien se le otorga mayor importancia representativa. La Constitución francesa, en cambio, comienza por el presidente. Obviamente, influyeron en ello circunstancias históricas relevantes como el fracaso de la Cuarta República y la Guerra de Argelia, que obligaron al *General de Gaulle* a consolidar su poder. Tampoco fue ajena a esta impronta la propia personalidad del héroe francés.

Como resultado de ello, los franceses han elaborado un sistema parlamentario pero con características propias, ya que en Francia el presidente no está controlado por las cámaras legislativas, pero puede disolver la Asamblea Nacional.

Así, en el marco de un sistema parlamentario, la Constitución de 1958 estableció un sistema presidencialista, como en los Estados Unidos, pero en el cual el Ejecutivo aprovecha para sí las ventajas de los dos sistemas. En síntesis, la supremacía es netamente ejecutiva.

Así la pensaron sus ideólogos. En una alocución de octubre de 1962 De Gaulle dijo que la Constitución “hace realmente del Presidente de la República el jefe del Estado y el guía de Francia”. Estaba presente en esta afirmación el espíritu de los dos discursos de Bayeux dados por De Gaulle, el primero, en 1944, luego del desembarco de los aliados en Normandía y el segundo en 1946, después de la Liberación.

Más tarde, en una conferencia de prensa, en enero de 1964, De Gaulle sostuvo “Alors le Président fait la répartition comme il le juge nécessaire. Mais s’il doit être entendu, et c’est vrai que l’autorité indivisible de l’Etat est déléguée toute entière au président par le peuple qui l’a élu, et qu’il n’y en a aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne puisse être conférée ou maintenue autrement que par lui. Et qu’il lui appartient d’ajuster le domaine suprême qui lui est propre avec ceux dans lesquels il délègue l’action à d’autres, il serait foncièrement mauvais que dans les temps ordinaires, la fonction et le champ d’action du président de la République soient confondus avec ceux du Premier Ministre” (104).

Mencionaré algunas de las potestades que hacen del presidente de la República el eje del sistema constitucional francés. El artículo 5 dice que el presidente vela por el respeto de la Constitución, garantiza y arbitra el funcionamiento regular de los poderes públicos y la continuidad del Estado y ampara la independencia nacional, la integridad del territorio y el respeto de los tratados, como una suerte de padre de la Nación. Algunos comentaristas dicen que este artículo responde, sin duda, al deseo de aportar una solución al problema de la legitimación de poder. En el espíritu del general de Gaulle, el presidente de la República debía ser el continuador de los reyes que construyeron el Estado y la presidencia, de la República, el símbolo de la unión de la Nación. En caso de peligro, es necesario que el que preside la Nación tiene el derecho y el deber de tomar las iniciativas para garantizar su supervivencia (105).

No menos importante es la posibilidad de que el presidente disuelva la Asamblea Nacional (artículo 12) (106). Además de ello, el presidente

(104) Ver: <http://fresques.ina.fr/de-gaulle/fiche-media/Gaulle00382/conference-de-presse-du-31-janvier-1964.html>.

(105) LUCHAIRE, François; Conac, Gérard; Prétot, Xavier, *La Constitution de la République Française*, 3e édition, Economica, París, 2009, p. 230.

(106) El artículo 12 hace del derecho de disolución una prerrogativa personal y un poder propio del presidente de la República que ha sido utilizado en cinco oportunidades: el 6 octubre de 1962, el 30 de mayo de 1968, el 18 de mayo de 1981, el 13 de mayo 1988 y el 21 de abril de 1991). Le corresponde entonces al presidente decidir discrecionalmente si debe o no hacer uso de ese derecho. En cuanto a la forma, el presidente de la República debe, antes de pronunciar la disolución, consultar el primer ministro, y a los presidentes del Senado y de la Asamblea Nacional, pero no está obligado a seguir su opinión, que puede ser contraria. En cuanto al período de ejercicio, la disolución no puede intervenir: (1) en el año que sigue a las elecciones intervinientes después de una disolución (artículo 12.4); (2) durante el ejercicio para el presidente de la República de los poderes excepcionales previstos por el artículo 16; (3) durante la interinidad asegurada el presidente del Senado en caso de vacancia de la presidencia de la República (artículo 7). Tratándose de un poder propio del presidente de la República, el decreto de disolución no debe ser avalado por el primer ministro. La disolución debe ser segui-

nombra al primer ministro y pone fin a sus funciones en el momento en que éste presenta la dimisión del Gobierno (artículo 8); se comunica con las dos Cámaras del Parlamento por medio de mensajes que hace leer y que “no dan lugar a ningún debate” (artículo 18); nombra al presidente del Consejo Constitucional (artículo 56); y preside el Consejo Superior de la Magistratura (artículo 65) y “garantiza la independencia de la autoridad judicial” (artículo 64).

No en vano Michel Debré, teórico del gaullismo, uno de los principales redactores de la Constitución y primer ministro (1959-1962), decía en su discurso del 27 de agosto de 1958 ante el Consejo Constitucional, que el presidente de la República es la *clef de voûte du système* (piedra angular del sistema) (107).

#### E) El control de constitucionalidad

Tampoco podría decirse que el sistema de control constitucional equilibra en Francia la separación de poderes, ya que los jueces no ejercen allí control de constitucionalidad.

En Francia el control constitucional lo ejerce el Consejo Constitucional en el cual, la influencia del presidente es importante, pues elige a un tercio de sus miembros y designa al presidente que tiene doble voto en caso de empate (108).

Originariamente, el Consejo solo era consultado sobre la constitucionalidad de las leyes antes de su sanción. Desde marzo de 2010, el sistema

---

da de las elecciones generales en el plazo fijado por el artículo 12, y la nueva Asamblea Nacional se reúne en pleno derecho. Esta no tiene ningún efecto en el Senado. Tampoco lo tiene, en principio, en el Gobierno, que está obligado —solo por una costumbre— a renunciar después de la elección de la Asamblea y que puede, algunas veces, no ser reconducido, como fue el caso, en 1968, después de las elecciones que, sin embargo, habían sido ganadas. Vid. CABANIS, A. y MARTIN, L. M.: *La dissolution parlementaire a la française*, Presses de Science Politique, 2001.

(107) “Si vous me permettez une image empruntée à l’architecture, je dirai qu’à ce régime parlementaire neuf, et à cette Communauté qui commence à s’ébaucher, il faut une clef de voûte. Cette clef de voûte, c’est le Président de la République”. <http://mjp.univ-perp.fr/textes/debre1958.htm>.

(108) De acuerdo con el artículo 56 de la Constitución: “El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de sus miembros serán nombrados por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado. Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional. El presidente será nombrado por el presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate”.



permite que también se ejerza el control luego de sancionada la ley, cuando ésta debe ser aplicada en casos concretos, por medio de la llamada “cuestión prioritaria de constitucionalidad”; pero ésta solo se activa por reenvío del Consejo de Estado o del Tribunal de casación (109).

Así, la jurisdicción constitucional en Francia, no es una facultad propia de los jueces que, en cierto modo, siguen siendo “la boca de la ley”.

## V. El modelo norteamericano

### A. Las bases del sistema y su evolución posterior

A diferencia del Reino Unido y Francia, en los Estados Unidos ningún poder es superior al otro, todos son formal y jerárquicamente iguales. Deben actuar coordinadamente, ejerciendo controles recíprocos que tiendan al equilibrio entre ellos, generando lo que Martin Redish llamaba una superposición funcional (*functional overlap*) entre cada uno (110).

Así fue establecido inicialmente por Madison en los Nos. 48 y 49 de *El Federalista* y luego fue repetido por Story en sus *Commentaries on the Constitution of the United States* (111). A su turno, la Corte Suprema la hizo suya en “*Kilbourn v. Thompson*” (112), sin perjuicio, naturalmente,

---

(109) Ver entre otros: CARCASSONNE, Guy y DUHAMEL, Olivier, *QPC - La Question prioritaire de constitutionnalité*, Dalloz, 2011.

(110) REDISH, Martin, *Federal Jurisdiction: tension in the allocation of Judicial Power*, 2nd edition, The Michie Company, Virginia, 1990, p. 13.

(111) “... when we speak of a separation of the three great departments of government, and maintain, that that separation is indispensable to public liberty, we are to understand this maxim in a limited sense. It is not meant to affirm, that they must be kept wholly and entirely separate and distinct, and have no common link of connection or dependence, the one upon the other, in the slightest degree. The true meaning is, that the whole power of one of these departments should not be exercised by the same hands, which possess the whole power of either of the other departments and that such exercise of the whole would subvert the principles of a free constitution. This has been shown with great clearness and accuracy by the authors of the *Federalist*”. STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the United States*, 3rd edition, Little Brown, & Co., Boston, 1858 (reprint by The Law Book Exchange, 2001), vol. I, p. 368.

(112) 103 U.S. 168, 190-191 (1881) “It is believed to be one of the chief merits of the American system of written constitutional law that all the powers intrusted to government, whether State or national, are divided into the three grand departments, the executive, the legislative, and the judicial. That the functions appropriate to each of these branches of government shall be vested in a separate body of public servants, and that the perfection of the system requires that the lines which separate and divide these departments shall be broadly and clearly defined. It is also essential to the successful working of this system that the persons intrusted with power in any one of these branches shall not be permitted to encroach upon the powers confided to the others, but that

de que en algunos casos se han adoptado decisiones más rígidas que en otros, como veremos en los párrafos que siguen.

### *B. El rol institucional de la Corte Suprema*

El dato más típico del sistema norteamericano es el extraordinario rol constitucional y político que tiene la Corte Suprema.

Si la palanca de Arquímedes en el Reino Unido fue el Parlamento y en Francia el Consejo de Estado, en los Estados Unidos ha sido la Corte. Ella misma lo hizo posible cuando se adjudicó, desde el comienzo, el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, una función que han ejercido ininterrumpidamente desde “Marbury v. Madison” (113).

Por ello, más de un siglo después de Marbury, Charles Warren, uno de los historiadores clásicos de la Corte Suprema, dijo “[l]a historia de los Estados Unidos ha sido escrita no solamente en las salas del Congreso, en las oficinas del Ejecutivo y en los campos de batalla, ha sido escrita también en los estrados de la Corte Suprema”, quien, como fundamento de su opinión, cita una alocución dada por el presidente Theodore Roosevelt en 1902 donde dijo: “[e]n ningún estudio serio acerca de la historia de los Estados Unidos sería posible omitir el inmenso papel jugado por la Corte Suprema, no solo en la modificación, sino en la creación de las grandes políticas a través de las cuales el país ha llegado a su actual posición” (114).

Como resultado de ello, la Corte Suprema en los Estados Unidos ha sido un árbitro permanente —bien que no siempre acertado— en los conflictos institucionales más importantes llegando, incluso, a dirimir —con muy escasa mayoría— la elección presidencial del año 2000 entre George Bush y Albert Gore. Esta prolífica actividad dio lugar a que, en 1920, Edouard Lambert definiera, con sentido crítico, al gobierno norteamericano como “El Gobierno de los Jueces” (115).

### *C. Dos teorías en competencia*

En los Estados Unidos compiten dos teorías sobre la separación de poderes: la funcional y la formal.

---

each shall, by the law of its creation, be limited to the exercise of the powers appropriate to its own department, and no other”.

(113) 5 U.S. 137 (1803).

(114) WARREN, Charles, *The Supreme Court in the United States History*, Boston, Little Brown and Company, 1926, (reprint: Fred B. Rothman & Co., Colorado, 1987), V. I, p. 1.

(115) LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis*, Marcel Giard, París, 1921.

La primera, que es la más extendida, aboga por una interpretación flexible, mientras que la segunda tiene una visión más rígida de las competencias asignadas a cada poder.

*a. La interpretación funcional*

La interpretación funcional puede verse en cinco ejemplos que paso a mencionar.

**i. El control de constitucionalidad**

El primero de ellos ha sido como dije, el control de constitucionalidad, mediante el cual la Corte Suprema controla a los otros dos poderes, lo que no ocurre ni en el Reino Unido ni en Francia.

Con esta herramienta en la mano, la Corte Suprema ha sido artífice de verdaderas políticas de Estado:

- Fortaleció al gobierno federal al permitirle tener un banco central en “*McCulloch v. Maryland*” (116) y al reconocerle al Congreso autoridad para regular el comercio interestatal en “*Gibbons v. Ogden*” (117).

- Promovió la Guerra Civil al resolver el caso “*Dred Scott v. Sandford*” (118) por medio de una interpretación colonial de la esclavitud.

- Impulsó la regulación económica en “*Munn v. Illinois*” (119) al admitir la imposición de precios máximos.

- Puso en jaque el *New Deal* del presidente Roosevelt en “*Panama Refining Co. v. Ryan*” (120) y “*A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*” (121).

- Modificó las estructuras sociales del país en el caso “*Brown v. Board of Education of Topeka*” (122) cuando ordenó la desegregación racial.

- Ha sido una defensora acérrima de la libertad de expresión, tolerando la quema de la bandera, en “*Texas v. Johnson*” (123) (1989) y la

---

(116) 17 U.S. 316 (1819).

(117) 22 U.S. 1 (1824).

(118) 60 U.S. 393 (1857).

(119) 94 U.S. 113 (1876).

(120) 293 U.S. 388 (1935).

(121) 295 U.S. 495 (1935).

(122) 347 U.S. 483 (1954).

(123) 491 U.S. 397 (1989).

pornografía por internet, en el caso “Reno v. American Civil Liberties Union” (124).

- Se opuso a la aplicación de la ley marcial por comisiones militares especiales por considerarla violatoria de la convención de Ginebra en “Hamdan v. Rumsfeld” (125).

- Apoyó el llamado “Obamacare” en “National Federation of Independent Business v. Sebelius” (126).

- Declaró constitucional el matrimonio de personas del mismo sexo en “Obergefell v. Hodges” (127).

## ii. La delegación legislativa

El segundo *test* para examinar la teoría funcional es la delegación de facultades legislativas, un tema intensamente estudiado en el derecho argentino por el académico Dr. Alfonso Santiago, pasión que compartimos (128).

En los Estados Unidos la delegación legislativa está permitida, incluso, a favor de los tribunales federales para dictar normas procesales, habilitación por medio de la cual la Corte Suprema sanciona verdaderos códigos procesales, si nos atenemos a su extensión y detalle. Así fue decidido en el caso “Wayman v. Southard” (129).

Esta facultad es desconocida en el derecho argentino.

Solamente durante el *New Deal*, en los casos antes mencionados, la Corte declaró inconstitucionales algunas de las leyes integrantes del intenso programa del presidente Roosevelt para poner remedio a la crisis económica.

Cierto es que dichas leyes habían delegado poderes muy amplios en el presidente, superando los límites de todas las delegaciones conocidas hasta ese momento.

Pero tampoco olvidemos el enfrentamiento existente, por aquel entonces, entre Roosevelt y el ala conservadora de la Corte, a la que se sumó en

---

(124) 521 U.S. 844 (1997).

(125) 548 U.S. 557 (2006).

(126) 567 U.S. 519 (2012).

(127) 576 U.S. \_\_\_ (2015).

(128) SANTIAGO, ALFONSO Y THURY CORNEJO, Valentín, *Tratado sobre la Delegación Legislativa*, Ábaco, Buenos Aires, 2003.

(129) 23 U.S. 1 (1825).

esos casos Charles Evans Hughes, el presidente del tribunal, un experimentado político republicano que había sido gobernador de Nueva York y candidato a presidente.

Desde entonces no se registran precedentes en los cuales se haya objetado la delegación legislativa efectuada por leyes federales.

### iii. La “doctrina de la deferencia”

Una consecuencia de lo anterior, útil también para robustecer la teoría funcional, es la llamada “doctrina de la deferencia,” según la cual los jueces son “deferentes” con la reglamentación de una ley, es decir, no la revisan, salvo casos de manifiesto error o irrazonabilidad.

La doctrina de la deferencia se desarrolló en la década de 1940 y los casos más célebres son: “Gray v. Powell” (130), “Bowles v. Seminole Rock & Sand Co.” (131) y “Chevron v. Natural Resources Defense Council” (132). Éste último fue un caso ambiental muy controvertido en el cual se alegaba que la Agencia de Protección Ambiental había excedido sus facultades al regular las cuotas de polución permitidas para ciertas industrias.

Como puede verse, salvo casos de manifiesta irrazonabilidad, la Corte no interviene en la relación que entablan el Congreso y la Administración por medio de la delegación legislativa.

### iv. Los acuerdos ejecutivos

Otro ejemplo que ilustra la teoría funcional es la celebración de acuerdos internacionales por el presidente, sin intervención del Congreso. Se trata de los llamados “acuerdos ejecutivos,” materia que ha sido analizada por los académicos Jorge Vanossi y Alberto Dalla Vía en su obra sobre los tratados internacionales (133).

En los Estados Unidos los acuerdos ejecutivos han sido reconocidos por la Corte Suprema desde 1829, en el caso “Foster v. Nielson” (134),

---

(130) 314 U.S. 402 (1941).

(131) 325 U.S. 410 (1945).

(132) 467 U.S. 837 (1984).

(133) VANOSI, Jorge y DALLA VÍA, Alberto, *Régimen Constitucional de los Tratados*, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, cap. VI. Sobre el tema véase también SÈve de Gastón, Alberto, *Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1970. Entre los autores de los Estados Unidos puede verse: JOHNSON, Loch K., *The Making of the International Agreements, Congress Confronts the Executive*, New York University Press, 1984.

(134) 27 U.S. 253 (1829).

luego en “United States v. Belmont” (135) y poco después en “United States v. Pink” (136), donde les reconoció igual validez que a los tratados.

En tiempos recientes el caso más importante en esta materia ha sido “Dames & Moore v. Reagan” (137), originado con la toma de rehenes en la embajada norteamericana en Irán. Como represalia por ese acto de fuerza, el presidente Carter ordenó congelar todas las cuentas y depósitos del gobierno iraní en los Estados Unidos, lo que permitió a Dames & Moore trabar un embargo sobre cuentas iraníes en bancos norteamericanos. Pero esta medida fue luego levantada por orden del presidente Reagan cuando los rehenes fueron liberados, decisión que la Corte convalidó, sosteniendo que los fondos de gobiernos extranjeros podían ser utilizados como moneda de canje en casos de crisis con negociaciones hostiles.

#### **v. Las tareas judiciales de la Administración. La llamada “jurisdicción primaria”**

Finalmente, menciono el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de la Administración.

En los Estados Unidos un ejemplo de ello es la doctrina de la *primary jurisdiction*, cuyos fundamentos han sido suficientemente explicados entre nosotros por el Académico Dr. Héctor Mairal (138). Esta doctrina fue inaugurada por la Corte Suprema en el caso “Texas & Pacific Railway v. Abilene Cotton Oil Co.” (139), que avaló la jurisdicción primaria atribuida a la Interstate Commerce Commission y se ha repetido en muchos otros casos.

La jurisdicción primaria tiene lugar cuando la ley acuerda a la Administración la facultad de resolver inicialmente —“primariamente”— un caso que, de otra manera, correspondería a los jueces.

#### *b. La interpretación formal*

Veamos ahora tres casos de interpretación formal de la separación de poderes.

---

(135) 301 U.S. 324 (1937).

(136) 315 U.S. 203 (1942).

(137) 453 U.S. 654 (1981).

(138) MAIRAL, Héctor A., *Control Judicial de la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1982, T. II, pp. 714, 715, 717-722.

(139) 204 U.S. 426 (1907).

## **vi. El veto legislativo y el caso “Chadha”**

El primero de ellos es el del llamado “veto legislativo”, mediante el cual el Congreso puede revocar una decisión administrativa. Esta prerrogativa, bastante habitual en las leyes norteamericanas, no existe en la Argentina.

La cuestión se planteó en el caso “Immigration and Naturalization Service v. Chadha”(140). Jagdish Rai Chadha, nativo de Kenya y residente en Estados Unidos con pasaporte británico y visa de estudiante, fue autorizado por la autoridad migratoria a permanecer en suelo norteamericano luego de expirada su visa.

Esta decisión fue revocada por el Congreso, que ordenó la deportación de Chadha con intervención de una sola cámara, pues así lo permitía la ley aplicable.

La Corte entendió que, en este caso, el veto legislativo violaba la separación de poderes, pues se revisaba una decisión administrativa sin intervención de ambas cámaras.

## **vii. La remoción de funcionarios ejecutivos por el Congreso**

Tampoco se le permitió al Congreso ejecutar las leyes o remover por sí a los funcionarios de la Administración, según lo decidido en “Bowsher v. Synar” (141).

A fin de reducir el déficit fiscal y equilibrar el presupuesto, el Congreso había autorizado al *Comptroller General* a ejecutar recortes en el Presupuesto y reducir el personal de la Administración.

La Corte lo declaró inconstitucional en tanto el *Comptroller General*, un funcionario que actúa en jurisdicción del Congreso, equivalente al auditor general de la Nación, no puede ejecutar una ley, ni reducir el personal de la Administración.

## **viii. El *Steel seizure case***

Puede verse también una interpretación formal de la separación de poderes en el caso “Youngstown Tube and Sheet Co. v. Sawyer” (142), cuando el presidente Truman intervino las fábricas de acero durante la Guerra de Corea.

---

(140) 462 U.S. 919 (1983).

(141) 478 U.S. 714 (1986).

(142) 343 U.S. 579 (1952).

Aprovechando el conflicto, los gremios incrementaron sus demandas y, al no ser satisfechas, declararon una huelga general. Incapaz de resolver el problema por vía de una negociación, Truman intervino todas las compañías, que inmediatamente impugnaron judicialmente la intervención.

Pese a que el país estaba en guerra y la producción de acero era vital, la Corte negó que el presidente tuviera facultades para intervenir una compañía privada.

*c. El llamado “Estado administrativo”*

Voy a mencionar, por último el fenómeno del llamado “Estado Administrativo”, que hunde sus raíces en la intervención estatal en la economía, fenómeno que Juan Carlos Cassagne ha descripto en un artículo reciente diciendo: “La lucha entre las distintas fuerzas que componen la sociedad y el Estado —dice Cassagne— no constituye un nuevo fenómeno sociopolítico, y la historia del mundo demuestra la ocurrencia de esta confrontación en diferentes épocas de la humanidad. Lo novedoso es que por primera vez el poder estatal se infiltró en el siglo XX de ideologías que pretendieron, como objetivo fundamental, la absorción de la sociedad por el Estado, intento este que no había sido preconizado antes, al menos en esa escala, ni siquiera por el absolutismo. Todo ello condujo a un mayor y acentuado intervencionismo estatal” (143).

Apareció así el “Estado regulador”, impulsado desde la ciencia económica por John Maynard Keynes y desde la ciencia política por Harlod Laski, entre otros.

En nuestro país este fenómeno ha dado lugar al derecho constitucional económico, estudiado con detalle por el académico Dr. Alberto Dalla Vía (144) y, en una versión políticamente deformada, ha facilitado el desarrollo del llamado “Estado Populista”, estudiado recientemente por el Dr. Juan Carlos Cassagne en su libro más reciente (145).

Este fenómeno ha producido una hiperinflación de las oficinas estatales, incrementando de esta manera el poder de la rama ejecutiva.

---

(143) CASSAGNE, Juan Carlos, *La teoría del Estado y temas colindantes. Formas de Estado y formas de Gobierno en la República Argentina*, Revista el Derecho, 11 de septiembre de 2017.

(144) DALLA VÍA, Alberto R., *Derecho Constitucional Económico*, 2ª edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

(145) CASSAGNE, Juan Carlos, *El Estado Populista*, Julio César Faira Editor, Montevideo, 2017.



Como resultado de ello, la preeminencia que otrora tenía el Congreso en la toma de decisión se ha trasladado al órgano ejecutivo.

Si bien esto no es una novedad, lo que sí constituye una corriente nueva de pensamiento en los Estados Unidos es el cuestionamiento constitucional de esta traslación.

En la actualidad, algunos autores como Philip Hamburger (146) y Joseph Postell (147) sostienen que el “estado administrativo” es inconstitucional, pues la decisión política ya no recae en los representantes elegidos por el voto popular, sino en funcionarios ejecutivos que no son responsables ante el electorado.

Esta preocupación no se limita tan solo a los círculos académicos, sino que ha sido expresada también desde la Corte Suprema. En su voto en el caso “City of Arlington v. Federal Communications Commission” (148), John Roberts, presidente del tribunal, ha dicho “el peligro que engendra el creciente poder del Estado administrativo no puede ser descartado” (149).

En síntesis, ya no se trata solamente de un nuevo modelo de separación de poderes. Podríamos estar ante una versión inconstitucional del mismo.

## VI. ¿Tres modelos de Administración?

Pues bien, habiendo descripto los tres modelos de la separación de poderes, cabe preguntarme si cada uno de ellos ha gestado un modelo diferente de Administración.

La respuesta puede ser negativa o positiva, según el ángulo desde el cual se aborde la cuestión.

Será negativa si miramos a la Administración Pública tan solo como un conjunto de entes y órganos que, bajo el presidente o el primer ministro, según los casos, ejercen aquello que tan genéricamente se denomina la “función administrativa”.

---

(146) HAMBURGER, Philip, *The Administrative Threat*, Encounter Books, New York, 2017 y *Is Administrative Law Unlawful?*, The University of Chicago Press, 2014.

(147) POSTELL, Joseph, *Bureacracy in America. The Administrative's State Challenge to Constitutional Government*, University of Missouri Press, 2017.

(148) 569 U.S. \_\_\_ (2013).

(149) “It would be a bit much to describe the result as ‘the very definition of tyranny’, but the danger posed by the growing power of the administrative state cannot be dismissed”.

Ahora bien, será muy difícil encontrar un sistema en el cual la Administración no tenga estas características. En cualquiera de ellas encontraremos una administración centralizada y descentralizada y ésta, a su vez, estará compuesta por una variada cantidad de entes con grados diversos de descentralización, al que se sumarán empresas públicas y semipúblicas.

Me parece, sin embargo, que esta observación puramente física de la Administración peca por incompleta. Si nos limitáramos a este análisis, tampoco encontraríamos ninguna diferencia entre el Parlamento inglés, el Congreso de los Estados Unidos y el Senado y la Asamblea Nacional en Francia. Finalmente, todos ellos se componen de dos cámaras legislativas cuyos miembros ejercen la "función legislativa". Algo similar podría decirse de la organización judicial.

Sin embargo, las diferencias entre la Administración inglesa, la francesa y la norteamericana son notables.

En la Administración inglesa su jefe, el primer ministro, es un miembro del Parlamento, que dimite cuando su partido pierde la mayoría legislativa y es llevada a juicio ante los mismos tribunales que juzgan a todos los ciudadanos.

La Administración francesa, en cambio, es casi un estado dentro del mismo Estado, que tanto juzga, como asesora al gobierno y cuyos actos son revisados por sus propios tribunales, con instancia final en el Consejo de Estado.

Enfrente de ellos está los Estados Unidos, donde Congreso y Administración se disputan, día a día, su cuota de poder, una rivalidad en la cual sus altibajos dependen, en buena medida, de la mayoría legislativa del partido del presidente y cuyo árbitro final es la Corte Suprema, que decide, en cada caso, la medida de la separación de poderes.

Tengo para mí, entonces, que la diferencia sustancial entre cada uno de estos modelos no pasa por el diseño físico de la Administración, sino por el modo y grado de control al que está sometida cada una de ellas por los restantes poderes, pues ello permite verificar, en definitiva, la mayor o menor intensidad de la separación de poderes.

Es aquí en donde hay que detenerse en la crítica que Karl Loewenstein hacía de la teoría clásica, sosteniendo que no tiene en cuenta la "función de control".

Desde este punto de vista, tenemos tres administraciones diferentes.

En el mayor grado de separación o “aislamiento” de los otros poderes, en el sentido que le daba Prosper Weil, está la Administración francesa.

En Francia la Administración, salvo excepciones, se controla a sí misma por medio del sistema de tribunales contencioso-administrativos con vértice en el Consejo de Estado. Ya hemos visto que, desde el comienzo, los franceses adoptaron una separación rígida, que impide a los jueces controlar a la Administración porque ello implicaría administrar. Podría decirse que la Administración francesa es prácticamente autónoma de los otros poderes e inmune a los cambios constitucionales.

En el segundo grado de separación se ubica la Administración norteamericana. Si bien, tanto la Corte Suprema como el Congreso la controlan, esos controles tienen sus límites. No existe jurisdicción contencioso-administrativa, la Administración está sujeta a los mismos jueces federales que los particulares, pero éstos son “deferentes” con la reglamentación de las leyes. Tampoco está permitido que el Congreso ejerza indiscriminadamente el veto legislativo o remueva por sí a los funcionarios administrativos. Asimismo, en el sistema norteamericano está prohibido que los ministros del Poder Ejecutivo sean, a la vez legisladores.

Como resultado de ello, en los Estados Unidos la separación entre los jueces ordinarios y la Administración es menos rígida que en el sistema francés y existe coordinación entre la Administración y los restantes poderes.

Por último, en el tercer grado de separación se encuentra la Administración británica. En el Reino Unido, la Administración parecería ser una prolongación del Parlamento, ya que nadie puede ser primer ministro ni miembro del Gabinete si no es, al mismo tiempo, un miembro del Parlamento. A su vez, en el Reino Unido la actividad de la Administración está sometida al control de los jueces ordinarios, que lo ejercen con la amplitud que les otorga la difusa doctrina del *ultra vires*.

## VII. Conclusiones

En conclusión, bajo una misma teoría, cuyo propósito esencial es limitar el poder estatal en beneficio de la libertad individual, anidan muchas versiones de la misma a tal extremo que, por momentos, parecen opuestas.

Aun así, pese sus diferencias, lo que unifica a los tres sistemas mencionados, es el respeto que inspiran en cada una de ellas su principal institución: el Parlamento, el Consejo de Estado y la Corte Suprema.

Este respeto no es casual ni forzado; surge de la tradición histórica de cada país, de su particular idiosincrasia, a veces intransmisible a otras jurisdicciones, y de la capacidad de evolucionar y adaptarse a las nuevas realidades y exigencias de cada época.

Como reflexión final para constituyentes y políticos, en ocasiones tan entregados a la tarea reescribir la Constitución, me atrevería a recordar que ni el Parlamento inglés, ni el Consejo de Estado en Francia, le deben su prestigio y respeto al texto escrito de una Constitución.

Y si bien la Corte Suprema en los Estados Unidos es una criatura típicamente constitucional, su verdadero poder reside en el control constitucional, que la Constitución no le otorgó expresamente.

No es el texto de la Constitución lo esencial, sino el modo en que se la aplica diariamente, en pos de la construcción de un sistema republicano.

Lo esencial, entonces, no es adoptar tal o cual modelo de separación de poderes en particular, sino la voluntad de convertirlo en un instrumento útil, que permita vivir bajo un gobierno de poderes limitados.

Porque, al fin y al cabo, repitiendo una muy conocida frase de Winston Churchill, la democracia es el peor de todos los sistemas, después de todos los demás (150). ◆

Alberto B. Bianchi  
Buenos Aires, 12 de octubre de 2017

---

(150) “Many forms of government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed it has been said that democracy is the worst form of Government except all those other forms that have been tried from time to time”. House of Commons, noviembre 11 de 1947.

# DISCURSO DE RECEPCIÓN

POR GREGORIO BADENI (\*)

En la sesión pública de esta tarde se me ha discernido el honor de presentar al Dr. Alberto Dalla Via, con motivo de su incorporación como miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Es un privilegio que acepto complacido debido a la merecida distinción que le confirieron los integrantes de nuestra Academia por su profunda y constante labor científica desplegada en el ámbito del Derecho Constitucional y la Ciencia Política, mediante una actividad inteligente que, sobre la base de sólidos principios éticos, pone de manifiesto a la personalidad de un agudo investigador, publicista y docente universitario cuya acción también se proyecta sobre el ejercicio de la función pública.

El ingreso de un miembro a nuestra Academia siempre presenta un contenido altamente positivo. Implica revitalizar a la corporación a través de la suma de los esfuerzos e ideas que aporta el nuevo académico en el marco del pluralismo que caracteriza a la labor de aquella. Cada miembro que se agrega a la Academia incorpora sus propios valores, su propia formación, sus propios ideales, que contribuyen al enriquecimiento de una obra común.

Pero esa condición primaria no es suficiente, porque el ingreso de un nuevo miembro a una Academia nacional debe estar precedido por la acreditación de una profunda vocación de servicio y cualidades éticas inquestionables.

Las Academias nacionales constituyen el hito más elevado en la escala cultural de un país. Conforman los organismos que, por la calidad de sus miembros, son los más adecuados e idóneos para fomentar el crecimiento y el progreso de las ciencias que trae aparejada la elevación de la cultura de los pueblos.

Las Academias no fueron creadas para satisfacer ambiciones personales. Tampoco son entidades destinadas a la promoción individual o so-

---

(\*)Discurso de recepción del académico de Número Dr. Alberto R. Dalla Via, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de octubre de 2017.

cial de sus miembros. Su cometido dista de tales metas, por más legítimas que ellas puedan ser en otras áreas de la actividad humana. Su objeto se sintetiza en una finalidad superior y trascendente, en cultivar las ciencias en su nivel de máxima excelencia. Son recintos de investigación seria, de estudios profundos, de colaboración interdisciplinaria e intercambio de ideas creativas, donde la acción intelectual se desenvuelve con un profundo rechazo a las presiones políticas y sociales.

Bernardo Houssay, nuestro recordado Premio Nobel, proclamaba que la potencia, la jerarquía y el prestigio de una nación depende del nivel científico y ético de sus Academias. Por su parte, Carlos Saavedra Lamas, también distinguido con el Premio Nobel y quien fue presidente de nuestra corporación, destacaba la importancia social de las Academias, pues todas ellas son usinas de alta producción intelectual.

Sin embargo, en algunos casos presenciamos una grave desconexión entre las Academias y las autoridades gubernamentales y sociales. Desconexión que es fruto de la ignorancia y que acarrea una suerte de reacción antiacadémica de quienes, impregnados por el populismo totalitario, aspiran a masificar al pueblo endiosando la figura del hombre mediocre que describiera José Ingenieros. Es la advertencia que formulaba Víctor Massuh cuando decía que debemos desoír la imitación que engendra una mentalidad parasitaria que vive aferrada con temor al presente y dependiendo del esfuerzo de otros. Es la actitud de quien perdió la autoexigencia intelectual; del intelectual anquilosado que repite la lección antigua, detenido en el cultivo anacrónico de ideas que ya no fomentan el progreso; del político que, a la hora de asumir la democracia, la vive como una máscara o como un palabrerío enconado que causa decepción y fatiga.

En esta línea de pensamiento, nuestro académico y ex presidente, Horacio García Belsunce, destaca que para ser académico no es suficiente con la consideración de la sabiduría y de los conocimientos. A la dignidad intelectual debe añadirse la dignidad en la vida. El académico debe ser ejemplo de virtud y actuar siempre con señorío. Es que, para ser académico, no basta el saber científico si está desprovisto de atributos humanos honorables. De manera que alcanzar el nivel académico comporta una honrosa distinción y, por añadidura, un desafío. El deber de proseguir ejerciendo la vocación científica incrementando el amor, la dedicación y los cimientos éticos sobre los cuales se basa.

Las circunstancias de la vida me llevaron a seguir la trayectoria del Dr. Dalla Via. A lo largo de los años y de las penosas vicisitudes institucionales del país, pudimos conocer la nobleza de sus principios e ideas, sus sacrificios, su tenacidad y firmeza de carácter. Ese conocimiento me permite

afirmar que Dalla Via posee el conjunto de cualidades intelectuales, científicas y éticas que avalan la dignidad académica. Que supera holgadamente aquellas condiciones citadas por los decanos de nuestra corporación.

El académico Dalla Via concluyó sus estudios de abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Sus inquietudes intelectuales y ese inagotable afán por acceder al conocimiento de lo desconocido lo impulsaron a obtener en esa casa de estudios el título de Doctor en Derecho Constitucional y, años después, el de Doctor en Ciencia Política por la Facultad de Ciencias Sociales. Son estudios complementarios que distinguen a los maestros del Derecho Constitucional. Bien decía uno de ellos, Segundo V. Linares Quintana, quien fue nuestro presidente, con motivo de la disertación que pronunció en esta sala cuando festejamos sus cien años de edad, que el conocimiento cabal del fenómeno constitucional solamente es posible a la luz de un enfoque empírico donde el acceso al positivismo jurídico está precedido por la sabiduría que emana de la Ciencia Política. Es así que nuestro académico obtuvo diplomas de especialización en Derecho Constitucional y Ciencia Política en el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, de Derechos Humanos en el Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y de Altos Estudios Internacionales de la Sociedad de Estudios Internacionales de España.

Su inquietud por acceder al conocimiento de los hechos e instituciones generados por las relaciones sociales y políticas determinaron que, en su no tan lejana juventud, recorriera varios países latinoamericanos imbuido por esa bohemia que siempre caracterizó a las nuevas generaciones que, sin desdeñar la sensatez del pasado, procuran encontrar nuevos horizontes de progreso intelectual en función del bien común. Ese espíritu, en gran parte forjado por el hábito a la lectura e investigación que le ofrecieron sus padres, fue probablemente el factor que desencadenó su vocación docente e interés por la cosa pública.

Algunos de sus maestros que influyeron en los comienzos de la docencia universitaria fueron Alberto Spota, Germán Bidart Campos, Augusto Morrello y nuestro presidente, Jorge Vanossi, con el cual lo une una profunda amistad. Los hitos más representativos de su carrera docente son su acceso en 1983 al cargo de profesor adjunto de Derecho Constitucional en la Universidad Católica de La Plata; profesor adjunto de Derechos Humanos y Garantías en la cátedra de Germán Bidart Campos en 1986; profesor adjunto de Derecho Constitucional en la cátedra de Alberto Spota en 1988; profesor titular de Teoría del Estado y del Gobierno en la carrera de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad de Belgrano en 1997; profesor titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho

de la Universidad de Buenos Aires en 1998, título revalidado en 2007. Son solamente algunos de los cargos docentes discernidos en el país, y a los cuales se añaden su condición de profesor contratado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Udine en 2005, por la Universidad de Bologna en 2010 y profesor invitado por la Universidad de Alcalá de Henares.

Su labor en los claustros universitarios es ampliamente reconocida por la excelencia de la enseñanza que imparte, por la solidez de sus conocimientos y por su rigor metodológico. Ella determinó que fuera invitado a participar en innumerables cursos, seminarios y congresos, habiendo sido disertante en importantes centros universitarios y científicos del país, así como en España, Italia, Brasil, Chile, Estados Unidos, Perú, México y Uruguay.

Esa actividad docente fue complementada con el desempeño de cargos directivos tales como el de consejero titular del Consejo Directivo y director del departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Como publicista es autor de más de doscientos artículos sobre temas de Derecho Constitucional y Ciencia Política publicados en revistas especializadas de nuestro país y el extranjero, así como también de más de veintiocho libros entre los cuales cabe citar *Transformación económica y seguridad jurídica*, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, *La conciencia y el derecho*, *Régimen constitucional de los tratados* en coautoría con Jorge Vanossi, *Estudios sobre Constitución y Economía*, *Tres batallas por la libertad de prensa*, *Instituciones de Derecho Político y Constitucional* y *Derecho Constitucional Económico* en tres ediciones.

Su creativa actuación en el ámbito de la investigación científica determinó que en el año 2005 fuera designado miembro de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, así como también miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España y de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales. A estos reconocimientos se añadieron el accésit al Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en el año 2002, el Premio Anual de la Universidad de Belgrano en 2003, el diploma al mérito de los Premios Konex en la categoría "Jueces" en 2008 y en la categoría "Derecho Constitucional" de Humanidades en 2016.

Nuestro académico ejerció activamente durante más de quince años el arte de abogar. Fue director de la Unión Industrial Patagónica, integrante



---

de los Departamentos de Legislación y Mercosur de la Unión Industrial Argentina y consultor contratado por el Consejo Federal de Inversiones (CFI) y por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para redactar la reglamentación de la ley de adhesión a los códigos *antidumping* y anti-subsidios del GATT.

Su vocación por la docencia universitaria, su condición de publicista y su firme dedicación a diversas actividades relacionadas con el progreso social en modo alguno desplazaron sus inquietudes juveniles relacionadas con la cosa pública. Entre 1986 y 1987 fue asesor del Consejo para la Consolidación de la Democracia y en 1994 asesor de la Convención Nacional Constituyente. En 1996 fue designado juez en la provincia de Buenos Aires, y en 2001 juez de la Cámara Nacional Electoral previo cumplimiento estricto del procedimiento impuesto por la Constitución, tribunal judicial que se destaca por la solidez jurídica de sus pronunciamientos que lo excluyen de las críticas sociales que recaen sobre la presunta ineficiencia de ciertas áreas de la judicatura. La Cámara Electoral, mediante la rigurosa preservación de su independencia y la honradez de sus miembros, los Dres. Dalla Via y Santiago Corcuera y, en su momento el Dr. Munné, supo poner, en varias oportunidades, un límite a las presiones políticas acarreado el respeto y reconocimiento de la ciudadanía.

La inserción del Dr. Dalla Via en la magistratura judicial relacionada con cuestiones electorales y sus conocimientos profundos del Derecho Constitucional y la Ciencia Política fueron factores desencadenantes del reconocimiento de su liderazgo intelectual en tales áreas por la División de Asistencia Electoral de la Organización de las Naciones Unidas, y las invitaciones que recibió para participar en programas relacionados con el fortalecimiento de la democracia y los derechos políticos y electorales en España, Perú, México, Estados Unidos, Colombia, Ecuador, Paraguay, Chile, Brasil y Uruguay, entre otros.

Antes de concluir esta presentación, es justo destacar el mérito que corresponde en el triunfo intelectual y ético del Dr. Dalla Via, a su familia que supo proporcionar el clima de amor y sana alegría indispensables para que sea fructífera la faena creativa del intelecto.

Dejando de lado las formas, expreso mi particular complacencia al amigo Alberto Dalla Via por su incorporación. Asimismo, al brindar esta presentación, cuya subjetividad no desmerece la objetividad de su contenido, ruego se compensen las deficiencias en que pude haber incurrido con la alegría que experimentamos al darle la bienvenida. ◆



# EL PROGRAMA ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

POR ALBERTO R. DALLA VIA (\*)

Señor presidente.

Señores académicos

Autoridades presentes

Señoras y señores:

Agradezco a los integrantes de esta corporación la distinción que me hicieron al incorporarme como miembro de número, lo formulo, en la persona del académico presidente, Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, quien es para mí ejemplo y referente. En este ámbito de excelencia puedo reconocer a mis profesores y a los autores de los libros de los que aprendí y sigo aprendiendo.

Me acompañan mis afectos. A mis hijos, Patricio, Luciano y Camila, les dedico este grato momento de mi vida. A mi madre, la alegría de su presencia. A Laurita, la bendición de su sonrisa y de su compañía.

A mi presentador, el académico Gregorio Badeni, gracias por sus generosas palabras. Nos une la vocación por el Derecho Constitucional y la tarea en común en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la que es profesor emérito, así como los años compartidos en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, que ha presidido, como a esta misma corporación. El jurista se enaltece cuando la convicción refuerza los argumentos que defiende. Siguiendo la huella dejada por Mariano Moreno, y seguida por Segundo Linares Quintana y Alberto Rodríguez Galán, Badeni consagró sus desvelos a defender la libertad de prensa, materia de la que es autoridad y referencia obligada.

Cuando estaba en España finalizando mis estudios de postgrado, leía en los diarios que en Argentina se estaba por reformar la Constitución y por

(\*)Discurso del académico de número Dr. Alberto R. Dalla Via, en la oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 26 de octubre de 2017.

trasladar la Capital Federal al sur, al viento y al frío. Me inquietaba perderme momentos tan trascendentes y pensé en regresar tan pronto pudiera.

Apenas llegado fui nombrado asesor en el Consejo para la Consolidación de la Democracia y no pasó mucho tiempo para que pasara a desempeñarme como gerente de la Unión Industrial Patagónica. Yo era bastante más joven y sentía que los vientos de la historia empujaban mi irrefrenable idealismo.

El entusiasmo duró poco. Aprendí muy temprano la teoría alberdiana de las crisis, estudiada por Julio Olivera: "...La raíz de ese círculo vicioso se halla en la estructura económica. Debe distinguirse entre la constitución jurídica y la constitución económica de la sociedad, entre la constitución legal y la constitución real".

El "Derecho Constitucional Económico", no fue solamente el nombre de un curso profundizado, cuyo programa propuse, sino también la fórmula para superar una amenazante esquizofrenia, motivo de dedicar buena parte del día a discutir sobre promoción industrial y reembolsos a las exportaciones, mientras por las mañanas bien temprano iba a la Facultad a discurrir sobre Derecho Constitucional, Filosofía Política y Derechos Humanos.

El curso resultó exitoso, actualmente es obligatorio para la orientación en Derecho Económico Empresarial y fue adoptado en distintas Facultades de Derecho, por la generosidad del académico Germán Bidart Campos que lo publicó en tapa de la revista *El Derecho*.

Vuelvo por eso a este tema trascendente, en honor de mi patrono y de mi antecesor, esperanzado en que el cumplimiento del programa constitucional sea la clave de nuestro esperado y postergado crecimiento y desarrollo.

### **El sitio Juan Bautista Alberdi**

Nació en San Miguel de Tucumán el 29 de agosto de 1810. Estudió en el Colegio de Ciencias Morales y cursó Derecho en Buenos Aires; terminando la carrera en Córdoba en 1838. En 1837 editó su *Fragmento preliminar al estudio del Derecho* y dirigió *La moda*, periódico de aguda crítica y amigo de la música, arte al que Alberdi brindó varias composiciones.

Actúa brillantemente en el Salón Literario y en la Asociación de Mayo y a fines de 1838 emigra a Montevideo. Ejerce el Derecho y el periodismo, actuando como secretario de Juan Lavalle. En compañía de su fraternal amigo, Juan María Gutiérrez, visita el viejo continente. En 1844 retorna a

América y desde Río de Janeiro va directamente a Chile, convirtiéndose en el más acreditado juriconsulto de Valparaíso. En ese período, su trabajo de más vuelo es *Memoria sobre el Congreso General Americano* (1844).

Poco después de la Batalla de Caseros, Alberdi y Gutiérrez viajaban desde el Perú a Chile, cuando se enteraron de esa noticia, relatada en las *Obras selectas*: "... un argentino venido a recibirnos, nos arrojó envuelta desde su bote una gran hoja de papel, mojado todavía, que contenía el parte de la Batalla de Monte Caseros salido al instante de la prensa. [...] Descendidos a mi quinta de la calle de Las Delicias, en Valparaíso, Gutiérrez se puso a acomodar su equipaje para ir al Primer Congreso General Constituyente, como diputado obligado de la Nación Libertada; y yo me puse a escribir Las Bases de la Constitución, que mi amigo debía hacer sancionar por sus consejos persuadidos y persuasivos..."

La publicación de "Las Bases" tuvo el mayor éxito. El presidente Justo José de Urquiza dispuso con fecha 14 de junio de 1855 la edición con fondos oficiales. Una medida similar tomó el presidente Julio Argentino Roca al dictar el decreto del 12 de noviembre de 1880.

A raíz de la polémica con Sarmiento, escribe los "*Elementos de derecho público provincial*" y el "*Sistema económico rentístico* (1854) para "interpretar" la Constitución de 1853, cuya influencia algunos se empeñaban en cuestionar.

En el *Sistema Económico Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, impreso en Valparaíso, Alberdi confronta con el modelo colonial hispánico, reivindicando a los "clásicos", que había leído muy bien. En la introducción destaca el principio del *laissez faire, laissez passaire* de los fisiócratas y de Juan Bautista Say, allí realiza una encendida defensa de la que llama "Escuela Industrial de Adam Smith", a la que califica como "doctrina de la libertad", afirmando que a esa y no a otra pertenece la N, no correspondiendo buscar otras interpretaciones.

Durante siete años, entre 1855 y 1862, será diplomático viajero, representando a la Confederación ante varios gobiernos europeos y los Estados Unidos. Entre otros logros, obtiene el reconocimiento de nuestra independencia por España. Al reorganizarse los poderes de la República es separado del cargo, medida que lo entristece y amarga sobremanera. Desde entonces renueva, en todas formas, sus enconados ataques contra Mitre y Sarmiento.

Ya septuagenario, con la rapidez de la juventud (en apenas en cuatro semanas) compone su libro *La República Argentina consolidada en 1880*. En

sus páginas saluda la unidad definitiva conseguida con la federalización de Buenos Aires. Así lo imaginó José Ignacio García Hamilton en *Vida de un Ausente*: "...La Constitución Nacional fue dictada en 1853 pero Alberdi sólo regresó al país en 1879, tras cuarenta y un años de ausencia. Era ya una figura legendaria y arrastraba algo los pies cuando ingresó en el edificio del Congreso de la Nación para acreditarse como diputado por Tucumán. Dos años después, en 1881, viajó hasta Rosario y, al ver los silos del puerto llenos de trigo cosechado por laboriosos inmigrantes italianos y españoles, comprobó que sus sueños de Valparaíso habían empezado a cumplirse: los cereales se exportaban, las instituciones funcionaban, los caudillos se habían extinguido y el trabajo y las libertades elevaban al mundo su canto de esperanza".

El anciano Alberdi pierde a esa altura sus energías polémicas y, ante nuevos ataques de que es objeto, decide volver a su apacible rincón de Francia. Sus últimos años fueron muy penosos; para vivir acepta el cargo de comisario argentino de inmigración en París. Por razones de salud, lo renuncia posteriormente. Soporta unos días espantosos y fallece en una lóbrega casa de sanidad el 19 de junio de 1884, conforme lo acredita el acta de defunción.

Sus *Obras Completas* llenan ocho gruesos volúmenes y las *Póstumas* dieciséis. Entre las últimas se cuenta *El Crimen de la Guerra*, escrita en 1870 y vertida al inglés, libro monumental, de perenne vitalidad, que con *Las bases* harían su reputación entre los más altos pensadores europeos y americanos del siglo XIX.

### **Mi predecesor: Julio Hipólito Guillermo Olivera**

Nació en Santiago del Estero el 11 de junio de 1929 en una familia de origen radical. Murió el 25 de julio 2016 en su casa de la calle Bogotá de la Ciudad de Buenos Aires entre Caballito y Flores. Fue designado académico titular el 6 de marzo de 1964, en vacante producida por el fallecimiento del Doctor Juan Antonio González Calderón. La ceremonia de incorporación tuvo lugar el 20 de abril de 1965, oportunidad en que disertó sobre "Crecimiento Económico y Seguridad Jurídica".

Esa comunicación, al igual que muchas otras, están reunidas en el libro *Economía clásica actual*, publicado por Ediciones Macchi en 1977. El Dr. Julio H. G. Olivera, así firmaba, fue también miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias Económicas desde 1963 y presidente de esta en dos períodos y miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires desde 1972, que presidió en tres ocasiones.

Fue profesor titular emérito de la UBA. Director del Instituto de Investigaciones Económicas y rector de la Universidad de Buenos Aires en tiempos difíciles. Mereció reconocimiento nacional e internacional: miembro titular de la Académie Internationale de Sciences Politiques (París-Ginebra desde 1964). Recibió una condecoración otorgada por el presidente de Francia, General Charles de Gaulle (1964), premio Kónex de Platino en Teoría Económica (1986); profesor honorario de la Universidad de Buenos Aires.

Integró el “Consejo para la Consolidación de la Democracia” creado por el presidente Raúl Alfonsín. Ahí conocí al hombre alto, de gesto adusto que vestía de negro y usaba sombrero, que imponía un gran respeto merced al halo de prestigio que lo rodeaba. Era soltero y no tuvo hijos, aunque dejó una legión de discípulos que siguieron sus enseñanzas y su legado moral.

Me tocó coordinar la comisión que se ocupaba de la reforma económica de la Constitución. Muchos entendían que era necesaria en un país jaqueado por la inflación, en donde las circulares telefónicas del Banco Central habían sustituido a las autoridades legítimas y la deuda externa había crecido sin intervención del Congreso; otros, en cambio, entendían que la amplitud de la cláusulas constitucionales no requerían de cambios y que cualquier modelo económico cabía dentro de la Constitución. El coordinador del Consejo, Carlos Nino se encontraba entre estos últimos, coherente con la idea del presidente de no introducir cambios en la parte dogmática que pudieran generar la resistencia de los sectores conservadores, como ocurriría con el intento de reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires.

El Dr. Olivera estudió las complejas relaciones entre el Derecho y la Economía como disciplinas científicas. Una comunicación presentada en esta Academia en noviembre de 2009 lleva por título “Derecho económico y análisis económico del derecho”. Como todos sus trabajos, es sintético y al mismo tiempo profundo en definiciones con respaldo científico. Concluimos esta evocación citando: “...La disparidad de las dos disciplinas es manifiesta. El Derecho Económico aplica las categorías jurídicas a la actividad económica; el Análisis Económico del Derecho aplica las categorías económicas a las normas jurídicas [...] en el lenguaje matemático [...] son estructuras ‘duales’, una de otra... De esto resulta a su vez un importante vínculo entre la racionalidad ética, propia del Derecho, y la racionalidad técnica o instrumental, inherente al Análisis Económico...”

### **El programa económico de la Constitución Nacional**

El liberalismo reflejado en el texto constitucional de 1853 no se agotó, en una creencia ilimitada en las leyes del mercado. El programa constitu-

cional asignó al Estado un rol motorizador del crecimiento y desarrollo de la nueva nación, Así está expresado con claridad en la “cláusula del progreso” (art. 75, inc. 18, ex 67, inc. 16) cuya redacción corresponde a Juan Bautista Alberdi, representante de la generación del 37, en una propuesta sintetizadora que rescata los valores del federalismo y los aportes del progresismo “rivadaviano”, así aparecen el progreso y la ilustración como nortes fundamentales, junto a la preocupación permanente por “poblar el desierto” y atraer a la inmigración europea.

Tampoco concluye en Alberdi la inspiración del “programa constitucional”. Los constituyentes también conocieron el plan organizativo de Mariano Fraguero que surge de sus dos obras más importantes *Cuestiones argentinas* y *Organización del crédito*. Debe recordarse que el propio Congreso Constituyente dictó como legislatura ordinaria con fecha 9 de diciembre de 1853 la ley conocida como “Estatuto de Hacienda y Crédito”, cuyo autor fue Fraguero. Señala Gregorio Weinberg que Fraguero expresa un fuerte sentido nacional, que define como proteccionista, estatista e industrialista y que se inspiraba, sin dejar de ser demócrata en política, en el socialismo utópico, especialmente de Saint Simòn y Leroux.

Fue así que un país arrasado y despoblado en 1860 pasó en 1940 a ocupar un lugar destacado en el mundo en ingreso *per capita*. Ha señalado Carlos Díaz Alejandro: “La mayoría de los economistas que escribieron en las tres primeras décadas del siglo XX habrían colocado a la Argentina entre los países más avanzados, con Europa Occidental, los Estados Unidos, Canadá y Australia”.

La conveniencia de “constitucionalizar” el mercado fue planteada en Italia, en el Congreso de la Asociación de Constitucionalistas del año 1991, celebrado en Ferrara. En tal oportunidad, el profesor Giuliano Amato, de la Universidad de Roma, —más tarde primer ministro— propuso incorporar al mercado como un “valor constitucional”. En sentido contrario, el profesor Barbera, socialista, sostuvo que el mercado era un concepto económico y no jurídico y que, lo que a la constitución correspondía asegurar, eran los principios de libertad y de libre concurrencia.

El concepto de Economía de Mercado no se agota en el mercado mismo. Este último es solo un instrumento de carácter económico. La economía de mercado, en cambio, es un “sistema”, que a decir del académico Horacio García Belsunce “constituye el único que sirve de garantía al orden jurídico, contrario a la arbitrariedad. Así se llega al orden jurídico, económico y social de la libertad que constituye la esencia de la democracia liberal, implícita en todo sistema republicano de gobierno”.



La Constitución argentina no menciona expresamente al mercado ni al sistema de economía de mercado, como en cambio sí lo hacen otros textos constitucionales comparados. El mismo surge del juego de distintos principios, comenzando por los derechos y libertades de los arts. 14 a 20 en donde se consagra un sistema de propiedad privada inviolable, que admite como únicas restricciones institucionales al poder de imposición proveniente de la tradición inglesa, y a la expropiación por razones de utilidad pública, proveniente de la tradición francesa.

En cuanto a la dimensión territorial, en los arts. 9°, 10, 11 y 12, particularmente, la CN ha procurado la conformación de un solo espacio económico en todo el territorio, estableciendo el principio de la libre circulación interior y la existencia solamente de las aduanas exteriores nacionales, pero eliminando las “aduanas interiores” existentes antes de 1853 y las restricciones para el tránsito y comercio entre dos o más provincias. Los artículos mencionados guardan una coherente relación entre ellos y se vinculan, además, con otras disposiciones de la Constitución, habida cuenta del principio de unidad que rige como pauta para su interpretación.

La integración económica es una de las consecuencias propias del principio de integración constitucional al que se refiriera el alemán Rudolf Smend, al tratar la eficacia integradora de las constituciones modernas.

En la XII reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y de Buenos Aires, en noviembre de 1988, explicaba el académico Olivera que la Constitución Argentina establece un completo sistema de integración económica nacional que incluye tres elementos principales: a) integración normativa; b) integración monetaria; c) integración fiscal.

La “integración normativa” resulta en particular del art. 75, inc. 12, que manda dictar los códigos de fondo y el art. 75, inc. 13 que regula el comercio interjurisdiccional, en tanto que el art. 126 prohíbe a las provincias sancionar leyes sobre comercio. El concepto amplio u “orgánico” de comercio es adoptado por la legislación mercantil.

La “integración monetaria” se expresa en el art. 75, inc. 10 cuando atribuye al Congreso la potestad de hacer sellar moneda y fijar su valor y en el inc. 6° cuando establece un “Banco Federal” con facultad de emitir billetes, el art. 126 priva expresamente a las provincias de esa facultad.

En cuanto a la “integración fiscal”, el territorio de la nación es zona de libre comercio, conforme al art. 10, según el cual la circulación de mer-

caderías está exenta de gravámenes en todo el territorio. El concepto de “circulación”, comprende la totalidad de las operaciones de mercado. Los arts. 11 y 12 completan el sistema, declarando libre de tributos el tránsito de productos y factores de producción en el interior del país.

La facultad de imponer contribuciones al tráfico con otros países está reservada al Congreso federal. Solo existen, por tanto, aduanas externas que son las nacionales. Conforme el art. 75, inc. 1º, los derechos de importación y los aforos correspondientes, deben ser uniformes en toda la nación, en tanto que el inc. 2º establece que las contribuciones directas deben ser “proporcionalmente iguales” en todo el país.

Frente a este argumento, cabe contrastar la forma federal de estado como estructura desconcentrada, de orden público, para el desarrollo del programa económico de la Constitución.

Las tensiones centralistas y anticentralistas se encuentran en el juego de las mismas instituciones diseñadas por la Constitución, que establece el principio de atribución de competencias originarias desde la periferia hacia el centro (art.121), pero que al mismo tiempo se preocupó por el fortalecimiento del Estado Central, al que había que dotar de las mayores facultades que fueran posibles, conforme lo aconsejaba Alberdi desde las *Bases* porque sin rentas no habría ni estado, ni gobierno, ni nación.

La recuperación de la democracia a partir de 1983 permitió mejorar la posición de las provincias, y algunas, como la de Buenos Aires, resignaron sus alícuotas aceptando un nivel más bajo para favorecer a las demás. En 1987 se sancionó la ley 23.548, actualmente vigente, que reemplazó a la anterior 22.021, mejorando sustancialmente la coparticipación primaria a favor del conjunto provincial, en términos cercanos al 50%.

A partir de allí, comenzó a producirse una constante transferencia de actividades desde el Estado central a las provincias, sin la correspondiente contrapartida de recursos. Esta situación, unida al grave déficit provincial como consecuencia del alto endeudamiento originado en general por políticas estatistas sin disciplina fiscal, generó la necesidad de celebrar “pactos” o “acuerdos” entre la nación y las provincias.

El proceso de afirmación del federalismo, impulsado por el cambio conceptual hacia el federalismo cooperativo se ve plasmado en la reforma constitucional de 1994 que tuvo entre sus objetivos el “fortalecimiento del federalismo”, así como en las reformas provinciales que precedieron y que acompañaron a esta.

El federalismo argentino es actualmente más complejo que en el pasado. A la división constitucional clásica entre Estado federal y provincias, debe ahora agregarse el estatus la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129) y los municipios que tienen autonomía (art. 123) aun cuando el grado de su extensión depende de la constitución de cada provincia. A estos cuatro niveles cabe agregar la posibilidad de conformar regiones para el desarrollo económico y social.

La nación y las provincias tienen facultades concurrentes en materia de impuestos indirectos; sin embargo, en la práctica el Estado federal legisla y recolecta los tributos de mayor potencial recaudatorio, acentuándose un desequilibrio en la asignación de ingresos. En tal sentido, fue una cuenta pendiente de la reforma constitucional no revisar el sistema básico de atribuciones antes de avocarse a incorporar la coparticipación que, por el contrario, puede convertirse en un factor de centralización fiscal, como lo ha demostrado nuestra práctica.

La pregunta del millón consiste en saber qué gobernador de provincia o qué legislador está dispuesto a ceder su parte a la provincia de Buenos Aires y, tanto más si se tiene en cuenta que en la última Ley, la coparticipación secundaria no incluía ni a la provincia de Tierra del Fuego ni a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Pero la Constitución no dice que los recursos deban coparticiparse, sino que afirma que los mismos “son coparticipables”, de donde puede interpretarse, como hacemos nosotros, que el sistema federal fiscal no se agota en la Ley de Coparticipación. En los países federales como la Argentina, se trata más bien de reconocer poder de decisión a las provincias y municipios, recogiendo toda una tendencia y evolución del derecho público provincial. Tener clara esa diferencia hará que no se distorsionen los principios incorporados a la Ley Fundamental.

En este escenario, el inc. 8º del art. 75 cobra un papel central cuando manda al Congreso “fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el párrafo 3º del inciso 2º de este artículo, el presupuesto general de gastos y el cálculo de recursos de la administración nacional, sobre la base del programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión”.

Conforme al art. 20 de la ley 24.156 de Administración Financiera y Control de Gestión, “las disposiciones generales de la ley de presupuesto no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos”. Sin embargo, en la práctica se han vulnerado reiteradamente esos términos.

En el año 2006 fue sancionada la ley 26.124 que reformó el art. 37 de la Ley de Administración Financiera, otorgando una autorización al jefe del gabinete de ministros para disponer reestructuraciones presupuestarias dentro del total aprobado por cada presupuesto. El año pasado, el Congreso de la Nación fijó un límite porcentual a esa facultad, achicando el margen de discrecionalidad.

Sin embargo, desde mediados de la década de los noventa a la actualidad, se ha evidenciado un incremento en la práctica de dictar decretos de necesidad y urgencia en materia presupuestaria.

La clave para la interpretación sana de la Constitución no solo se encuentra en los límites a los gastos y el control de su gestión, sino en la verificación de que en las autorizaciones para gastar se respeten los derechos y garantías consagrados en la CN. El presupuesto debe mostrar en qué gasta el Estado como garante del bien común.

Señalaba Alberdi: “...Todo dinero público gastado con otros objetos que no sean los que la Constitución señala como objetos de la asociación política argentina, es dinero malgastado y malversado [...] Encerrado en ese límite el tesoro nacional, como se ve, tiene un fin santo y supremo”.

El art. 4° es la “caja” general, que expresa cómo se forman los fondos del tesoro. Lo redactó Benjamín Gorostiaga y recibió la crítica de ser extraña y poco funcional su ubicación en la “parte dogmática”, debiendo estar en la parte “orgánica”. De todos los recursos del tesoro que allí se enumeran, Alberdi prefería a los empréstitos.

La interrelación existente entre el sistema de crédito público y el sistema presupuestario ha sido destacada por el Dr. Alberto García Lema resaltando la importancia de la “programación”, comprensiva de deuda pública cuyos servicios de intereses y amortizaciones de capital deben realizarse, usualmente, en un número determinado de ejercicios futuros.

En la práctica, se ha echado mano del crédito público como medio de financiamiento para distintas actividades que no son las específicamente previstas en la Constitución y leyes reglamentarias.

El primer *default* o incumplimiento de pagos en el exterior se remonta a 1890, durante la Presidencia de Juárez Cellman que dio lugar a la llamada “crisis de la Baring Brothers”, empréstito contraído por Bernardino Rivadavia. En esa oportunidad, Carlos Pellegrini superó exitosamente la crisis, reconociendo la deuda y acordando posponer los pagos hasta finales del decenio.

El final de la historia reciente es la ley 27.249 que derogó la Ley Cerrojo, produciendo un cambio a una prolongada tendencia incumplidora, para que el país vuelva a insertarse en los mercados internacionales de crédito. La ley creó en el Congreso de la Nación una Comisión Permanente de Seguimiento, pero es menester que la misma funcione.

Advertía Alberdi que "... será preciso que los gobiernos argentinos sean muy ciegos para que desconozcan que faltar a sus deberes en el pago de los intereses de la deuda, es lo mismo que envenenar el único pan de su alimento, y suicidarse; es algo más desastroso que faltar al honor, es condenarse a la bancarrota y al hambre..."

También le preocupaba que las leyes que denominaba "orgánicas" siguieran los principios económicos de la Constitución sin desnaturalizarlos.

En octubre de 1866, Vélez Sarsfield le envió a Alberdi un ejemplar del primer y segundo libro de su proyecto de Cód. Civil. Cuando este supo que su colega utilizaba como referencia principal de su norma el anteproyecto de Cód. Civil para el Imperio del Brasil, el *Esboço*, de Augusto Teixeira de Freitas, no le gustó en absoluto. Y no se privó de decirlo: "Yo debo el ejemplar que tengo del Proyecto de Código Civil para la República Argentina a un galante origen, un regalo de su eminente autor, mi antiguo amigo. Esta circunstancia debería bastarme para abstenerme de hacer su crítica, si se tratase de criticar un mero trabajo literario. Pero ante una obra destinada a convertirse en Constitución civil de mi país, mi abstención no tendría sentido a los ojos de los que me han visto pasar lo más de mi vida ocupado en estudiar las bases de su organización nacional".

Después de estas palabras, lo descalificó sin miramientos. A su juicio, no podía quedar la revolución en la Constitución y el antiguo régimen en la legislación civil; la democracia en el régimen del estado, y la autocracia en el sistema de la familia". Alberdi creyó que la Constitución moriría desangrada en manos del Cód. Civil.

Lo manifiesta en el "Sistema económico y rentístico" y en el escrito que redactó en noviembre de 1867 "El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil, carta dirigida a sus compatriotas y amigos". Allí advertía el conflicto aún no resuelto entre una Constitución federal basada en el modelo de los Estados Unidos y una legislación civil de origen europeo.

Vélez Sarsfield usó en su respuesta el mismo tono con el que fue atacado: "El doctor Alberdi ha escrito sobre mi proyecto de código, por sólo la

manía con que nació, de escribir folletos”. “No le da al método importancia en la legislación, lo cual es muy conforme a todo lo demás que escribe sobre códigos...”

Y, luego de reseñar los antecedentes, desde Justiniano a Napoleón que ha usado en su proyecto, expresa: “Ni en Roma ni en Constantinopla ni en París, los profesores de la ciencia jamás oyeron que hubiese algún tratado de obligaciones democráticas, de contratos democráticos, de códigos democráticos o de códigos de libertad”.

Más allá de las diferencias, el llamado “folleto de Alberdi”, como le decía Vélez, tuvo mucho de razón. Fue el primero que señaló la importancia de que la legislación civil esté de acuerdo con la Constitución, en cuanto los derechos y garantías que contiene y también cuanto al control que los jueces hacen de la constitucionalidad de todas las normas inferiores a ella.

Nuestra constitución “histórica” tiene una vertiente demo-liberal, en tanto que el constitucionalismo social se manifestó en la reforma de 1957, recogiendo la experiencia constitucional de 1949 y la legislación social que la precedió, así como en los aportes de la Doctrina Social de la Iglesia.

La reforma de 1994 reforzó notablemente los principios del Estado social de derecho, los cuales se manifiestan en la redacción del art. 75, en cuyos incisos se encuentra desarrollado el “núcleo ideológico” de la reforma. Allí sobresale el nuevo inc. 19 que contiene la llamada “cláusula del nuevo progreso” o del “progreso económico y social”, en el que se consagran principios liminares, como el “desarrollo humano” o el “crecimiento económico con justicia social”.

Tales incorporaciones lo son sin mengua de las declaraciones, derechos y garantías, provenientes del constitucionalismo clásico y afirmativas de nuestro liberalismo igualitario.

En esa dirección es que corre la incorporación del capítulo “Nuevos derechos y garantías”, abarcativo de los arts. 36 a 43 del texto constitucional reformado, en donde se consagraron los llamados *derechos de participación* y los *derechos de incidencia colectiva*, como el derecho a un ambiente sano y equilibrado y los derechos de los usuarios y consumidores; temas que forman parte de las novedades incorporadas por el Cód. Civil.

Así se destaca el texto del art. 42 CN cuando al regular la competencia atiende al control de los monopolios legales y naturales. Al preocuparse por regular el “buen mercado”, evitando las conductas monopólicas,

el constituyente defendió el modelo de economía de mercado, que encuentra fundamento en la libre iniciativa individual del modelo originario.

Es por eso que, al preguntarnos cuál es el modelo económico de la Constitución y que, a diferencia de otros sistemas, la nuestra no define con precisión, nosotros sostenemos que, dentro del sistema capitalista, nuestro constituyente reformador eligió una modalidad de capitalismo que se basa en la iniciativa privada como principio pero que se encuentra solidariamente orientado.

El constituyente reformador argentino se inclinó por un capitalismo de “rostro humano” que se ubica en el máximo nivel axiológico de la Constitución, como programa de gobierno y como *carta de navegación*. Debe entenderse al Cód. Civ. y Com. como una ley reglamentaria de la Constitución especialmente, del capítulo de los “Nuevos derechos y garantías” en los términos del carácter de legislación general o legislación común que establece el art. 75, inc. 12 de la norma fundamental.

La adecuación del Cód. Civ. y Com. al texto de la CN reformada como uno de los fundamentos del proyecto, constituye un propósito no solamente loable, sino también una necesidad de dar coherencia a nuestro ordenamiento. Según la lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del estado democrático de derecho.

Por esa misma razón es de extrañar que la reforma del Cód. Civil no haya incluido principios protectorios de la sustancia del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos, ni reglamentado el alcance de la función social de la misma, ni contemplado la complejidad de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos, ni tampoco haya enfatizado en la protección de la seguridad jurídica, ni haya reforzado en las numerosas normas procesales que incluye, mecanismos de protección que eviten la repetición de conocidas experiencias como la apelación a la emergencia y que continúan ausentes en la legislación formal argentina.

Un sistema de economía de mercado requiere para su funcionamiento un marco de seguridad y certeza para que los contratos se cumplan. La “previsibilidad” a la que hacía referencia Max Weber es consustancial a la idea racionalista del mercado. En un modelo de competencia, la certeza en las relaciones interindividuales, la seguridad en la expectativa de comportamiento, la delimitación clara entre lo lícito y lo ilícito se en-

cuentran presentes por propia definición. También supone la libertad de acción y de decisión de los agentes económicos que solo se realiza en un marco jurídico que se denomina estado de derecho.

Entre 1853 y 1930, el período de mayor crecimiento económico de la Argentina es el que coincide con el mayor grado de acatamiento y cumplimiento de la Constitución. A partir de allí, con la crisis de Wall Street y con la interrupción de la continuidad institucional, los caminos se bifurcan sin encontrar su cauce. Las necesidades de la economía llevaron muchas veces a la apelación a la emergencia, que fue una manera de salir “por la ventana de la Constitución”.

La inseguridad jurídica reconoce su causa principal en los incumplimientos y desbordes de los aspectos sustanciales del sistema político, que es menester acatar para afirmar el estado de derecho. No habrá inversión ni ahorro si no se respeta la propiedad. En la Argentina ha habido demasiadas “emergencias”, tantas que ya no se sabe dónde está la “normalidad” y dónde está la “anormalidad”.

El mayor despojo lo constituyó la emisión monetaria como forma de financiar a un Estado ineficiente. Según un recordado estudio de FIEL sobre “El gasto público en Argentina”, esta ascendió a 3127 millones de dólares promedio por año entre 1960 y 1983.

El gravísimo ataque al derecho de propiedad, a la igualdad, a la confianza de los ahorristas al sistema financiero, al crédito de la nación, y, en definitiva, a la seguridad jurídica se sustentó en razones de excepcionalidad y de emergencia.

El recuerdo reciente de los tiempos turbulentos de la “pesificación” y del “corralito” que originó los fallos “Smith”, “Provincia de San Luis”, “Bustos”, “Massa” y “Rinaldi”, entre otros merecieron el estudio meduloso de muchos autores entre quienes se destacan Antonio María Hernández, Julio César Rivera, Emilio Ibarlucía, Alberto Bianchi, Gregorio Badeni, Juan Carlos Cassagne y María Angélica Gelli.

Mientras tanto la sociedad y la comunidad jurídica esperaban una decisión de fondo sobre el derecho de propiedad. Pero las circunstancias favorables de la economía hicieron que el problema no fuera resuelto sino disuelto a través de la denominada doctrina del “esfuerzo compartido”.

La CS ha realizado un esfuerzo por encuadrar la emergencia “dentro” y no “fuera” de la Constitución. Tales esfuerzos se lograron con un marcado forzamiento de instrumentos jurídicos que se colocaron en el límite de la



---

frustración de derechos constitucionales. El resultado negativo ha sido en términos de seguridad jurídica.

Algunos de estos malos recuerdos se han corregido y otros se están corrigiendo, pero dejaron sus secuelas y sabido es que la confianza no se recupera de un día para el otro.

La claridad de reglas de juego en un marco jurídico, político y económico estable representa el mejor estímulo a la inversión y a la llegada de capitales. Empezamos con Alberdi y finalizamos con Alberdi: "...Esos medios de protección, esos principios de estímulo no son otros que la libertad, la seguridad, la igualdad, asegurados a todos los que, habitantes o ausentes del país, introduzcan o establezcan en él sus capitales [...] proteger el capital por los medios designados en la Constitución, es dejarle amplia y entera libertad de acción y de aplicación, es darle seguridad para su principal y para sus beneficios e intereses, es colocarle contra el amparo de la arbitrariedad, contra los privilegios y monopolios de todo género..."

Lección que el tiempo no apagó, sino que luce vigente, y debemos asumir con imaginación y perspicacia.

Muchas gracias. ◆



# PALABRAS DE APERTURA

POR JORGE R. VANOSSI (\*)

Nació en Mazatlán, México, el 8 de mayo de 1945. Cursó la licenciatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Clásica de Lisboa y en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; obtuvo su doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, donde recibió el Premio Extraordinario.

Ingresó al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM como becario, en 1968, y como ayudante de investigador en 1970, y fue, a partir de allí, investigador titular de tiempo completo y permanente.

Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, ha dictado clases en la Facultad de Ciencias Políticas y en el Instituto Tecnológico Autónomo de México y ha sido profesor visitante en la Universidad de Guadalajara y en la Universidad Externado de Colombia.

En la Universidad Nacional, ha desempeñado numerosos cargos. Entre otros, director de la *Revista de la Universidad*, abogado general y coordinador de Humanidades. Y fue designado en el alto cargo de director del prestigioso Instituto de Investigaciones Jurídicas el 1/09/1998.

Es autor de numerosos libros, entre ellos “La Dictadura Constitucional en América Latina”; “La UNAM, Formación, Estructura y Funciones”; “La Constitución Reformada”; “El Derecho Académico en México”; “Constitución y Política”; “Derecho de la Educación (McGraw Hill, 1997)”; “El Control del Poder”; “Constitución y Democracia”; “Problemas constitucionales del Estado de Derecho”, etcétera.

Además, es coautor de otros 14 estudios y ha publicado más de 100 ensayos en diversas revistas especializadas nacionales y extranjeras.

Ha participado de diversos congresos y seminarios en América, Europa y África, y ha dictado conferencias en universidades mexicanas

---

(\*) Discurso de recepción del Académico Correspondiente en los Estados Unidos Mexicanos doctor Diego Valadés, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 1 de noviembre de 2017.

y extranjeras de Argentina, Brasil, Colombia, España, Estados Unidos, Guatemala y Suecia.

Es miembro del Instituto de Derecho Político y Constitucional de nuestra Universidad Nacional de la Plata; del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba; de la Academia Brasileira de Letras Jurídicas; del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados; de la Academia Mexicana de Ciencias; de la Abogacía Española; de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; de la Sociedad Europea de Cultura –Société Européenne de Culture. Es actualmente el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entidad de prestigio y actuación mundial que dirige con genial maestría.

Ha sido objeto de diversas distinciones, entre ellas: la Cruz del Mérito a la Investigación Jurídica; del Instituto Mexicano de Cultura; la Cruz del Mérito Legislativo; de la Asociación Nacional de Abogados; la Gran Cruz Antonio José Irisarri; del gobierno de Guatemala, y es Profesor Distinguido de la Universidad Mayor de San Marcos, en Lima, Perú.

Su actuación pública es vasta y abarca funciones de alta jerarquía, como diputado federal en la LIII Legislatura; procurador general de la República; ministro de la Suprema Corte de Justicia de México y embajador de México en Guatemala.

Fue designado académico correspondiente de nuestra Academia el 11/08/2016, a propuesta de los académicos Rodríguez Galán, Badeni, Funes de Rioja y Vanossi. ◆

# LA CONSTITUCIÓN MEXICANA EN EL CONTEXTO DE LAS MÁS LONGEVAS EN VIGOR

POR DIEGO VALADÉS (\*)

Sumario: Preliminar. 1. Las constituciones más longevas; 2. Contexto del constitucionalismo longevo; 3. México y su Constitución centenaria; 4. Futuro de la Constitución mexicana; 5. Balance de las constituciones longevas; 6. Consideraciones finales.

## **Preliminar**

Son muchas las décadas a lo largo de las cuales se ha construido y vigorizado un fecundo y fraternal diálogo entre constitucionalistas argentinos y mexicanos. La presencia de unos y otros se ha multiplicado en los espacios académicos, en la producción editorial, en las elaboraciones legislativas y en las consideraciones jurisdiccionales.

Guardo en la memoria el momento fundacional del Instituto Iberoamericano. En 1974, a iniciativa de Jorge Vanossi, luego acompañado por otros eminentes colegas argentinos, más los mexicanos Héctor Fix-Zamudio, Jorge Carpizo y yo, iniciamos en Buenos Aires la formación de ese Instituto. Muy pronto se consolidó una intensa relación intelectual y humana. Por eso es tan relevante para mí formar parte de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, a la que ofrezco estas reflexiones acerca de la centenaria Constitución de mi país.

## **1. Las constituciones más longevas**

De los 193 Estados que integran la Organización de las Naciones Unidas, México cuenta con la octava Constitución vigente más longeva. Son más antiguas las de Reino Unido (1689), Estados Unidos (1789), Noruega

---

(\*) Disertación pronunciada por el Académico correspondiente, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 1 de noviembre de 2017.

(1814), Países Bajos (1815), Bélgica (1831), Canadá (1867) y Luxemburgo (1868). Si solo se computan las constituciones republicanas, la mexicana es la segunda más antigua del orbe.

Otras constituciones añosas son la de Argentina y Suiza. Sin embargo, la Constitución argentina de 1853 fue reformada de manera radical en 1994 y en la actualidad se identifica por esta última fecha. Sin duda fue objeto de cambios trascendentes, pero su estructura y numerosos preceptos proceden de la norma liberal de 1853.

Otro tanto sucede con la Constitución suiza de 1874, cuya refundición y reforma dieron lugar a la que ahora es datada en 1999. La Constitución de 1874 fue modificada en alrededor de ciento cincuenta ocasiones.(1) Al acercarse al siglo de vigencia se consideró conveniente un ajuste completo y, después de treinta años de trabajo, su texto fue refundido en 1999 sin que se le hicieran cambios drásticos al contenido. Mediante este ejercicio se actualizó su redacción para hacerla más clara y se incorporaron a la norma escrita algunas reglas que operaban de manera consuetudinaria. Aun cuando las novedades fueron pocas con relación a lo que ya se aplicaba, el texto reordenado fue aprobado mediante referéndum como una nueva Constitución.

Esas ocho constituciones, como suele suceder con la mayor parte, han experimentado cambios importantes a lo largo de su vigencia. Las circunstancias de que la británica hunda sus raíces en la Edad Media, la estadounidense proceda del siglo de las luces, cinco más hayan sido producidas en el siglo XIX y que la mexicana corresponda a los albores del siglo XX hacen que cada una obedezca a un proceso evolutivo distinto, sin que esto afecte la similitud de objetivos: definir los derechos fundamentales y sus garantías, regular las relaciones entre gobernados y gobernantes y establecer la estructura y el funcionamiento de los órganos del poder.

Cada Constitución ha obedecido a un modelo de ajustes diferente, adecuado a su propio entorno social y cultural. Hay un rasgo importante que comparten esos sistemas constitucionales con excepción del mexicano: la relevancia constitucional de las resoluciones jurisdiccionales y de las prácticas políticas y administrativas. Estos han sido factores de acoplamiento con la realidad que generan un puente de intercambios con el entorno que hace muy adaptativos los sistemas. La base de tal interacción es la confianza en las instituciones y el resultado se traduce en la convergencia de la norma con la normalidad. La excepción mexicana tiene un fuerte ingrediente de desconfianza interpersonal e institucional. Diversos

---

(1) Cfr. FLEINER, Thomas *et al.*, *Swiss Constitutional Law*, Berna, Kluwer, 2005, p. 24.

estudios han identificado que, en las sociedades más heterogéneas por su composición étnica, religiosa y lingüística, el derecho es un factor de cohesión más eficaz que en las sociedades de mayor homogeneidad en esos rubros.(2)

El origen de esas ocho constituciones también presenta similitudes. En la mayoría de los casos están vinculadas a procesos de independencia o a procesos revolucionarios. La británica está asociada a la Revolución Gloriosa y la de México a la Revolución de 1910; las de Estados Unidos y Canadá a su separación de Gran Bretaña; la de Países Bajos a su independencia como efecto de la derrota de Francia y del Congreso de Viena; la de Bélgica a su escisión de Países Bajos; la de Luxemburgo al otorgamiento de su independencia ante la crisis entre Francia y Prusia.

## 2. Contexto del constitucionalismo longevo

Aunque la voz *constitución* se utilizaba desde la antigüedad romana y se retomó en la Edad Media y, a pesar de que se identifica a la Carta Magna de 1215 como la primera Constitución formal, en realidad el concepto moderno de Constitución es posterior. Surgió en Inglaterra a raíz de la Revolución Gloriosa y dio lugar a que, durante el siglo XVIII, en diversas lenguas europeas se adicionaran las voces *constitucional*, *constitucionalismo*, *constitucionalista* y, bastante después, *constitucionalidad*.

Una característica compartida por siete de las ocho constituciones es que su desarrollo permitió la consolidación de democracias robustas. Debe tenerse presente que, con su adaptación al cambio social y cultural, las constituciones fueron incorporando las bases de las libertades individuales y públicas. Es lo que ocurrió, por ejemplo, con la proscripción de la esclavitud, que algunas constituciones habían aceptado en su origen.(3) Otro tanto fue ocurriendo cuando de manera progresiva depuraron los procedimientos electorales, adoptaron la responsabilidad política de los gobiernos, descentralizaron el ejercicio del poder, otorgaron derechos a las minorías y desarrollaron los sistemas jurisdiccionales, incluyendo los correspondientes a la justicia constitucional. En el elenco de las ocho constituciones más antiguas del planeta, solo a la mexicana le falta un tramo importante en materia de instituciones democráticas.

Los textos y costumbres que integran la Constitución británica han recorrido diferentes etapas. Algunos aspectos proceden de la Edad Media y

---

(2) KAHN, Paul, *The cultural study of law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1999, pp. 9 y ss.

(3) Véanse los arts. I, sección 9.1 y IV, sección 2.3 de la Constitución de Estados Unidos.

otros de la época Tudor, pero una de las normas fundamentales escritas es la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*, 1689), algunos de cuyos preceptos continúan en vigor. Entre los textos constitucionales figuran asimismo la Ley de Sucesión (*Act of Settlement*, 1701) y la de Unión con Escocia (*Act of Union with Scotland*, 1707). Otras muchas leyes promulgadas a lo largo de los siglos XIX y XX, relativas a la Corona, al Parlamento, a la justicia y al sistema electoral, componen la variada serie de disposiciones formales que, al lado de las informales, integran la Constitución británica.

En cuanto a la Constitución de Estados Unidos, con excepción de las diez primeras enmiendas que introdujeron un amplio elenco de derechos fundamentales, y de la proscripción constitucional de la esclavitud en 1865, todas las demás reformas han correspondido a ajustes institucionales que no han alterado el modelo original. Las modificaciones formales son solo veintisiete, si bien muchas más se han operado a través de las decisiones jurisdiccionales e incluso algunas se deben a las prácticas institucionales. Por ejemplo, las facultades de investigación del Congreso no figuran en la Constitución y son el resultado de prácticas políticas que acabaron siendo aceptadas como parte del sistema de libertades y de responsabilidades que establece la propia norma suprema.(4)

El desarrollo y la adaptación de la Constitución estadounidense obedece a un procedimiento formal, utilizado en Europa continental, que se combina con mecanismos consuetudinarios y con la interpretación jurisprudencial. De esta manera, la adecuación del texto original se produce sobre todo por medios informales. Esto explica que de las cerca de diez mil reformas propuestas solo hayan prosperado veintisiete.(5) Las reformas formales requieren el voto favorable de dos tercios de cada cámara, y de tres cuartas partes de los congresos locales, aunque también está prevista la posibilidad de una convención susceptible de ser convocada por dos tercios de los Estados. Hasta ahora la reforma adoptada de manera más expedita ha sido la 26ª, para permitir el voto a partir de los dieciocho años de edad, que entró en vigor en 1971 y cuya ratificación tomó apenas tres meses, en tanto que la siguiente reforma, la 27ª, relativa a las percepciones de los legisladores, tomó 203 años para ser ratificada por los Estados.(6)

---

(4) La primera comisión de investigación del Congreso fue integrada por la Cámara de Representantes en 1792 para esclarecer la derrota del general Arthur St. Clair por parte de la tribu Miamis. Cfr. KILLIAN, John (editor), *The Constitution of the United States*, Washington, Senado de Estados Unidos, 1997, p. 86.

(5) LIEBERMAN, Jethro K., *The Evolving Constitution*, Nueva York, Random House, 1992, p. 50.

(6) El proceso de ratificación de la enmienda 26ª inició el 23 de marzo de 1971 y culminó el 1º de julio del mismo año; en el caso de la enmienda 27ª, principió el 25 de septiembre de 1789 y concluyó el 5 de mayo de 1992.



En el caso de Noruega, la Constitución tuvo una orientación democrática y social desde su inicio. El art. 107 disponía la protección de los derechos alodiales, señalando que contribuyen al beneficio del Estado y al bienestar de la población rural. El alodio representaba una importante excepción al régimen feudal de propiedad, por lo que se le conocía como «tierra libre» y, sin duda, suponía un avance social significativo en Europa continental. Aunque la Constitución es monárquica, proscribió la creación de señoríos y baronías a partir de su promulgación. En cuanto al derecho de expresión, el art. 107 dispone desde hace más de dos siglos que todos pueden hablar de manera franca y libre acerca de la administración y el gobierno.(7)

En el orden político, la Constitución noruega prevé la responsabilidad política de los miembros del gabinete desde 1814 (art. 5º), y el Consejo de Estado, equivalente al órgano de gobierno, aprueba las propuestas de nombramientos oficiales (art. 21). Las normas de mayor desarrollo democrático y social se fueron incorporando de manera paulatina y hacen de Noruega uno de los mejores ejemplos de una democracia social contemporánea, basada en su prestigiada Constitución bicentenaria.(8)

Países Bajos construyó su Constitución a partir de una amplia experiencia republicana de descentralización política y administrativa y de independencia del aparato jurisdiccional(9). El principal objetivo de la Constitución de 1815 fue fundar la monarquía de la casa Orange-Nassau (art. 24), que contó con un Consejo de Estado que procedía de la época de Carlos V, en 1531, además de la unificación con Bélgica, por entonces perteneciente a Austria. Este fue el diseño territorial adoptado por el Congreso de Viena. En los Estados Generales (parlamento), denominados así desde 1464, se introdujo el sistema bicamaral para dar cabida a una «Cámara de Notables», cuyos integrantes era designados por el rey, y otra de base electoral indirecta para auspiciar la representación regional. Pocos años después, en 1823, fue introducido el Consejo de Ministros.

El gran giro democrático de la Constitución neerlandesa se produjo en 1848, al introducir la responsabilidad política de los ministros, la elección directa de la segunda cámara y la elección indirecta de la primera. Asimismo-

---

(7) PÉLASSY, Dominique, *Qui gouverne en Europe?*, Paris, Fayard, 1992, pp. 132 y ss.

(8) Castles, Francis G., "Scandinavia: the politics of stability", en Macridis, Roy (editor), *Modern political systems. Europe*, N. Jersey, Prentice-Hall, 1987, pp. 251 y ss.

(9) Cfr. KRAAN, Karel, "The Kingdom of the Netherlands", en PRAKKE, Lucas y KORTMANN, Constantijn (editores), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer, Kluger, 2004, pp. 591 y ss.

mo, se ampliaron de manera considerable los derechos fundamentales y las atribuciones parlamentarias.

Bélgica se caracteriza por una Constitución sucinta y bien redactada. Desde su primera Constitución adoptó un sistema liberal en materia religiosa, imponiendo la neutralidad del Estado en la relación con el culto (arts. 14, 15 y 16). En cuanto al régimen de gobierno, racionalizó el ejercicio del poder monárquico adoptando el principio de la responsabilidad política de los miembros del gobierno (art. 63).

La principal tendencia evolutiva de esta Constitución está marcada por un federalismo muy dinámico, desencadenado a partir de 1968 con la creación de tres regiones, continuado en 1980 y culminado en 1993 al otorgar a las comunidades y regiones autonomía incluso en materia de política internacional. La Constitución ha sido utilizada como un instrumento eficaz para mantener las bases mínimas de la cohesión nacional, absorbiendo con destreza las tensiones que han amenazado con romper la unidad del Estado.<sup>(10)</sup>

Otra disposición que ha sido esencial para preservar la vigencia de esa norma, que se aproxima a su segundo centenario, es el art. 198, adicionado en 1993. Conforme a este precepto, se facultó al Parlamento para que, sin tener que aplicar el complejo mecanismo de la reforma constitucional, pueda proceder a modificar el orden de los preceptos y de sus subdivisiones, e incluso a modificar la terminología constitucional para darle uniformidad y coherencia. Gracias a esta norma fue posible refundir o reordenar el texto e imprimirle la lozanía de una Constitución contemporánea.

De los 139 artículos originales, la actual norma suprema belga pasó a 201. Si se cotejan la antigua y la nueva redacción, se verá que son textos distintos en cuanto a su contenido. pero los belgas optaron por no interrumpir la permanencia simbólica de su primera Constitución. Es un caso de adaptabilidad sin solución de continuidad que ha permitido sortear rupturas traumáticas sin obstaculizar el progreso institucional.

Canadá presenta un caso especial en cuanto a su Constitución, pues fue adoptada en 1867 por el Parlamento británico. El *British North America Act* estableció al Estado canadiense con una independencia parcial. El poder ejecutivo siguió depositado en el monarca británico y, lo más importante, el Parlamento de Westminster conservó la facultad de reformar el documento constitutivo canadiense. Fue en 1982 cuando cambió el

---

(10) Ver VERDUSSEN, Marc, *La Constitution Belge*, Bruselas, Le Cri, 2004, pp. 23 y ss.

nombre oficial de aquel decreto por *Constitution Act* y cuando, a solicitud del Parlamento canadiense, el Parlamento británico accedió a transferir a Canadá el derecho de reformar su Constitución. Esta singular decisión se basó en la exigencia canadiense de *patriar* su potestad constituyente. La expresión *patriation* (*patriación*) fue acuñada en Canadá, en inglés y en francés, en los años setenta del siglo pasado, y no existe en ninguna otra lengua. Denotaba la demanda de ejercer la facultad soberana de constituirse por decisión propia.(11)

El peculiar origen de la Constitución canadiense tuvo varias consecuencias. Por un lado, el país no cuenta con un documento único que contenga todas las reglas de organización y funcionamiento de los órganos del poder, y además dio lugar a costumbres constitucionales con relación a instituciones que no están reguladas de manera formal. Por ejemplo, las figuras del primer ministro federal (*prime minister*) y de los ministros principales (*first ministers*) de las diferentes provincias no aparecían en el texto constitucional de 1867 y en el de 1982 solo reciben una mención accidental, sin precisar su procedimiento de investidura ni sus funciones.

Al trasladar el poder constituyente ordinario a Canadá, se adoptó uno de los procedimientos de reforma constitucional más complejos de los existentes en la actualidad.(12) Esto explica que el país tenga una Constitución que procede del siglo XIX, aunque la estructura actual del poder y de sus relaciones con los gobernados diste mucho de ser hoy como fue entonces.

Luxemburgo presenta un caso de reordenación constitucional análogo al belga y al suizo. El texto original es de 1868 y corresponde al de su cuarta Constitución formal. La primera fue una carta otorgada en 1841 por el rey de Países Bajos; la segunda en el orden formal fue, en realidad, la primera adoptada por una asamblea constituyente propia, en 1848, y se acopló a la corriente liberal de la época. En 1856 se produjo una recaída monárquica tradicionalista que fue superada de manera definitiva por el establecimiento de la monarquía constitucional en 1868, con la norma suprema todavía en vigor.(13)

---

(11) Véase DODEK, Adam, *The Canadian Constitution*, Toronto, Dundurn, 2013, pp. 26 y ss.

(12) DODEK, Adam, "Uncovering the Wall surrounding the castle of the Constitution: judicial interpretation of part V of the Constitution Act, 1982", en Macfarlane, Emmett, *Constitutional Amendment in Canada*, Toronto, University of Toronto, 2016, pp. 42 y ss.

(13) THILL, Jean, "The Grand Duchy of Luxemburg", en Prakke, Lucas y Kortmann, Constantijn (editores), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Deventer, Kluger, 2004, pp. 543 y ss.

Como en el caso de Bélgica, el texto luxemburgués de entonces y el actual difieren en todo. Fueron abolidos los tratados secretos; se estableció el sufragio directo y se le otorgó ese derecho a la mujer; se incorporó el derecho al trabajo, a la seguridad social y a la sindicalización; la educación primaria se volvió obligatoria y gratuita; fue modificada la integración del Parlamento e introducida la representación proporcional; quedó abolida la pena de muerte; se aceptó la autoridad supranacional de los órganos europeos; surgieron la Corte de Cuentas, el Tribunal Constitucional, el Consejo Económico y Social, las cámaras profesional y de comercio, y —en materia política— se transitó de manera paulatina de la monarquía arcaica reintroducida en 1856, a un sistema parlamentario moderno. Al igual que en el caso belga, se ha seguido un camino largo que ha permitido construir una Constitución nueva sin generar el rechazo por parte de una sociedad de tendencia conservadora.

### 3. México y su Constitución centenaria

Como señalé más arriba, México cuenta con la octava Constitución más antigua del planeta, y con la segunda más longeva de un sistema republicano, precedida solo por la estadounidense. Al llegar a su centenario, había sido objeto de 232 decretos de reforma que modificaron 702 veces 114 de sus 136 artículos.<sup>(14)</sup> En otras palabras, solo veintidós de sus preceptos permanecían intocados al momento de cumplir cien años.

Esa circunstancia ha propiciado numerosas opiniones que asocian el número de artículos modificados con lo que se tiende a llamar “parches constitucionales”. Si entendemos por *parche* una cosa sobrepuesta que desdice a la principal, la expresión además de peyorativa es técnicamente inexacta. Examinando reforma por reforma es difícil encontrar las que puedan considerarse superfluas. Un recuento breve lleva a advertir que, sin las reformas introducidas, no habría derecho al voto para la mujer, ni seguridad social, corte constitucional, representación política proporcional, objetividad electoral, igualdad jurídica de mujeres y hombres, vivienda social, acceso a la información, mar patrimonial, y tampoco se habrían actualizado instituciones como las referidas a los derechos humanos, al juicio de amparo, al sistema universitario autónomo, a la tenencia de la tierra, a la distribución federal de competencias, a la organización municipal, a la supremacía del Estado con relación a las iglesias y a la caracterización del Estado laico. Son ejemplos de lo que se ha logrado merced a los cambios constitucionales.

---

(14) Los datos incluyen las últimas reformas constitucionales, por lo que están actualizados hasta el 15 de septiembre de 2017.

El problema de las reformas en México está en la técnica adoptada para procesarlas, que presenta al menos dos problemas: por un lado, se pretende la exhaustividad en la redacción de cada reforma, propiciando un estilo reglamentario dentro de una norma que debería ser muy general; por otra parte, esa forma de escribir la Constitución ocasiona que cada cambio ulterior implique modificar la redacción de numerosos preceptos. Por ejemplo, la reforma de enero de 2016 acerca del régimen jurídico de la ciudad de México implicó modificaciones en el texto de cincuenta y dos artículos constitucionales. Esto significa que, pese a consistir en una sola reforma, representó casi el 8% del total de los artículos modificados en noventa y nueve años. La reforma al poder judicial del 31 de diciembre de 1994 involucró veintisiete preceptos; la realizada en materia de responsabilidades oficiales el 28 de diciembre de 1982 afectó quince artículos. Los casos de este género pueden multiplicarse, pero con esto se muestra que tan solo tres cambios requirieron modificar noventa y cuatro artículos constitucionales, lo que corresponde al 14% del total de los registrados en un siglo.

En un sentido diferente, hay casos como el del art. 52, que fijaba la base poblacional requerida para elegir a cada uno de los diputados federales. Este precepto tuvo que ser adecuado a los datos censales en seis ocasiones, hasta que en 1977 la Constitución determinó un número preciso de trescientos diputados de mayoría para integrar la Cámara correspondiente, con independencia de la composición demográfica de los distritos.

La escritura de la Constitución ha variado con el tiempo. Durante la primera etapa, de plena hegemonía de partido, las reformas eran muy puntuales; en la segunda etapa, de transición hacia la democracia, las fuerzas opositoras exigieron un mayor desarrollo en el contenido de la Constitución para no quedar expuestas a que los acuerdos fueran matizados o incluso modificados por el partido mayoritario en la legislación ordinaria; la tercera fase se dio cuando el propio partido hegemónico advirtió que se aproximaba el momento de perder la mayoría en el Congreso y tampoco quiso correr el riesgo de que, en este caso, fuera la oposición quien aprovechara la generalidad de los preceptos constitucionales para decidir sobre la organización y el funcionamiento del poder a través de la ley ordinaria. La transición de una etapa a otra no puede establecerse con precisión cronológica porque corresponde a la adaptación progresiva de estilos de negociación y concertación de acuerdos entre las fuerzas políticas nacionales.

Esa dinámica deformó el contenido de la Constitución y le imprimió una dinámica hasta ahora irreversible, pues en tanto que la norma suprema se ha saturado de detalles, cada vez que se hace necesario un ajuste

—incluso menor— tiene que ser reformada y de nueva cuenta se le siguen incorporando otras particularidades que acentúan la distorsión de su carácter de norma general. Esto tiene mucho que ver con la desconfianza que los agentes políticos se profesan entre sí y que ha acabado por transmitirse también al cuerpo social.(15) Una característica de los sistemas constitucionales más desarrollados consiste en el alto nivel de confianza que las instituciones inspiran, y esto, a su vez, guarda una relación directa con la adhesión espontánea a las constituciones en tanto que son la fuente de esa confianza pública.

#### 4. Futuro de la Constitución mexicana

Para salir de la dinámica en la que está atrapada la Constitución es necesario un giro radical, si es que se aspira a prolongar su vigencia por un periodo amplio. Se requiere reordenar el texto, pues presenta errores técnicos en cuanto al acomodo de su articulado que se han agravado con el curso del tiempo. Un par de ejemplos ilustran este problema. Un órgano autónomo, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, o una dependencia del ejecutivo, como la Procuraduría General de la República, figuran en el capítulo del poder judicial. La Fiscalía General, que sustituirá a la Procuraduría, es considerada un órgano constitucional autónomo, pero permanece en el capítulo del poder judicial.(16)

Además de la reordenación, para colocar su contenido donde corresponde, el texto constitucional requiere de una nueva redacción que facilite su lectura y su reforma ulterior. No debe perderse de vista que las constituciones son normas, no proclamas. Además del rigor normativo, las constituciones requieren un mínimo de permanencia en cuanto a su texto para auspiciar una cultura jurídica que se apoye en el conocimiento de un texto más o menos estable. Esto no implica que se conviertan en

---

(15) Sobre este aspecto pueden verse: CONCHA CANTÚ, Hugo; FIX-FIERRO, Héctor; FLORES, Julia; VALADÉS, Diego, *Cultura de la Constitución en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2004. La segunda encuesta, de 2011, está disponible en línea:

<http://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/resultados.htm>

Véase también FLORES, Julia (coordinadora), *Los mexicanos vistos por sí mismos*, en <http://www.losmexicanos.unam.mx/>.

(16) A partir de una reforma de febrero de 2014, cambiaron la estructura, las funciones y la denominación de la Procuraduría; ahora la Constitución alude a la Fiscalía General de la República, pero aún no concluye un peculiar procedimiento que consiste en que la reforma constitucional solo entrará en vigor cuando el Congreso ordinario apruebe la ley reglamentaria de esa Fiscalía. Hasta mayo de 2018 esto no ha sucedido. Entre tanto, la Procuraduría subsiste basada en una disposición transitoria del decreto que reformó la Constitución.

normas inamovibles; por el contrario, la fluidez de la vida institucional se facilita por la generalidad de los enunciados constitucionales.

En el caso mexicano, la perduración de la Constitución después de su centenario dependerá de muchos factores, uno de los cuales consistirá en la política y en las estrategias de reforma que se adopten para el futuro. Esto incluye la recomposición de su texto actual,<sup>(17)</sup> además de los cambios institucionales que hacen falta para que el sistema avance hacia la equidad social y la consolidación de la democracia.

## 5. Balance de las constituciones longevas

Las ocho constituciones mencionadas aquí, en el orden de su antigüedad, son muy diferentes en la actualidad con relación al momento de su adopción. Todas, incluidas la británica y la estadounidense, han evolucionado y seguirán haciéndolo porque regulan procesos políticos, sociales y humanos siempre en movimiento. Las constituciones son parte de la cultura, y la cultura fluye y se redefine de continuo.

La interacción entre la norma y la normalidad exige a las reglas una gran plasticidad adaptativa en tanto que las disposiciones constitucionales están en contacto con un entramado de conocimientos, convicciones, costumbres, prácticas, ideologías, creencias, estilos de vida, prejuicios, percepciones, necesidades y expectativas que se recrean sin cesar, y regulan una pluralidad de contextos locales, regionales, nacionales, internacionales y globales que también cambian de manera constante.

Las constituciones más adaptables a su entorno son las menos formales; eso explica la longevidad de la británica y en buena medida de la estadounidense. En la posición opuesta, se encuentran las que pretenden agotar todas las formas de organización del poder y de funcionamiento institucional, que a veces llegan al extremo de incluir disposiciones consideradas intangibles. En el medio quedan aquellas que combinan reglas más o menos fijas pero dejan espacios de innovación al legislador ordinario, al juzgador y al propio ciudadano, como intérprete activo del ordenamiento, lo que facilita la adaptación progresiva de las normas.

Las constituciones con aspiraciones de perennidad pasan por alto que las sociedades entienden las reglas como un referente que hace previsible

---

(17) Cfr. FIX-FIERRO, Héctor, y VALADÉS, Diego (coordinadores), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Cámara de Senadores, Cámara de Diputados, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016.

y predecible el ejercicio del poder, pero sin inhibir la dinámica propia de la actividad y de la creatividad social.

Las tensiones entre los agentes del poder entre sí, entre gobernantes y gobernados y entre los gobernados entre sí —en especial cuando luchan por el poder— exigen reglas que ofrezcan mínimos de certidumbre para prever la conducta ajena y para ajustar la propia, pero no para cancelar ni para dificultar la libertad de la vida personal y colectiva de cada comunidad.

Además, los intereses dominantes se proyectan hacia una multiplicidad de direcciones y la experiencia dice que no es posible ofrecer respuestas inmutables para todos ellos, porque esos mismos intereses fluctúan. Una de las lecciones que dejó el fracaso de las constituciones comunistas fue considerar que bastaba con atender los intereses de clase. De todas las formas de organización constitucional esta ha sido la más efímera de la historia, pero no por atribuir su caída a la hipotética sagacidad de los dirigentes conservadores de Estados Unidos, Gran Bretaña y el Vaticano, ni por la suposición de que había que reemplazar el hermetismo político por la apertura de los mercados. El problema tampoco estaba en el tamaño del Estado. Lo que sucedió fue que en los países del bloque comunista se quiso utilizar la constitución, que es un instrumento de la libertad, con la pretensión de edificar un orden inamovible.

Los sistemas constitucionales entran en crisis no por ensanchar el tamaño del Estado, sino por estrechar el desarrollo en libertad de la sociedad. Las sociedades son tan proteicas que sus instituciones constitucionales no pueden ser inmutables. Los sistemas constitucionales son muy sensibles al contraste que ofrecen la rutina y la concentración del poder frente a las expectativas de libertad. Fueron estas expectativas las que transformaron la organización y el ejercicio del poder mediante instrumentos constitucionales.

En la historia de las instituciones políticas se registran periodos prolongados de ejercicio del poder absoluto pero consecuentes con el discurso utilizado. Ahora, las contradicciones se han vuelto explícitas. No es lo mismo sustentar sin ambages una teoría del poder absoluto y ejercerlo así, que pretender justificar un poder concentrado con argumentos de apariencia democrática.

Las constituciones organizan el poder y definen su funcionamiento y su relación con sus destinatarios. Entendida en un sentido tan sencillo como ese, toda estructura de poder, incluso la más primitiva, ha tenido siempre una constitución. Las ideas moderna y contemporánea de constitución



le atribuyen otras funciones más complejas, porque también regula procesos más intrincados y se dirige a sujetos más preparados. Hoy se trata de regular sociedades abiertas y esto no se puede conseguir con instituciones y con normas cerradas. La textura de la norma tiende a ser tanto más abierta cuanto más lo sea el ámbito plural que vaya a regular. Para un ordenamiento constitucional esto significa que deben construirse enunciados con la precisión necesaria para dar certidumbre y con la amplitud suficiente para dar libertad. El éxito de las constituciones está en alcanzar un diseño que resuelva de manera satisfactoria la ecuación de seguridad con libertad.

La mexicana se sitúa entre las constituciones cuya perduración obedece a su adaptabilidad, a diferencia de las que han fracasado porque optaron por la absolutidad de sus enunciados al pretender regularlo todo y a detalle. Por eso es oportuno formular un llamado de alerta, pues de unas décadas a la fecha la Constitución ha propendido a incluir minucias que la alejan de ser una norma general y la transforman en un catálogo reglamentario con pretensiones de exhaustividad. La paradoja es que se pretenda construir acuerdos políticos duraderos basados en normas constitucionales volátiles.

## **6. Consideraciones finales**

La constitución mexicana de 1917 ha pasado por diferentes etapas en lo que atañe a los intereses atendidos. No es posible delimitar los periodos cronológicos, pero sí identificar la dominancia sucesiva de esos intereses. En términos esquemáticos, la Constitución ha ido transitando a través de tiempos históricos en los que prevalecieron la reivindicación social, la hegemonía del poder y el pluralismo político, hasta llegar a la etapa actual, menos clara porque se acoge a un discurso dual: el de los derechos humanos y el de los intereses económicos. Además de estas orientaciones, la Constitución también ha fluctuado en cuanto a su aplicación real. Esto se aprecia por los grados variables de nominalidad y normatividad constitucionales, por lo que hace a sus diferentes momentos históricos y a las diversas materias reguladas.

Denomino grado variable de nominalidad y normatividad a la circunstancia de que algunos aspectos de la Constitución se han cumplido o se cumplen y otros no. No todo lo verificado en la realidad en un momento determinado lo ha sido siempre, al igual que no todas las omisiones o incumplimientos han sido constantes. Estas oscilaciones entre lo nominal y lo normativo son comunes en la mayor parte de los sistemas constitucionales, pues ninguno está exento de desviaciones transitorias. Lo distintivo de los sistemas constitucionales considerados normativos es que prevale-

ce en el tiempo la regularidad de su aplicación sin que esto excluya casos o circunstancias en los que se separen la norma y la normalidad.

Por esa razón es tan relevante examinar en detalle cada uno de los aspectos en los que incide una Constitución, para calibrar sus verdaderos efectos. En México, el tema federal, que viene desde 1824, muestra más carencias que fortalezas, entre otras razones porque se mantienen asimetrías muy relevantes, como es el caso del amparo judicial, por ejemplo, y porque no se han removido los residuos del poder caciquil que sigue siendo un lastre para la democracia en México. Otro aspecto relevante es la afectación del principio de igualdad jurídica que resulta de la existencia de tantos órdenes jurídicos, en materias tan sensibles como la penal y la civil, como entidades hay. También es llamativa la vetustez del sistema federal en su conjunto, si se lo compara con los desarrollos que esta materia ha tenido en otros ámbitos, como el argentino y el canadiense en América, y el austríaco y el belga en Europa, por solo mencionar unos ejemplos.

La separación de poderes he tenido en México una lectura restrictiva, con la propensión secular a regatear la relevancia de los órganos de representación política. La Constitución todavía no construye instrumentos adecuados de control político, indispensables en toda democracia consolidada.

Como un tema vinculado con la organización del poder político, también el derecho administrativo ha tenido una evolución relevante. Esta es una rama del derecho público muy desarrollada desde el siglo XIX. Tal es el caso de la proliferación de los órganos constitucionales, cuya presencia repercute en el funcionamiento de la separación de poderes. La gama de esos órganos ha crecido sin que la acompañe una idea rectora que les imprima homogeneidad en su diseño constitucional.

Asociado con la cuestión de la separación de poderes, conviene tener presente el progresivo avance de la justicia constitucional. También en este caso se trata de una innovación más o menos reciente si se tiene en cuenta que las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales solo aparecieron en México en 1995, pero aún faltan la cuestión de constitucionalidad y la acción popular de inconstitucionalidad, para mencionar apenas un par de instituciones por construir.

Entre los derechos más jóvenes que se incorporaron al elenco constitucional figura el electoral, que comenzó a formularse de manera sistemática a partir de la reforma política de 1977 y que cobró fuerza en la última década del siglo XX con la presencia de los órganos administrativos

---

y jurisdiccionales electorales robustos. Hoy existe ya una sólida escuela mexicana de derecho electoral.

Querétaro fue el lugar donde culminó la Revolución con la construcción de un sistema social de vanguardia y se convirtió en el punto de partida para otras metas. Muchas se han alcanzado, algunas fueron abandonadas y otras siguen pendientes. La hazaña queretana debe ser valorada en su contexto porque significó el triunfo de una sociedad capaz de hacer una Revolución y simbolizó la voluntad de cohesión después de una guerra civil. El lenguaje de los debates fue constructivo y optimista.

En 1857 se configuró el Estado nacional y en 1917 la sociedad soberana. Por eso, a lo largo de cien años la Constitución enriqueció sus objetivos y, por ende, sus contenidos. Sería un error suponer que la Constitución es un libro ya cerrado y que sus cien años denotan vejez. Su texto sigue abierto para dar respuesta a las necesidades de equidad y democracia del país. La experiencia de otros siete sistemas constitucionales muestra que no es necesario prescindir de lo que se ha hecho en el pasado para construir lo que se requiere en el futuro.

El dilema de sustituir o renovar la Constitución mexicana se puede resolver contestando una pregunta sencilla: ¿hay algo que se quiera y necesite que no quepa en la Constitución actual? Por mi parte, no tengo duda de que, una vez reordenado, el texto constitucional debe y puede ser modificado a profundidad para atender las demandas de equidad y democracia, pero sin correr el riesgo de un salto al vacío.

Cuando se remira una Constitución añosa conviene distinguir entre seguir avanzando y volver a empezar. ◆



II  
COMUNICACIONES EN  
SESIONES PRIVADAS



# ESENCIA JURÍDICA DE LA HERENCIA

POR MARIANO GAGLIARDO (\*)

Sumario: I. Preliminar.- II. Origen de la idea de herencia.- III. Configuración de la herencia: el patrimonio.- IV. La herencia como transferencia.- V. Función social del derecho sucesorio.

## I. Preliminar

Ha tocado a nuestra generación presenciar ciertos aspectos del desarrollo y transformación de la ciencia del derecho que pueden resultar extensos por el volumen y calidad de las obras que se producen y están en trance de elaboración. Este proceso, nada sencillo, conmueve ciertas categorías fundamentales del pensamiento jurídico tradicional.

Acaso podría controvertirse si el derecho está en crisis, como tantas veces se suele decir, mas no cabe dudar que está en vías de replanteos de algunos conceptos jurídicos, incluso, aquellos que se consideraban como primitivos y permanentes.

En definitiva, esta crisis conceptual significaría, más que decadencia, renovación. Si bien cabría admitir que las nuevas concepciones carecen aún de plena fijeza: se mueven en una esfera de cambiantes criterios y opiniones, con incidencia en la seguridad jurídica, afectando a la dogmática del derecho a la claridad y precisión propia de otras épocas.

Los cambios jurídicos son agudos y cuando no penetrantes. Pero, sobre todo, se deja sentir la actual transformación —con las incertidumbres que siempre conllevan— en ciertas nociones, en particular en los conceptos propios del derecho de las sucesiones y, especialmente, en uno de los puntos más discutidos en la esfera del derecho civil y que constituye el núcleo central del derecho sucesorio: nos referimos a la concepción estructural y esencial de la herencia.

---

(\*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de abril de 2017.

Ello, no obstante el criterio diferencial entre sucesión a título universal (herencia) y sucesión a título particular (legado), no deja de significar un problema fundamental y arduo en el régimen sucesorio (1).

Las investigaciones con base en el derecho romano, al estudiar el origen histórico de la *hereditas* y profundizando en los problemas de su construcción dogmática y sus consecuencias prácticas, han creado una amplia literatura jurídica de perfiles técnicos un tanto confusos. El concepto de herencia y el distingo doctrinal entre las nociones de heredero y legatario están siendo objeto de una reelaboración científica, con criterios vacilantes y no siempre seguros.

Rocca Sastre, en síntesis (2), dice que no es difícil ubicar vicios o defectos en ciertos conceptos, mas lo difícil es construir otros mejores, o cuanto menos, de iguales cualidades.

No es sencillo ni exacto asignar o atribuir a las instituciones del hombre, la armonía o exactitud de la matemática, pues la evolución y modificaciones denotan que existen mutaciones. Y en un solo (espíritu), por caso, conviven junto con el concepto de propiedad, los impulsos más notables o perversos, las aspiraciones más sublimes o subalternas, y una vocación mística dominante o superficial.

Así, de una noción clara, la propiedad va transformándose hasta adquirir su concepto moderno; mas el cambio responde a la influencia e idiosincrasia de una civilización, raza, épocas, lugares, etc. Por ello, la propiedad del pueblo hebreo, místico, elegido —no puede ser igual a la propiedad del pueblo inglés o a la del romano— organizador y realista.

Como fuere, sean bienvenidos los esfuerzos de la doctrina científica en aras de lograr precisión conceptual.

Y en la compulsa de nuestro análisis, a pesar de su esquemático panorama, caben algunas clarificaciones o en rigor precisiones, para dilucidar ideas jurídicas que en nuestra opinión contribuyen en la exposición.

Como inicio, el derecho es un objeto de conocimiento que puede ser ponderado por el sociólogo, al que considerará como una realidad social; es también análisis del historiador, que analizará la comprensión de los procesos únicos e irrepetibles de los grupos sociales y de las comunidades

---

(1) OSORIOS MORALES, "El legado de parte alcuota. En torno a la distinción entre heredero y legatario", Estudios de Derecho Privado, Barcelona, Bosch, 1942, p. 118.

(2) "Derecho Hipotecario", Barcelona, 1954, 5ª ed. T. II, p. 539, n. 2.



humanas, condensados en la historia del derecho, y así sucesivamente, en la esfera de otras disciplinas.

Avanzando, toda vez que se aludió al derecho, cabe en términos de Maritain precisar si es mejor la ciencia del derecho que la sabiduría, o si la sabiduría es mejor que ella, es decir, si la sabiduría, esa ciencia que es sabiduría, es mejor que la ciencia que sólo es ciencia y no sabiduría, por buena que esta ciencia sea en sí misma (3).

En el plano de las realidades, Jean Guitton (4) nos dirá la intelectualidad no debería separarse de la espiritualidad.

La ciencia jurídica nos dice, en virtud de conocimientos objetivos y verificables en el orden legar, que para hacer donaciones se requiere poder especial art. 375 inc. f); que los padres no pueden donar los bienes de sus hijos bajo patria potestad, sin autorización judicial, etc.

Mientras que en otra perspectiva, la sabiduría, corolario en general de la experiencia, aconseja a rehuir de la donación multitudinaria de bienes con reserva de usufructo ante la existencia de una familia numerosa (yerros, nueras, etc.).

Cito dos casos reales, admitidos por la ciencia jurídica y de mal resultado —confluencia de ciencia y sabiduría—, citados por Fornieles en su *Tratado de Sucesiones*, Ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1941, t. I, p. 320, n° 349, a propósito de la partición por donación, en dos casos en que interviniera profesionalmente dicho autor: Dice “que no es indispensable que la partición comprenda todos los bienes y que la circunstancia de retener algunos el donante, no cambia la naturaleza del acto, siempre que se haga una distribución en forma de los restantes. Esta distribución realizada en un solo acto y comprendiendo a todos los hijos es la que distingue a la partición por donación de las donaciones particulares y aisladas”.

Dice el autor citado, que intervino en dos ocasiones en actos asimilables a partición en vida: al liquidar la sucesión del esposo, la viuda consintió en que todos los bienes, incluso la mitad de gananciales de ella, se adjudicaran a los hijos, quienes se obligaron a pasarle una mensualidad en forma de renta vitalicia. Corolario, de lo expuesto, dice el autor que uno de ellos resultó un fracaso y la viuda terminó pleiteando con sus hijos.

---

(3) MARITAIN, J., “Para una filosofía de la persona humana”, Club de Lectores, Buenos Aires, 1984, p. 16.

(4) Ralp. Madrid, 4º, 2010, p. 33.

## II. Origen de la idea de herencia

La noción romana de *hereditas* ha tenido su significación en el derecho sucesorio moderno.

La esencia de la sucesión universal y su antítesis con la sustitución a título particular no puede comprenderse si no es indagando los antecedentes del derecho romano (5).

Según se ha investigado, la herencia nació en Roma no con la índole netamente patrimonial que ha venido a tener después, sino con un carácter más bien personal, atribuible a razones históricas en relación, especialmente, con la transmisión de la soberanía doméstica (familiar o gentilicia) y la continuación del culto familiar.

Y el primitivo sentido familiar de la *hereditas*, con el tiempo fue sustituido por un carácter marcadamente patrimonial.

Esta transformación nos ubica en la propia herencia romana, cuyos rasgos son: a) adquisición de los bienes hereditarios como un conjunto indistinto al que ciertos textos aplicaran la noción de *universitas*; y b) la atribución al heredero de una responsabilidad ilimitada por las obligaciones que pasaran sobre el causante, si bien Justiniano convirtió esa responsabilidad ilimitada en una responsabilidad limitada, mediante la creación del beneficio de inventario.

## III. Configuración de la herencia: el patrimonio

La propiedad es una noción que configura hoy en los hechos, una idea dinámica y es uno de los pilares de la civilización moderna, y la controversia —si es que así puede llamársela— incide más bien sobre una de sus derivaciones —la concentración de grandes fortunas en pocas manos— mientras que en otro enfoque se fomenta la propiedad privada de un mínimo de bienes indispensables para la vida digna, sana, física y espiritual de cada individuo.

De más está decir que la propiedad ha sido cuestionada en todos los tiempos: sus fundamentos, sus fines, su justificación y su alcance han sido motivos de discusión de filósofos, políticos, economistas, moralistas y sociólogos. Ninguna institución como la propiedad ha experimentado en igual grado la influencia de los fenómenos sociales de todo tipo y nin-

---

(5) FERRARA, F., "Estudio sobre la sucesión a título universal y particular", Revista de Derecho Privado, España, 1923, p. 323 y ss.

guna categoría del pensamiento jurídico ha sufrido más la presión de las ideologías.

Puede afirmarse, sin duda, que la propiedad ha alcanzado la categoría de derecho natural, o sea, de derecho consustanciado con la naturaleza del hombre por lo que es difícil imaginar al individuo privado de un mínimo de bienes al menos deseables para la propia existencia.

Y cuando estas consideraciones se efectúan en una perspectiva histórica los sistemas legitimarios en sus distintos panoramas son numerosos y complejos.

Ello se debe fundamentalmente a la diversa incidencia de las estructuras sociales, el medio físico, la orientación política, el grado de moralidad predominante, la mayor o menor ductilidad de los juristas, el grado de rigidez o flexibilidad de las normas, que han incidido en cada momento e influyen según las circunstancias en la solución adoptada en los diversos tiempos y lugares.

Lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate.

Debe tenerse en cuenta que la herencia puede determinarse mediante la voluntad del causante, formulada en el acto unilateral del testamento. Dicho de otra manera, en la sucesión legítima se sucede siempre a título universal, mientras que en la sucesión testamentaria puede sucederse a título universal o a título singular.

Y a propósito del acto de testar, no es éste sólo la manifestación exquisita del derecho de propiedad, que a menudo trasunta preferencias, egoísmos, idolatrías, reconocimientos o retracciones postergadas, sino también la culminación de un hondo examen de conciencia de que el hombre siente la necesidad de efectuar en su propia intimidad, mientras medita sobre su tránsito terreno y destino trascendente.

El derecho sucesorio —ha dicho Roca Sastre (6)— está íntimamente vinculado con la organización de la familia, en cuanto tiene por objeto regular el destino de un patrimonio. Al decir de Radbruch (7) es una manifestación del derecho de propiedad que continúa más allá de la muerte, pues la familia no es sólo un centro de relaciones personales entre parientes.

---

(6) "Naturaleza jurídica de la legítima", Revista de Derecho Privado, XXVIII, 1944.

(7) "Filosofía del Derecho", Madrid, 1952, 3ª ed., p. 206, ap. 21 ss.

Y bajo estas premisas caben ciertos matices que caracterizan a la propiedad.

Por caso, Josserand, aun reconociendo que la propiedad no es una simple función sino un derecho subjetivo, niega su índole absoluta. Los derechos subjetivos tienen un fin que informa toda su dinámica: son derechos-función, y deben ser ejercitados, no conforme al capricho del propietario, sino conforme a la función que les ha sido asignada.

De lo contrario su ejercicio es abusivo, y no puede ser protegido por la ley. El abuso del derecho es, para Josserand, la explicación de las nuevas normas sobre la propiedad.

No asistimos actualmente, argumenta, a una socialización de la propiedad, sino al nacimiento de derechos nuevos reconocidos a la persona humana, y que vienen a desmembrar el derecho de propiedad.

Otra cuestión a considerar en el tema es lo relativo al mantenimiento de la propiedad privada de generación en generación con un sustento existencial y social.

El aspecto social de la sucesión se concreta en la consideración de la familia como un órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral.

Estas nociones fueron expuestas mucho antes de ahora por un destacado autor francés, Paul Bourget (8), al decir que ante el problema de la herencia, el contraste de destinos parece cruelmente injusto, al que tal hijo recibe millones y otro permanece indigente. Y entonces indagó ¿suprimiendo esta desigualdad no se producirá un mal peor? A su juicio, la respuesta nos la da la historia: “Tan atrás como nos remontemos a través de los anales de la Humanidad, nos encontraremos que su constante esfuerzo, que su lucha por la existencia, ha dado lugar a la constitución de órganos de duración, gracias a los cuales cada generación no supone un eterno vuelta a empezar. El lenguaje, la escritura, la imprenta, he ahí algunos de estos órganos de duración que permiten conservar y transmitir las adquisiciones de orden intelectual. El hogar, la cosa, sirven para conservar otras de orden tanto material como moral”.

De más está decir que la propiedad privada y, consiguientemente, su régimen sucesorio deben mantenerse fuera del alcance del poder político y de la administración pública, como una necesidad social de la libertad y del progreso social.

---

(8) “Reflexions sur L’heritage”, París, 1929, p. 173 y ss.

Roubier (9) ha escrito que “el defecto más grave del Estado dirigista es que en este sistema que tiene por papel ordenar el conjunto de los intereses económicos, acaba por aparecer como un conjunto aglomerado de estos intereses, animado por un egoísmo colectivo que sirve de sostén y propulsor. En lugar de los intereses egoístas de los individuos, que el Estado intenta en este sistema disciplinar de una manera satisfactoria, en su núcleo va a manifestarse un egoísmo que tendrá prontamente un carácter monstruoso...”

Así, la propiedad y, de manera consiguiente, su régimen sucesorio deben mantenerse fuera del alcance del poder político y de la administración pública, como una necesidad social de la libertad y del progreso social (10).

El mantenimiento de la propiedad privada de generación en generación tiene un fundamento muy profundo tanto existencial como social.

El aspecto social de la sucesión se concreta en la consideración de la familia como un órgano de duración o conservación de las adquisiciones humanas de orden material y moral.

En suma, lo fundamental en el régimen sucesorio es la adecuación del sistema al fin pretendido y al objeto de que se trate.

Delimitar la esencia de la herencia significa precisar una respuesta al interrogante que es la figura en cuestión: en el ámbito jurídico es que la herencia está configurada por el patrimonio del causante, fallecido o *de cujus*.

Con mayor rigor, la herencia es la adquisición de un título personal que da lugar a la asunción de todas las obligaciones y adquisición de todos los derechos antes unidos a la persona del causante, salvo aquellos que se extinguen con la muerte de la persona, o sobre los cuales ha dispuesto el difunto en favor de un tercero.

Y dentro de las posibilidades de transmisión, la herencia aparece como una sustitución de propietario causada por la muerte del sustituido. Y esa sustitución tiene aún de especial que afecta a un conjunto de bienes, o también a veces de obligaciones integrales de una universalidad de derecho, distinta misma del patrimonio mismo del transmitente.

---

(9) “Théorie Générale de droit”, París, 1951, 2ª ed., p. 250.

(10) ROUBIER, ob. cit.

Y en un sistema de propiedad privada la herencia se regula pues como un cambio de titular del derecho, causado por la muerte, cambio que importa al mismo tiempo la transmisión de ese derecho.

Y a propósito de la transferencia del titular de un derecho al sucesor, la persona a quien el bien pertenecía puede disponer del mismo como le plazca, hasta destruirlo, sin que la voluntad de un tercero —extraño— pueda enfrentarse a la suya y obstaculizarla.

De lo dicho se infiere que lo determinante en la transferencia o transmisión de la propiedad es la muerte de un ser humano; luego, la transmisión de calidades, deberes y prerrogativas, pertenencia del causante.

La transferencia o sucesión suponen y excluyen la derivación y la dependencia consustanciales con el concepto moderno.

Adquirir derivativamente no es sub-entrar en una posición abandonada por otro, *sucedere in locum*, sino recibir una cosa de mano de otro, *rem accipiere*. La sucesión implica una carga: la traslación, una pura ventaja para una parte, una pérdida para la otra (11).

#### **IV. La herencia como transferencia**

No puede sostenerse de manera inflexible que el derecho está en crisis, mas no se puede negar —como antes se señaló— que está en trance de evolución —de manera acertada o desacertada—, según la mirada que efectúe más en transformación al fin, pauta que se exhibe en el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo libro quinto enumera las enmiendas de la reforma integral.

Los ejemplos abundan, mas cabe señalar que existen en el mundo jurídico modificaciones que aún carecen de fijeza y se mueven en un terreno de opiniones, antes de arribar a una anhelada estabilidad jurídica, lo que conlleva dispares criterios jurídicos.

Muchas veces la noción de herencia, transmisión hereditaria y sucesión, se utilizan de manera indistinta aun cuando el destino final fuere similar.

Una figura jurídica como el derecho hereditario contiene estructuras que posibilitan visualizar su integridad institucional: elementos personales: su titular, que es el sucesor, y más allá el resto de la sociedad, obligado a respetar y reconocer esa cualidad y derecho en el heredero; sin embargo, no se olvide que el derecho hereditario es el vehículo a la transmi-

---

(11) LACRUZ BERDEJO, J. L., “Estudios de Derecho Civil”, Barcelona, Bosch, 1958, p. 574.

sión de bienes y derechos *mortis causa*, por lo cual cabe su consideración como modo derivativo de adquirir, y ya en este concepto es forzoso tener en cuenta las dos personas entre las que se da este modo: la persona del transmitente y la del transmisario.

Y entre los elementos reales, o sea, aquello en que se sucede, primero se encuentra la herencia o parte alícuota de la misma objeto del llamamiento y con las cosas o derechos singulares que en general pueden ser denominados hereditarios.

Asimismo, es rigurosamente exacto que la impropiedad del lenguaje, su hermetismo, su ambigüedad, su insuficiencia, comprometen la certeza del derecho y el vigor de la ley. Es verdad, sin embargo, que entre los hombres de derecho muchas veces existen confusiones que provienen de no haber indagado y precisado previamente el sentido con el que se utilizan o debe interpretarse las palabras.

En primer lugar, en la batalla de los conceptos, el criterio diferencial entre sucesión a título universal —herencia— y la sucesión a título particular —legado— es un tema arduo en el régimen sucesorio.

El distingo de la sucesión universal, en contraposición con la sucesión particular, reside en el objeto: esta última es una sucesión en derechos singulares; la primera consiste en un patrimonio en su totalidad: *universitas uris*.

El legatario aunque suceda en todas las cosas de la herencia, no subentra nunca en el *universitas uris*: la diferencia entre heredero y legatario reside en la voluntad formalmente manifestada del causante, y no puede ser afectada por la calidad o cantidad de las cosas recibidas por uno y otro.

Y por último, el legatario particular no integra la comunidad hereditaria, pues esta ha sido repartida en legados particulares y no hay entre ellos más que un derecho particular a bienes singularmente determinados, cuya entrega deben solicitar.

En otro enfoque, el que diversas herencias tengan un sujeto único no quiere decir que los bienes que las integran se confundan en la persona de aquél, utilizando una frase como imagen, que tiene una triple o cuádruple personalidad patrimonial.

## V. Función social del derecho sucesorio

La vida contemporánea está llena de contradicciones, avatares, marchas y retrocesos. En dichas etapas, la evolución y rispideces no son ajenas.

Y en estas etapas también descolla la organización de la propiedad individual, la que acuna a la familia y la que perpetua y proyecta la herencia. Imaginar la propiedad y desconocer la herencia son propuestas contradictorias.

Y en ambas está presente el derecho, aun cuando lo jurídico sólo resulte un aspecto de lo social más no podemos prescindir de él si queremos entender algo del mundo que nos rodea.

El sustento del derecho sucesorio no requiere de grandes esfuerzos intelectuales ni sutiles racionios; por el contrario, destruir o avanzar hacia una abolición de la propiedad y la herencia sería el prelude de la anarquía.

Y estos dos grandes conceptos —propiedad y herencia— plagados de connotaciones sólo son imaginables en la esfera de la libertad, palabras todas por las cuales los hombres están dispuestos a morir, y dentro de las cuales no sólo pesan los valores del objeto que les es propio, sino también los deseos, las esperanzas y las calidades más nobles del sujeto. ◆



# LA INVESTIGACIÓN EN SERES HUMANOS Y EL ARTÍCULO 58 DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JOSÉ W. TOBIAS (\*)

Sumario: I. Ideas introductorias.- II. La “juridización” de los documentos internacionales (en especial la Declaración de Helsinki).- III. Investigación biomédica. Caracterización. Especies.- IV. La experimentación en seres humanos y la terapia experimental (o innovativa).- V. La formulación de reglas generales sobre el tema en un Código.- VI. Procedimientos investigativos abarcados por el artículo.- VII. Requisitos del procedimiento investigativo.

## **I. Ideas introductorias**

Una circunstancia relevante en el desarrollo de las posibilidades diagnósticas, terapéuticas, de rehabilitación y de inmunización frente a la enfermedad es la de las investigaciones biomédicas: es decisiva su importancia en el incremento de los conocimientos científicos y el mejoramiento de la salud. Solo sucede que en algún momento del procedimiento experimental se presenta la necesidad de recurrir a un particular sujeto de experimentación: el ser humano.

La aplicación generalizada de un procedimiento diagnóstico, terapéutico o de inmunización requiere la previa comprobación de su comportamiento (resultados, riesgos, reacciones) en algunos seres humanos: una vez que las respuestas se estimen satisfactorias, será posible su empleo como práctica corriente. Es así que el progreso médico se basa en la investigación y ésta debe descansar, en parte, en la experimentación con seres humanos; resulta imposible reproducir en otras especies o soportes todas las respuestas específicas para el progreso del respectivo conocimiento científico. Lo señala expresamente la Declaración de Helsinki en su for-

---

(\*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de mayo de 2017.

mulación actual: “El progreso de la medicina se basa en la investigación que, en último término, debe incluir estudios en seres humanos” (párr. 5).

De ahí que no deba considerarse una exageración la afirmación que la historia del progreso de la medicina es —en parte— la experimentación con seres humanos. En muchos casos, ello ha sido posible con base en ejemplos individuales de abnegación y altruismo (1). Pero también es cierto que es imposible determinar la magnitud y extensión de los menoscabos a la vida, a la libertad, a la integridad y dignidad de que ha sido víctima una legión de seres humanos, en aras a ese progreso.

Dos causas fundamentales han generado el creciente interés mundial por establecer criterios que resguarden el valor trascendente de la persona humana involucrada en las investigaciones, y por determinar los necesarios límites morales y legales a la libertad del científico: a) la indignada reacción de la conciencia moral universal frente al descubrimiento de los atroces experimentos realizados por médicos nazis con prisioneros de campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial (2); b) la aplicación generalizada del método científico experimental en el ámbito de la biomedicina, que es procedimiento de la presente centuria; aunque muchos descubrimientos fundamentales fueron anteriores, el sostenido progreso en la medicina preventiva y en los métodos diagnósticos y terapéuticos a través de la aplicación de principios científicos en la práctica médica, evidencian la extensión y valor de las técnicas médicas contemporáneas.

Un hito trascendente es el caso de “Estados Unidos de América c. Karl Brandt” y sus colaboradores, en donde fueron sometidos a proceso por

---

(1) ORGAZ, Alfredo, “Personas individuales”, 2ª ed., Assandri, Córdoba, 1961, p. 123, nota 6, recuerda el caso del Dr. Cooke, John H. Morán y soldados Kissinger, Falk y HERNEGAN, todos norteamericanos, que se sometieron voluntariamente a peligrosas experiencias para descubrir la causa de la fiebre amarilla durante la epidemia que asoló a Cuba en el año 1900. Se recuerdan también otros gestos como los de Eusebio Valli quien, en el siglo pasado, se inyectó una mezcla de pus de viruela y de la peste; de Lazzaro Sapallanzani, que por aquellos mismos años ingirió repetidamente alimentos preparados en diversas formas para estudiar el mecanismo de la digestión; o de Parker, que contrae voluntariamente unas fiebres y muere por ello; o Desgenettes, que se inyecta el contenido de un bubón pestilencial; o de Pettenkoffer, que ingiere bacilos del cólera; o de Lindermann, que se inyecta espiroquetas para contraer sífilis y el cateterismo cardíaco que experimentó por primera vez en sí mismo el joven médico Verner Forssman.

(2) Experimentando sobre todo con prisioneros judíos, polacos, gitanos y rusos, se “exploraron” los efectos de la ingestión de venenos, de inyecciones intravenosas de gasolina, de los virus de la hepatitis y el tifus, de inmersión en agua helada, etc. La sola mención de estas aberraciones indica la magnitud descomunal del agravio a la humanidad.

delitos de lesa humanidad veintitrés médicos alemanes que participaron en las indicadas prácticas experimentales con prisioneros. El tribunal, en su sentencia, enunció diez principios básicos que se conocen como Código de Núremberg (1947) (en rigor, ellos se refieren solo a las investigaciones de carácter no clínico en personas sanas y no abarcan la investigación clínica con enfermos).

Desde entonces —y correlativamente con la extensión y magnitud de los procedimientos experimentales y la preocupación por la salvaguardia de la persona humana— se han producido diversas declaraciones y documentos nacionales e internacionales, regulatorios de los criterios con que deben encararse aquéllos: han sido en algunos casos los propios sectores médicos, a través de sus asociaciones, los impulsores de las iniciativas.

Particular relevancia cabe atribuir a la Declaración de Helsinki (1964) de la Octava Asamblea de la Asociación Médica Mundial y a su revisión realizada por la Declaración de Tokio (1975) —también conocida como la Segunda Declaración de Helsinki— producida por la 29ª Asamblea Médica Mundial, que ha sido seguida de nuevas actualizaciones y revisiones: Venecia (1983); Hong Kong (1989); Somerset West-Sudáfrica (1996); Edimburgo (2000); Seúl (2008); Brasil (2013), con dos notas de clarificación en Washington (2002) y Tokio (2004) (3). Son de importancia, asimismo, las disposiciones de la Convención de Oviedo del año 1997 (Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina), cuyos artículos 16 a 18 contienen disposiciones relativas a la experimentación (Protección de

---

(3) La revisión del año 2008 contiene importantes actualizaciones relacionadas con el consentimiento informado respecto de diversas situaciones que se pueden presentar; la transparencia (registración de la experimentación, art. 19 y difusión de los resultados, art. 30); los conflictos de intereses (arts. 14, 24, 30); la noción de vulnerabilidad (arts. 5, 19, 17). La anterior revisión de Edimburgo, a su vez, contiene precisiones y agregados de significación: se afirma explícitamente que una investigación solo resulta justificada si la población objeto de los estudios podrá beneficiarse con los resultados de la investigación; que cualquier estudio que establezca la eficacia de un tratamiento debe garantizar al participante “la mejor terapia disponible”; y que sólo en el caso de ausencia de un tratamiento eficaz se podrá recurrir al frente con un placebo (acerca de las controversias de esto último, *infra* núm. ...). Se ha observado que el efecto público de la Declaración no tardó en hacerse sentir. Dos años después, el profesor de anestesia de Harvard Henry Beecher publicó un artículo en el “New England Journal of medicine” dando cuenta de numerosos protocolos científicos que carecían de requisitos éticos mínimos. El debate y clamor suscitado por el artículo fue una de las causas que indujeron a la formación en los Estados Unidos de la “Institutional Review Boards” (IRB), un organismo independiente encargado de la supervisión de los protocolos de investigación clínica (INMACULATO, Mariella - MORI, Maurizio, “Comitati etici per la sperimentazione: Storia, funzioni, problemi” en Trattato di Biodiritto diretto da Stefano Rodotà - Paolo Zatti, I diritti in medicina, Giuffré, p. 709).

las personas que se presten a un experimento”; “Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento a un experimento” y “Experimentación con embriones in vitro”, respectivamente). También, las disposiciones atinentes a la investigación en seres humanos de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la Unesco (2005); las “Guías internacionales propuestas para la investigación biomédica que involucra a sujetos humanos”, elaborado por el CIOMS (Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas), en Génova, año 1982 y la Declaración de Hawai (Implicancias éticas específicas de la psiquiatría), elaborada por la Asociación Mundial de Psiquiatras (año 1977). La “*Federal Drug Administration*”, a su vez, sustituyó la Declaración de Helsinki para estudios conducidos fuera de los Estados Unidos por las “*Guidelines for Good Clinical Practice - International Conference on Harmonization*” (GCP-ICH) en el año 2008 (sobre las circunstancias que condujeron a esa Declaración, *infra* núm. 7).

Luego del escándalo que en los Estados Unidos provocó el conocimiento público del experimento “Tuskegee” financiado por fondos federales (4), se creó en ese país la Comisión Nacional para la Protección de Sujetos Humanos de Investigaciones Biomédicas y de Comportamiento (Reporte Belmont) que dio lugar a una pormenorizada regulación (5).

Casi simultáneamente con los citados documentos, los países comienzan la regulación legislativa de las bases para la investigación en seres humanos (Ley General de Salud de México, febrero de 1984, título 5º; ley francesa del 20 de diciembre de 1988; ley de Chile 20.120 /2006; ley española 14/2007 de Investigación Biomédica) (6).

---

(4) Fue un estudio realizado entre los años 1932 y 1972 que buscaba conocer los efectos de la sífilis en el ser humano y su evolución en la población negra de Tuskegee. Se evaluó a 400 varones de raza negra sífilíticos y otros 200 no sífilíticos que actuaron como control con la finalidad de comparar la salud y longevidad de la población sífilítica con el grupo de control. En ningún momento se les aplicó tratamiento pese que en la década de los años 40 se disponía de la penicilina y luego se supo que con ella aumentaba la esperanza de vida. Para el año 1972 en que se conoce la investigación, un centenar de personas había muerto de sífilis, 40 viudas habían contraído la enfermedad y 19 niños habían nacido con sífilis congénita.

(5) La “Declaración de derechos del paciente”, 1973, elaborada por la Asociación Americana de Hospitales, prescribe en su art. 9º que “el paciente tiene derecho a ser advertido en caso de que el hospital se proponga realizar estudios de investigación humana que afecten su atención y tratamiento. El paciente tiene derecho a rechazar su participación en dichos proyectos de investigación”.

(6) El dec. 258/1992 de la República Oriental del Uruguay establece que “el médico debe abstenerse de toda forma de experimentación terapéutica en seres humanos, incluyendo las técnicas de recombinación artificial de materiales genéticos que entra-

En nuestro país, algunas provincias, con sustento en el ejercicio del poder de policía sanitario, dictaron leyes especiales (7), y en el ámbito nacional, la ley 25.467 establece principios de carácter irrenunciable y de aplicación universal que rigen para cualquier actividad de investigación, ciencia y tecnología (8). También en el ámbito nacional, el Ministerio de Salud dictó la res. 1480/2011 de cumplimiento obligatorio en los estudios de farmacología clínica con fines de registro en el ámbito del Anmat y de toda investigación que se financie con fondos del Ministerio o de sus organismos descentralizados dependientes (9). En el mismo ámbito, rige la disp. 6677/2010 de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología médica (Anmat) (10) sobre el régimen de buena práctica clínica para estudios de farmacología clínica. Muy recientemente, se dictó la resolución 1002/2016 del Ministerio de Salud por la que se crea el Comité Nacional Asesor de Ética en Investigación, de carácter asesor y consultivo, que funcionará en el ámbito de la Subsecretaría de Políticas, Regulación y Fiscalización dependiente de la Secretaría de Políticas, Regulación e Institutos de ese Ministerio, que entenderá sobre todo aspecto relacionado con las implicancias éticas que plantea la investigación en

ñen el más mínimo riesgo para el paciente y que no tenga por finalidad el restablecimiento de la salud (art. 44 de la Const.) cuando no existieren otros medios idóneos para alcanzar tal objetivo”.

(7) Ley 11.044 de la provincia de Buenos Aires sobre Investigaciones con Seres Humanos (1990); ley 6580 de la provincia de Tucumán sobre Investigación en Salud (1994); ley 3028 de la provincia de Río Negro sobre regulación y control de la investigación biomédica en los seres humanos (1996); ley 2207 de la provincia de Neuquén de régimen y control de la investigación biomédica en seres humanos (1997); ley 9694 de la provincia de Córdoba del sistema de evaluación, registro y fiscalización de las investigaciones en salud (2009), y ley 3301 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sobre protección de derechos de sujetos en investigaciones de salud (2009). Acota LAFERRIERE, Jorge N., “La investigación en seres humanos en el Proyecto”, RDFyP, IV-6-281, que esas leyes e dictan en ejercicio del poder de policía sanitarios y que deben resguardar los lineamientos básicos de un código de fondo.

(8) a) el respeto por la dignidad humana, b) el respeto por la privacidad e intimidad de los participantes, c) la confidencialidad de los daños obtenidos, d) la participación libre y voluntaria de las personas en ensayos de investigación, e) la obligatoriedad del consentimiento informado en forma previa al reclutamiento de personas, f) la obligación de realizar ensayos preclínicos y con animales en forma previa a la experimentación con seres humanos; g) la protección de grupos vulnerables, h) la no discriminación, i) el cuidado y protección del bienestar de las generaciones futuras, j) la no comercialización del cuerpo humano o de sus partes o información genética de cualquier tipo.

(9) Se trata de una “Guía para investigaciones con seres humanos” que contiene un conjunto de reglas éticas y operativas para orientar a investigadores, patrocinadores, miembros de comité de ética en investigación y autoridades reguladoras y sanitarias en el desarrollo y evaluación de las investigaciones en que participan seres humanos.

(10) Sustituyó a la disp. 4854/1996, modificada por la 5330/1997.

seres humanos con el objeto de garantizar la protección de los derechos de los sujetos participantes, ponderando a su vez la necesidad de promover la investigación en salud (arts. 1 y 2). Sus funciones y constitución se enuncian en el anexo I que forma parte integrante del decreto.

En un nivel jerárquico superior, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “de jerarquía constitucional” (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional) dispone que “...nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos...” (art. 7º).

Lo cierto es que la ciencia médica no puede prescindir de la experimentación sobre la persona humana: el progreso y ampliación de sus conocimientos depende de ella. La indicada circunstancia permite afirmar la licitud de la actividad —concurriendo rigurosos requisitos— en tanto resulta instrumento indispensable para la tutela de los derechos humanos fundamentales a la vida y la salud (11).

Empero, la circunstancia de que las personas humanas deban ser el objeto de la experimentación supone exponer los bienes de la vida y la salud de los participantes en el procedimiento, cuya tutela debe constituir la finalidad esencial de la experimentación. Se presenta así la necesidad de una rigurosa disciplina que, manteniendo la exigencia del desarrollo de la ciencia, la someta a límites precisos, pasados los cuales los riesgos acaecidos no puedan ser considerados lícitos.

Así, la disciplina jurídica de la experimentación debe conjugar las exigencias del progreso de la medicina y la ampliación de sus conocimientos con la tutela de derechos fundamentales de los participantes. La primera supone la concurrencia de requisitos de objetividad, verificabilidad, reproducibilidad, seguridad, eficiencia, accesibilidad y calidad. La segunda supone partir de la consideración que el procedimiento solo será lícito si los intereses de la persona comprendidos en él, tienen prioridad respecto de los intereses de la sociedad y de la ciencia (12).

---

(11) PALERMO FABRIS, Elisabeta, “La sperimentazione clinica: profili giuridici”, en *Trattato di biodiritto*, diretto da Setafano Rodotà, Paolo Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 644.

(12) Lo señala expresamente el párr. 8 de la Declaración de Helsinki: “Aunque el objetivo principal de la investigación médica es generar nuevos conocimientos este objetivo nunca debe tener primacía sobre los derechos y los intereses de la persona que participa en la investigación (acerca de la relevancia de la Declaración para la interpretación de normas jurídicas locales, infra enseguida). Más genéricamente, imbuida del mismo principio, dice el art. 2 de la Convención de Oviedo: “Primacía del ser humano. El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”.

## II. La “juridización” de los documentos internacionales (en especial la Declaración de Helsinki)

En la determinación del significado y alcance de las normas jurídicas locales —en especial del artículo que es materia de la comunicación— no ha de prescindirse de los documentos y declaraciones internacionales: ellos no sólo han sido la inspiración y origen de las normas locales —como se verá más adelante—, sino que responden a criterios éticos universales que guardan correspondencia con los principios y valores del ordenamiento jurídico argentino.

Una significación especial, a propósito de ello, tiene la Declaración de Helsinki: su contenido refleja el acuerdo de la comunidad médica internacional (85 sociedades médicas) en donde se establecen los roles, deberes y responsabilidades de los profesionales con el fin primario de defender y promover los intereses y derechos de los participantes. La circunstancia que no constituyera inicialmente un documento vinculante, no lo priva de su valor ético universal, constituyéndose por ello en un punto de referencia ineludible para delinear los requisitos y la licitud de los procedimientos de experimentación (13). Ello es así a un punto tal que sus disposiciones, debido a la extensión de su aplicación en el ámbito local e internacional en los procesos de investigación, se han convertido en prácticas reiteradas, extendidas, uniformes, continuas a las que se someten generalizadamente los intervinientes en los procedimientos por considerar que tienen valor vinculante. Bien puede decirse, por lo tanto, que las disposiciones de la Declaración de Helsinki son normas consuetudinarias (14): se esta en presencia de un fenómeno de “juridización” en sede local de criterios éticos en sede internacional, no solo por su recepción en normas legales nacionales, sino por su recepción a través de usos y practicas generalizadas que se practican universal y localmente con la convicción de su obligatoriedad.

De cualquier modo, aunque no se compartiera ese punto de vista, es perceptible al menos que los principios y reglas de la Declaración de Helsinki constituyen un instrumento relevante de interpretación e integración de las normas legales nacionales. Son estándares internacionales de ética y calidad científica, tendientes a garantizar la tutela de los derechos,

---

(13) INMACOLATO, Mariella - MORI, Maurizio, “Comitati etici per la sperimentazione Storia”, *funzion, problemi en, Trattato di biodiritto, diretto da Setafano Rodotà, Paolo Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 708* recuerdan que alguien ha observado que, proviniendo de la comunidad medica, la Declaración debe ser “considerada propiedad de la entera humanidad”.

(14) MARSICO, Gaia, “La sperimentazione clinica: profili biotici” en *Trattato di biodiritto, diretto da Setafano Rodotà, Paolo Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 628*, quien cita, en esa dirección, un fallo de una Corte de Apelaciones de Estados Unidos.

bienestar y seguridad de los participantes y también, correlativamente, la seriedad y justificación de la investigación asimilándose en ese sentido, como se dijo, a los principios y valores del ordenamiento jurídico argentino. A propósito de lo expuesto, aludiendo a las reglas éticas por las que se rige la profesión médica, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que en lo atinente a la actuación de esos profesionales, “deben ponderarse —más allá de su denominación y en razón de su contenido y fines— ciertas reglas aceptadas por los Colegios y organizaciones profesionales (...) ya que tales directivas constituyen criterios idóneos e imprescindibles para apreciar la diligencia debida y la obligación, de superior rango axiológico, de obrar con prudencia y pleno conocimiento” (15).

Las razones enunciadas explican la importancia atribuible a la Declaración, sea por atribuirles la calidad de normas consuetudinarias —como lo creo y a las que recorro con reiteración a lo largo de esta comunicación—, sea por considerar que cabe recurrir a sus reglas como pauta de interpretación del artículo del nuevo Código.

### III. Investigación biomédica. Caracterización. Especies

Una cuestión preliminar es establecer las situaciones en que se presenta una hipótesis de experimentación o investigación con seres humanos. Con un criterio muy general, puede afirmarse que ella se configura en toda actividad con participación de personas destinadas a obtener cono-

(15) CSJN, 29/03/1984, Fallos 306.178. En el mismo sentido, el Dictamen del Procurador general: “el deber de cuidado del enfermo aparece como esencial en la actuación del médico y así resulta consagrado por el Código Internacional de ética medica, adoptado por la Asociación Medica en sus Asambleas de Londres (1949) y Sidney (1968) al tratar “los deberes de los médicos hacia los enfermos” y también por el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina (1955) en sus arts. 1, 2 y 5 y más específicamente en el Capítulo II...”. El criterio fue reiterado en CSJN, 12/05/1998 en el que el Tribunal, además, precisó que “no debe prescindirse de toda consideración acerca de las conclusiones del Tribunal de Disciplina del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires respecto de profesionales intervinientes en este proceso...”. A ese respecto, es de señalar que también el Código de Ética para el equipo de salud de la Asociación Medica Argentina contiene principios básicos (Cap. 23, arts. 393 a 421) relativos a “la investigación y experimentación en humanos” en cuya introducción se señala que “es de rigor ético mantener vigentes los Códigos internacionales que figuran como Anexos al Código de Ética...”. En la doctrina nacional, Julio Contegrand atribuye a la Declaración, al Código de Núremberg y “los instrumentos internacionales consecuentes”, el de ser “pautas interpretativas en esta materia relativamente novedosa en nuestra legislación” (en Tratado de Derecho Civil y Comercial, dirigido por Andrés Sánchez Herrero, La Ley, T° I, p. 319). ANDRUET, Armando S. (h.), “Derechos y actos personalísimos. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación”, RDFP, año VI, núm. 10, p. 159, se lamenta que el Código no haga mención “a ninguno de los instrumentos que como se puede juzgar, son de una relevancia incuestionada para efectuar cualquier tipo de hermenéutica complejiva a la letra del art. 58”.



cimientos sobre procesos biológicos y psicológicos en seres humanos, o las relaciones que median entre las causas de la enfermedad, la práctica médica y la estructuración social, o sobre el control de problemas de salud pública —incluyendo aquellos derivados del medio ambiente sobre las personas—, o sobre métodos y técnicas aplicadas en la atención de la salud de las personas, o a la prevención de la enfermedad (16). Con un criterio aun más general, incluso, sus reglas se deberían extender a cualquier investigación científica de cualquier clase sobre seres humanos (17).

A partir de la Declaración de Helsinki se acepta una distinción fundamental: a) la investigación biomédica cuya finalidad es diagnóstica o terapéutica para el paciente sujeto a experimentación (investigación terapéutica o con beneficio individual directo); b) aquella otra cuyo objetivo esencial es puramente científico, sin valor diagnóstico o terapéutico para la persona (investigación no terapéutica o sin beneficio individual directo). Afinando el análisis, esta última podría subclasificarse en dos órdenes: aquella con cuyos resultados se aspira a beneficios para la salud o bienestar general y aquellas con cuyos resultados solo se aguarda añadir conocimientos al saber biológico, psicológico o social.

Debiendo tener todas ellas comunes exigencias, el resguardo de los derechos de la persona deberá acentuarse con recaudos complementarios, respecto de quien se ha sometido a la experimentación sin beneficio directo alguna para su salud, y de la manera más estricta cuando solo se aspira a incrementar el conocimiento científico (sobre este tema, *infra*, núm. 4). En la investigación terapéutica no es lícito privar al paciente de técnicas ya probadas y eficaces que supongan cambiar un tratamiento positivo por otro aún desconocido e incierto (18).

La naturaleza de los estudios determinará la diversidad, entidad y nivel de los riesgos, que dependerán, además, del grado de vulnerabilidad de quien se somete a ellos. En un extremo se pueden ubicar: a) los estudios que solo afectan parcialmente la privacidad de las personas (búsqueda de datos obtenidos del pasado de los participantes, sin que se realicen procedimientos que afecten sus rasgos biológicos, psicológicos o sociales): es el caso de los estudios observacionales que no acarrearán riesgos para los participantes y tienen relevante importancia médica, como lo son, por ejemplo, aquellos que verifican en una amplia escala de población,

---

(16) Art. 21, ley 11.044, provincia de Buenos Aires y art. 1º, Proyecto de ley del diputado Estévez Boero.

(17) Sobre este punto, las consideraciones de TALE, Camilo, “Las experimentaciones médicas sobre seres humanos en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-A, 815.

(18) LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, Ética y vida, Ediciones San Pablo, España, p. 277.

los efectos de un fármaco en un largo lapso de tiempo y b) aquellos que requieran la realización de técnicas, incluyendo las de carácter invasivo, ensayando nuevos métodos de diagnóstico, tratamiento o inmunización, o buscando incrementar los conocimientos (experimentación de nuevas drogas, técnicas diagnósticas que emplean radiaciones ionizantes) de riesgos variables según los casos.

En el análisis del tema se advierte enseguida la existencia de concepciones contrapuestas. Un punto de vista extremo —emanado de la tradición hipocrática— solo acepta la investigación si ella puede producir un beneficio directo para el paciente y, solo secundariamente, la adquisición de conocimientos que contribuyan a mejorar la salud general (19). En la otra punta, se presenta aquel que privilegia la utilidad general por encima de la protección de los participantes en la investigación (la “ética del utilitarismo”); el riesgo personal aceptado —independientemente de su magnitud— se justifica con base en el objeto de beneficio social perseguido. Resulta paradójico el emparentamiento de este último, con un enfoque que —priorizando al máximo el margen de la libertad de la persona— concluye que es solo a ella a quien le incumbe resolver acerca del riesgo en la vida o la salud a que se verá sometida, sin que quepa la injerencia tutelar del legislador o juez (20).

Un criterio equilibrado impone una contemporización de intereses, de modo de posibilitar la adquisición de nuevos conocimientos, garantizando simultáneamente la protección de derechos básicos de la persona. Ello requiere determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales se podrá realizar lícitamente una investigación con seres humanos.

#### **IV. La experimentación en seres humanos y la terapia experimental (o innovativa)**

En el contexto que se da cuenta en el número anterior, se impone distinguir la caracterización allí formulada con la llamada “terapia experi-

---

(19) Para un enfoque restrictivo, los trabajos de MAAS, Noel y DANIELIAN, Miguel, “Prohibido experimentar con el hombre”, ED, 120-944, y “La ciencia médica y la experimentación en seres humanos”, ED, 97-940.

(20) Para un punto de vista que, en cambio, prioriza al máximo el ámbito de disponibilidad de la integridad psicofísica, el voto de los Dres. Barra y Fayt en la causa “Bahamondez, N.” (La Ley, 1993-D, 130); en estricta lógica, la derivación de esa línea argumental —que no comparto— empleada para respetar la negativa del paciente a someterse a una transfusión de sangre, se funde o no en el resguardo de su libertad religiosa, debería conducir a excluir la responsabilidad del investigador, habiendo mediado un consentimiento válido, aunque los recaudos del procedimiento no fueran los que se indican más adelante en el texto.

mental” (algún autor la denomina terapia innovativa (21). La última es la indicada por el profesional en casos individuales con el único objetivo del beneficio o provecho del paciente individual. Aún siendo también esta última de carácter experimental, se está en presencia de un acto terapéutico individual en sentido estricto que requiere determinar los casos en que cabe aceptar su licitud. La experimentación en seres humanos, en cambio, aspira a tutelar no sólo el interés de los pacientes que participan en ella, sino que funciona como requisito para que el nuevo procedimiento acceda al sistema sanitario generalizándose su empleo en la común práctica clínica (22) y no es sustituible por la intuición o valoración de un profesional individual para el caso individual (23).

Una situación especial relacionada con el vínculo entre la terapia experimental y la experimentación en seres humanos se planteó en el derecho italiano con la así llamada “terapia Di Bella” (la prescripción de fármacos antitumorales “offlabel”) (24). De las resultas del debate generado se sancionó una norma legal (decreto-ley 17 feb. 1998, núm. 23) que prescribió que en casos individuales el médico puede, bajo su exclusiva responsabilidad y previa información y adquisición del consentimiento del paciente, emplear un medicamento producido industrialmente para una indicación o una vía de administración o una modalidad de utilización distinta de aquella autorizada cuando el médico tratante, en base a datos documentados, considere que el paciente no puede ser tratado útilmente con un medicamento para el cual fue aprobada esa indicación terapéutica o esa vía o esa modalidad de aplicación y cuando tal empleo sea conforme a trabajos aparecidos en publicaciones científicas acreditadas en el campo internacional (art. 2).

Aunque en la “terapia experimental”, como se dijo, no se está en presencia de un proceso de investigación, la cuestión ha sido considerada por la Declaración de Helsinki en su formulación actual. Dice el párrafo 37: “Cuando en la atención de un enfermo las intervenciones probadas

---

(21) ZATTI, Paolo, “Maschera del diritto volti della vita”, Giuffrè, p. 272, quien la denomina de esa manera para evitar el equívoco de su uso como sinónimo de experimentación.

(22) PALERMO FABRIS, Elisabetta, “La sperimentazione clinica: profili giuridici” en Trattato di biodiritto, diretto da Setafano Rodotà, Paolo Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 647.

(23) ZATTI, Paolo, “Maschere del diritto volte della vita”, Giuffrè, p. 283.

(24) Se trató de un caso de empleo de fármacos en un paciente oncológico no aprobados en la composición empleada para el destino terapéutico, prescripto según una evaluación del médico tratante fundada en “argumento opinable mas no peregrino” y con el consentimiento del paciente (ZATTI, Paolo, “Maschere del diritto volte della vita”, Giuffrè, p. 276).

no existen u otras intervenciones conocidas han resultado ineficaces, el medico después de pedir consejo de experto, con el consentimiento informado del paciente o de un representante legal autorizado puede permitirse usar intervenciones no comprobadas si, a su juicio, ello da alguna esperanza de salvar la vida, restituir la salud o aliviar el sufrimiento. Tales intervenciones deben ser investigadas posteriormente a fin de evaluar su seguridad y eficacia. En todos los casos, esa información nueva debe ser registrada y, cuando sea oportuno, puesta a disposición del público”.

En el ámbito nacional la jurisprudencia ha debido pronunciarse en ocasión de reclamos tendientes a la cobertura económica por las obras sociales y las entidades de medicina prepaga de tratamientos experimentales. Es perceptible que la situación genera la fundada preocupación acerca de si cabe reconocer la existencia de un derecho de los pacientes a un tratamiento que se encuentra en etapa de investigación y cuyos beneficios aún no se encuentran probados (25).

Puede señalarse que los fallos son oscilantes. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó un reclamo de cobertura por entender que el tratamiento se hallaba en una etapa experimental en relación a la enfermedad de la recurrente y no advertir la existencia de norma constitucional o *infra* constitucional que impusiera al Estado o a una obra social la cobertura de tratamientos de esa naturaleza (26), criterio que reiteró en otra causa dejando sin efecto la decisión del tribunal de segundo grado que había impuesto la cobertura económica del tratamiento (27). Más lejos en el tiempo, el alto tribunal se había expedido en ese sentido con motivo del reclamo del actor para que se le aplicara el complejo “Crotovina” (28). Otros pronunciamientos, sin embargo, han ordenado la cobertura de tratamientos experimentales con el argumento de un “derecho a la espe-

---

(25) WIERZBA, Sandra, “Disposiciones sobre la propia salud en el Código unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas” en *Bioética en el “Código Civil y Comercial de la nación”*, La Ley, p. 258; TALE, Camilo, ¿Comprende el derecho a la salud la facultad de exigir a la obra social o a la empresa de medicina prepaga que costee tratamientos que se hallan en estado meramente experimental?, ED, diario del 6 de septiembre de 2009.

(26) CSJN, 19/05/2010, Fallos 333-690. Se dijo en el fallo que esta fuera de discusión “que la actividad de la Administración en materia de drogas y productos medicinales así como su experimentación y suministro a los pacientes lejos de menoscabar los derechos a la vida y a la salud, garantiza las condiciones mas adecuadas y seguras para que tales derechos se cumplan”

(27) CSJN, 20/05/2014, L. 85. XLVII. Consideró que la medicación estaba autorizada por el ANMAT pero para una patología distinta a la requerida por la patología del paciente.

(28) CSJN, 27/01/1987, La Ley 1987-B, 311.

ranza en la mejora de la salud” (29) o por considerar que el cuerpo médico forense había informado de los buenos resultados del procedimiento en cuestión (30). Otro fallo desestimó el reclamo pero dispuso incluir al actor en un protocolo experimental previo el cumplimiento de requisitos que enunció (31) y otro, en cambio, lo desestimó por entender que no se contaba con ensayos clínicos que demostraran su eficacia (32).

En tesis de principio corresponde afirmar que, a nuestro juicio, no cabe imponer coberturas económicas a tratamientos experimentales, lo cual supone afirmar, también, que el profesional no puede lícitamente prescribir tratamientos no autorizados. Lo imponen las reglas de la bioética, del arte de la medicina, de lo que resulta que en resguardo de la salud y la vida de los pacientes, sólo deben aplicarse procedimientos que han demostrado su eficacia luego de la etapa de investigación. No deben descartarse, sin embargo, circunstancias de excepción que justifiquen una solución diversa, como lo podría ser la gravedad de la enfermedad y la inexistencia de tratamientos convencionales y la seriedad, el grado de avance y perspectivas de un proceso investigativo en trámite. Será necesario, en esos casos, además de la indicación médica, contemplar requisitos propios de la etapa de investigación (33) y cumplir los recaudos que, en el plano ético, indica el mencionado párrafo 37 de la Declaración de Helsinki (mencionado más arriba).

Una situación particular relacionada con lo expuesto —que excede el ámbito de la cobertura económica— se plantea en relación al llamado “uso compasivo” de medicamentos. Se lo ha caracterizado como el acto médico de empleo de un medicamento o terapia, bajo la prescripción de un profesional, que hace un empleo prematuro de conocimientos científicos preliminares, aunque dotado de una base racional de probable beneficio para un determinado paciente cuando hay compromiso de vida o deterioro de la calidad de la vida (34).

El uso compasivo de medicamentos está regulado por la disposición 840/1995 de la ANMAT. De acuerdo con la disposición citada es posible acceder a un fármaco por uso compasivo para su uso individual en pato-

---

(29) CNCiv. y Com. Fed., Sala II, 27/05/2008, El Dial.com.AF3E83.

(30) El mismo tribunal citado en la nota anterior 15/08/2008, El Dial.com. AF3B98.

(31) C.Cont. Adm. La Plata, 30/11/2010, El Dial.com-A6676.

(32) CNFed.Civ. y Com., 07/10/2009, RDFyP año 2, núm. 9, p. 299.

(33) WIERZBA, Sandra, “Disposiciones sobre la propia salud en el Código unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas” en *Bioética en el “Código Civil y Comercial de la nación”*, La Ley, p. 263.

(34) FLAHERTY, Lily R., “Bioética en la experimentación con seres humanos” en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, p. 175.

logías para las que no hay un tratamiento específico o que, si lo hubiere, el paciente hubiere manifestado intolerancia o no hubiere presentado respuesta; debe tratarse de enfermedades que comprometan la vida del paciente, que evolucionen hacia la invalidez, que incapaciten permanentemente o deterioren la calidad de vida.

Pero debe reiterarse, en lo que aquí interesa, que el tema de la “terapia experimental” (o innovativa o compasiva) debe distinguirse adecuadamente del tema de la experimentación en seres humanos.

Formuladas estas precisiones previas, se ingresa en los números siguientes, en el análisis del artículo.

### **V. La formulación de reglas generales sobre el tema en un Código**

Ninguno de los Proyectos de reforma del Código Civil derogado propusieron incorporar normas sobre este asunto. Independientemente de ello, resultaba imprescindible una regulación a nivel nacional que tuviera rango legislativo (35): la importancia de las resoluciones del Ministerio de Salud y del Anmat, señaladas en el número 1, no ocultaban la necesidad de una normativa más general de alcance nacional que tuviera rango jerárquico de ley y en esa dirección se ha adoptado la postura de la regulación de los lineamientos generales en el art. 58 del nuevo Código.

La extensión de la práctica de las experimentaciones, los relevantes intereses comprometidos en ellas (la dignidad, la vida, la salud, la integridad psicofísica, en ocasiones, la intimidad) y el riesgo que ellos puedan ser conculcados en aras de intereses económicos de las empresas o, aun, de intereses de médicos y científicos (aunque sea con la finalidad de aumentar el saber científico o beneficiar el interés general) (36) constituyen la justificación de la incorporación en un Código de reglas generales so-

---

(35) Lo propicio la Recomendación de la Comisión 11 “Experimentación en seres humanos”, de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2014) poniendo de relieve la necesidad de una legislación que estableciera los presupuestos mínimos que deben respetarse en todo el territorio nacional en cualquier clase de investigación que intervengan seres humanos.

(36) Son los derechos de los participantes los que deben primar sobre cualquier otro interés. Dispone la res. 1480/2011 del Ministerio de Salud: las Guías de ética para la investigación biomédica fueron concebidas con el fin de orientar a los investigadores a planificar estudios de manera tal que la consideración por el bienestar y los derechos de los participantes sea el valor primordial, por encima del interés por la ciencia o cualquier otro interés (capítulo “Alcance”); en esa línea de ideas, la ley española 14/2007 establece: “la salud, el interés y el bienestar del ser humano que participa en una investigación biomédica prevalecerán por encima del interés de la sociedad o de la ciencia” (art. 2º).

bre la materia (37). A este último criterio se le puede observar que la sola regulación de lineamientos generales —manifiestamente insuficientes— requieren ser necesariamente complementados con una ley especial para evitar recurrir a variadas técnicas de interpretación en los aspectos no contemplados (como se intentará en este análisis) y que las modificaciones parciales de un Código de fondo que impone —a veces— la realidad, son por lo regular más difíciles de implementar que una ley especial que regule íntegramente el procedimiento de experimentación.

Independientemente de ello, la ubicación metodológica (Capítulo 3, Derechos y actos personalísimos) es la correcta, pues de lo que se trata es de la protección de los derechos personalísimos comprometidos en el proceso investigativo: también aquí se trata de implementar garantías que integran los derechos de fondo y son, por ende, inseparables de ellos. Esta última afirmación sirve, asimismo, para fundar el criterio que se trata de una materia que integra la legislación de fondo y propia del Congreso Nacional (38). Interesa señalar, además, que se está en presencia de una novedad a nivel del derecho extranjero: solo el Código Civil de Quebec, que sepamos, contiene normas sobre la materia (arts. 20 y 21).

## VI. Procedimientos investigativos abarcados por el artículo

El precepto enuncia los procedimientos comprendidos en los requisitos que establece: “la investigación médica en salud humana mediante intervenciones tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, solo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos...”

La delimitación del ámbito de aplicación es estrecha, aun considerando que se trata de normas mínimas susceptibles de ser completadas por la legislación especial y disposiciones administrativas.

**a)** No se establece ninguna distinción entre la investigación terapéutica o con beneficio individual directo y aquella no terapéutica o sin beneficio individual directo pese a que, como se señaló, los recaudos deben incrementarse en esta última —abarca dos subespecies— (*supra*, núm. 2) con especial repercusión, además, en los supuestos de personas vulnerables (*infra*, núm. 5) (39).

---

(37) LAFERRIERE, Jorge N., “La investigación en seres humanos en el Proyecto”, RDFyP, IV-6-281.

(38) BERGEL, Salvador D., “Notas sobre la bioética en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, RDFyP, VI-10-144.

(39) ANDRUET, Armando S. (h.), “Derechos y actos personalísimos. Comentarios al

**b)** La enunciación de supuestos de “investigación médica” que se mencionan no abarcan todos los supuestos comprendidos dentro de esa expresión —más genérica— pues ella comprende otros supuestos, como lo sería el relativo a la rehabilitación. Ha de entenderse, por lo tanto, que las menciones (tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas) son solo enunciativas. La expresión “tales como...” corrobora la afirmación de una enumeración ejemplificativa.

**c)** Se ha observado (40) que las investigaciones médicas no comportan, siempre, una “intervención” —a la que se refiere exclusivamente el precepto— pues a veces se circunscriben a “observaciones” (por ejemplo, la vigilancia de brotes epidémicos o de infecciones intrahospitalarias; los registros de enfermedades o de efectos adversos de medicamentos o la evaluación del impacto de un programa sanitario); es manifiesto, sin embargo, que en muchos de esos casos resulta imprescindible el resguardo de los derechos personalísimos de la persona y constituye un ejemplo paradigmático de ello el célebre experimento Tuskegee. En este aspecto, se había sugerido agregar en el epígrafe del artículo alguna expresión genérica como la frase “...e investigación científica de cualquier clase realizada sobre seres humanos” e igual agregado en el primer párrafo del artículo (41). De cualquier modo, la “extensión de los requisitos a algunos de los procesos ‘observacionales’ puede hacerse por vía extensiva o por aplicación de la analogía”.

**d)** No se han previsto criterios especiales relativos al procedimiento experimental sobre personas particularmente vulnerables, como lo son los embriones, los reclusos privados de su libertad, menores de edad o enfermos mentales o la situación especial de mujeres embarazadas o en período de lactancia (42); en todos esos supuestos se impone establecer “deberes reforzados de tutela” (43). Consideración especial, incluso, re-

---

Código Civil y Comercial de la Nación”, RDFyP, VI-10-159, considera que el artículo se circunscribe a regular la investigación no terapéutica, aunque partiendo de una concepción personal de la distinción entre investigación terapéutica y no terapéutica. Nosotros, como se dice en el texto, consideramos que el artículo abarca ambas especies, sin precisar los mayores resguardos que requiere la no terapéutica.

(40) TALE, Camilo, “Las experimentaciones médicas sobre seres humanos en el Proyecto de Código”, La Ley, 2013-A, 815.

(41) Lo había propuesto, TALE, Camilo, “Las experimentaciones médicas sobre seres humanos en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-A, 815.

(42) LAFERRIERE, Jorge N., “La investigación de seres humanos en el Proyecto”, RDFyP, IV-6-284; ANDRUET, Armando S. (h.), “Derechos y actos personalísimos. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación”, RDFyP, VI-10-161.

(43) SOSA, Guillermina, Incidencias en la aplicación del derecho de las personas vulnerables, Suplemento constitucional La Ley, mayo 2017.



quieren aquellas personas que por su condición social, cultural educativa o económica desfavorable poseen mayor susceptibilidad de ser influidos por la expectativa de recibir incentivos o por alguna forma de coerción.

Independientemente de las señaladas observaciones, una evaluación más general y sistémica del ordenamiento jurídico argentino (es de importancia la interpretación analógica y la “juridización” de documentos internacionales) permite completar las directivas de todo proceso de investigación.

## VII. Requisitos del procedimiento investigativo

Se analizan los requisitos que establece el artículo 58 a continuación:

Inciso a) *describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación*

El procedimiento investigativo debe realizarse sobre la base de un protocolo de investigación. El protocolo o proyecto de investigación es el documento formal ético-científico que expone la propuesta detallada de las actividades que se van a realizar para resolver el problema de investigación que le dio origen, con la indicación del método propuesto y la “descripción del proyecto”.

La ausencia de indicaciones del inciso acerca del contenido que ha de darse a la “descripción” del Proyecto debe completarse por distintas vías:

i) En primer lugar, remitiéndose a los requisitos que imponen los restantes incisos (cuyo análisis se realiza en los acápites siguientes): la ausencia de alguno de ellos constituye un obstáculo para la aprobación del protocolo de modo que este debe contener las precisiones indicativas de que se proyecta cumplirlos.

ii) Recurriendo a una interpretación extensiva de otras normas. Así, por ejemplo, la disp. 6670/2010 del ANMAT establece su contenido para los estudios de farmacología clínica: información general, antecedentes y justificación, objetivos, diseño del estudio, población en estudio, análisis estadístico, evaluación de eficacia, productos en investigación, aspectos éticos, administrativos y otros.

iii) Recurriendo a la Declaración de Helsinki a la que, como se dijo, le atribuyo el de ser una norma consuetudinaria (o en todo caso, recurriendo a ella como criterio de interpretación del artículo). La fuente del inciso es su párr. 22, que dice en su formulación actual: “el proyecto y el método de todo estudio en seres humanos deben describirse claramente y ser jus-

tificados en un protocolo de investigación...”. El indicado texto, cuyas disposiciones estimo quedan comprendidas en la “descripción del proyecto” a que se refiere el inciso, agrega que el protocolo “debe incluir información sobre financiamiento, patrocinadores, afiliaciones institucionales, posibles conflictos de intereses e incentivos para las personas del estudio y la información para tratar o compensar a las personas que han sufrido daños como consecuencia de su participación en la investigación”. Se ha destacado la importancia de consignar el presupuesto económico de la investigación, el conocimiento del patrocinador (o sea de quien será el posterior dueño de una patente) y lo que se habrá de pagarse al investigador principal y sus colaboradores (44). No resulta secundaria, asimismo, la existencia de una cobertura asegurativa relacionada con los daños que pueda causar la actividad experimental: la exigencia está contemplada expresamente en el derecho italiano (art. 5 ley 211/2003) y en nuestro derecho, al menos como regla, puede deducirse de la necesidad de asegurar el cumplimiento del deber que impone al experimentador el inciso i) del artículo, de la eventual concurrencia de los presupuestos de una responsabilidad civil y del deber de hacerse cargo de los eventos dañosos (sobre esto último, *infra* inciso i).

Inciso b) *ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas*

Siguiendo el criterio previsto en la disp. 6677/2010 de la Anmat (cuya fuente, a su vez, es la Declaración de Helsinki) (45) el inciso requiere requisitos de idoneidad científica y profesional adecuada al tipo de investigación que se realice. La disposición Anmat mencionada requiere que los investigadores posean la formación y capacitación adecuadas para las tareas (sección A, punto 4.7) cuestión que deberá acreditarlo con constancias de su capacitación y experiencia (sección B, punto 2.2. c y d). Aunque el inciso alude exclusivamente a los investigadores, siguiendo el criterio de la Anmat, debe extenderse a los otros profesionales que participen del proceso (miembros del comité de ética, auditores e inspectores). El requisito constituye un resguardo adicional esencial tendiente a la tutela de los derechos personalísimos de los sujetos de investigación: en una actividad riesgosa para el bien de la vida y la integridad física de los participantes, la competencia y experiencia de los profesionales intervinientes en un procedimiento carente de reglas de

(44) ANDRUET, Armando S. (h.), “Derechos y actos personalísimos”. Comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación, RDFP, año VI, núm. 10, p. 161.

(45) Dice el párr. 12 en su formulación actual: “La investigación en seres humanos debe ser llevada a cabo sólo por personas con la educación, formación y calificaciones científicas y éticas apropiadas...”

experiencia consolidadas, constituye un elemento calificante y central de toda la disciplina de la experimentación.

*Inciso c) contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación*

El inciso impone el requisito de la aprobación de la investigación por un Comité de Ética en investigación: ello supone la aprobación del protocolo de investigación que impone el inc. a) (46). La necesidad de la aprobación supone que no solo puede denegar el pedido sino proponer modificaciones o cancelar una investigación antes y durante su desarrollo (47).

Como idea general, los objetivos del Comité de Ética consisten en proteger la dignidad, derechos y bienestar de los participantes, a cuyo fin debe proporcionar una evaluación independiente de los aspectos éticos, científicos operativos y jurídicos de los estudios propuestos (asegurarse de que los potenciales participantes darán el “consentimiento” libre de coerciones o incentivos; la consideración que los riesgos son razonablemente previsibles; la apreciación de la idoneidad de los investigadores por su formación profesional y capacitación; una adecuada proporcionalidad entre los objetivos y los riesgos previsibles, las condiciones técnicas y materiales en que desarrollará la investigación y su adecuación a las exigencias de rigor científico y seguridad de las personas intervinientes, etc.).

El precepto no lo prevé, pero es perceptible que su función no debe agotarse con la aprobación del protocolo, sino que —periódicamente— le compete hacer una revisión de lo actuado por el investigador. En ese orden son aplicables las reglas de la Declaración de Helsinki que disponen que “el Comité tiene derecho de controlar los ensayos en curso. El investigador tiene la obligación de proporcionar información del control al Comité, en especial sobre todo incidente adverso grave. No se debe hacer ninguna enmienda en el protocolo sin la consideración y aprobación del Comité. Después de que termine el estudio, los investigadores deberán presentar un informe final al Comité con un resumen de los resultados y conclusiones del estudio” (párr. 23 en su actual formulación).

La precedente enunciación —meramente ejemplificativa— refleja la importancia de sus funciones: es el órgano —necesariamente indepen-

---

(46) La disp. 6670/2010 prevé la intervención de un Comité de Ética para los estudios de farmacología clínica, estableciendo su composición y funciones.

(47) Lo establece expresamente la res. 2480/11 del Ministerio de Salud (B2.2.2.4) para su ámbito de regulación en una disposición extensible a otras investigaciones por la aplicación de la técnica de la analogía.

diente (48)— que está llamado a garantizar el valor científico de la investigación y la tutela de las personas envueltas en ella.

La naturaleza e importancia de sus funciones, a su vez, hace necesario que la composición deba garantizar la competencia y experiencia necesarias en los aspectos éticos, jurídicos, técnicos y metodológicos de la propuesta (49).

En el orden nacional, la ley 24.742 estableció la obligación de instaurar un Comité Hospitalario público en cada hospital del sistema público con indicación de sus funciones: asesoramiento estudio, docencia y supervisión de la investigación, respecto de aquellas cuestiones éticas surgidas de la práctica de la medicina y como se dijo, la reciente res. 1002/2016 del Ministerio de Salud crea el Comité Nacional asesor de Ética en Investigación. En la misma dirección, numerosas provincias sancionaron sus propias disposiciones (50): esta circunstancia plantea el delicado problema si serán los Comités de Ética creados por las legislaturas provinciales las que han de intervenir o si por el contrario, la existencia ahora de una norma legislativa nacional —cuya constitucionalidad es indudable por tratarse de una regulación que garantiza derechos de fondo— impone que hay que ajustarse a sus disposiciones.

*Inciso d) contar con la autorización previa de organismo público correspondiente*

La coexistencia de disposiciones en el Código de fondo (este artículo) con las de las legislaciones provinciales (lo hacen con fundamento en el ejercicio de la policía sanitaria) plantean, también aquí, el interrogante de cuál ha de ser “el organismo público correspondiente” que ha de dar la autorización previa del protocolo de investigación (considerando que ambas jurisdicciones han implementado una autoridad de aplicación). Nos parece que desde el momento en que el legislador nacional se ha arrogado

(48) La Declaración de Helsinki establece que el Comité “debe ser transparente en su funcionamiento, debe ser independiente el investigador, del patrocinador o de cualquier otro tipo de influencia indebida...” (párr. 23 en su formulación actual).

(49) La Declaración de Helsinki impone que “debe estar debidamente calificado” (párr. 23 en su actual formulación) y que ella deba ser multidisciplinaria. No debe excluirse asimismo, la alternativa que pueda recurrir en consulta a expertos externos al Comité mismo en aspectos ajenos al conocimiento y experiencia de sus miembros.

(50) Ley 5057 de la provincia de Catamarca; ley 4781 de la provincia del Chaco; ley 3032 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ley 9011 de la provincia de Córdoba; ley 9779 de la provincia de Entre Ríos; ley 5009 de la provincia de Jujuy; ley 4334 de la provincia de La Pampa; ley 2327 de la provincia de Río Negro, ley 12.391 de la provincia de Santa Fe; ley 6507 de la provincia de Tucumán.

—legítimamente— la facultad de dictar reglas en materia de investigación es a la autoridad de aplicación nacional a la que le incumbe otorgar la autorización previa del protocolo de investigación, salvo aquellas hipótesis en que la legislación provincial agrega requisitos complementarios (siempre que se considere que ellos suponen el ejercicio legítimo del poder de policía sanitario) en cuyo caso deberá intervenir, además, la autoridad de aplicación local, aunque solo respecto del cumplimiento de los recaudos complementarios.

Inciso e) *estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga*

i) Como se dirá, el solo consentimiento del paciente —aun siendo elemento esencial de la licitud del experimento— constituye una tutela insuficiente de los intereses comprometidos en el procedimiento. El inciso impone correlacionar la importancia de los objetivos y el grado de probabilidad de lograrlos con el riesgo que corre la persona: debe resultar de ello que el riesgo a asumir no sea desproporcionado con las ventajas esperables. Sólo después que quienes tienen la calidad de expertos lleguen a una conclusión de esa especie, el procedimiento puede ser sometido al consentimiento de los participantes (regularmente profanos). Para la evaluación del test de proporcionalidad, además del postulado básico que proclama que el objetivo de la investigación no debe tener primacía sobre los derechos e intereses de la persona que participa en la investigación, son relevantes también dos pautas de la Declaración de Helsinki: a) “la investigación en seres humanos sólo debe realizarse cuando la importancia de su objetivo es mayor que el riesgo y los costos para la persona que participa en la investigación” (párr. 16, 2º párr.); b) el deber de “implementar medidas para reducir al mínimo los riesgos” (párr. 17). Asimismo, que una vez iniciado el procedimiento investigativo, ellos deben ser permanentemente evaluados, monitoreados y documentados continuamente por el investigador (párr. 17 2º Declaración).

Va de suyo que la experiencia podrá llevarse a cabo cuando los riesgos sean “razonablemente” previsibles: el criterio de la “razonabilidad” es el utilizado en las “Guidelines”, cuyo punto 4.8.10., al delinear el contenido de la información a suministrar al participante, alude a la mención de los riesgos e inconvenientes “razonablemente” previsibles y los beneficios “razonablemente” previstos. En caso contrario, si no son susceptibles de ser medidos, no hay posibilidad de establecer la proporcionalidad entre ventajas y riesgos.

El modo de evaluación requiere de otras precisiones: el inciso sólo regula el caso de la investigación terapéutica o con beneficio individual directo, es decir, aquella cuya finalidad es predictiva, diagnóstica o curativa para la persona sujeta a experimentación. Se explica que en ese caso se justifique la asunción de determinados riesgos (computando su diversidad, entidad y nivel, sin dejar de considerar el grado de vulnerabilidad de quien se somete a ellas) en razón de las ventajas esperables (considerando su importancia y el grado de probabilidad de lograrlas).

Pero la evaluación de “proporcionalidad” y “razonabilidad” debe ser distinta cuando se trata de una investigación no terapéutica o sin beneficio individual directo: los beneficios esperables para el interés general pueden ser muy significativos y ello resultar insuficiente para justificar el mismo grado de riesgo cuya proporcionalidad es aceptable en la investigación terapéutica. Es el corolario de la aplicación del principio que el interés del participante debe primar sobre cualquier interés de la ciencia (51).

En otro orden, no cabe, en principio, realizar el *test* de proporcionalidad cuando existen técnicas ya probadas y eficaces, pues no cabe —como se adelantó— cambiar un tratamiento positivo por otro aun desconocido e incierto.

En el marco del derecho positivo argentino, la ley 25.467 agrega la obligación de realizar ensayos preclínicos y con animales en forma previa a la experimentación con seres humanos, a fin de determinar adecuadamente la relación ventajas-riesgos, y el grado de seguridad y eficacia del estudio propuesto (art. 3º, inc. e) (52).

---

(51) Dispone, en ese orden, la ley española 14/2007: “Principios generales (...) 2. La investigación no deberá implicar para el ser humano riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios potenciales que se puedan obtener; 3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior cuando la investigación no tenga la posibilidad de producir resultados de beneficio directo para la salud del sujeto participante en la misma solo podrá ser iniciada en el caso que represente un riesgo y una carga mínima para dicho sujeto a juicio del Comité de Ética que debe evaluar la investigación” (art. 14).

(52) La Declaración de Helsinki establece que la investigación debe conformarse, entre otras pautas, con “los experimentos de laboratorio correctamente realizados y en animales cuando sea oportuno”. Agrega que “se debe cuidar también del bienestar de los animales utilizados en la investigación” (párr. 21 en su actual formulación). Acerca de las regulaciones sobre uso de animales en los laboratorios, puede verse KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La categoría jurídica “sujeto/objeto” y su insuficiencia respecto de los animales. Especial referencia a los animales usados en laboratorios”, Separata año 2010, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ii) Un problema particular en la consideración de este punto —en el campo específico de la experimentación con fármacos— se plantea con el uso del “placebo”: la idea base consiste en tratar a un grupo de personas con el fármaco en experimentación confrontando los resultados con otro grupo, o con el placebo o con un fármaco de probada eficacia. Se justifica el empleo en la exigencia de contar con un método objetivo para apreciar los efectos del fármaco en experimentación. Pero lo cierto es que en el ámbito científico y ético es antigua la discusión acerca de las condiciones de licitud que justificarían su empleo.

En una controversia que no puede considerarse aquí, hay que decir que la Declaración de Helsinki —ya desde la versión del año 2000— sólo concibe el uso del placebo cuando hay ausencia de fármacos de probada eficacia para el frente experimental o cuando por razones “metodológicas científicamente sólidas y consistentes (...) sea necesario para determinar la eficacia y la seguridad de una intervención el uso de cualquier intervención que la mejor probada, el uso de un placebo o ninguna intervención...” Será menester, sin embargo, que “... Los participantes que reciben cualquier intervención menos eficaz que la mejor probada, el placebo o ninguna intervención (...) no corran (...) riesgos adicionales de daño grave o irreversible como consecuencia de no recibir la mejor intervención probada” (párr. 33).

Es de importancia señalar que la *Federal Drug Administration* cuestionó algunas reformas de esa versión de la Declaración del año 2000, particularmente en vista de las restricciones impuestas al uso del placebo (cuyo uso aceptaba con mayor permisividad) y, como se adelantó, en el año 2008 estableció las “*Guidelines for Good Clinical Practice-International Conference of Harmonization, GCP-ICH*”. A propósito de ello, un sector de la doctrina especializada considera que ellas carecen del valor simbólico y moral de la Declaración de Helsinki (53).

Inciso f) *contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable*

El inciso enuncia los requisitos del “consentimiento” en el proceso investigativo: el carácter experimental del procedimiento y las eventuales consecuencias que pueden resultar en la salud, integridad física o vida del

---

(53) MARSICO, Gaia, “La sperimentazione clinica: profili biotici” en *Trattato di bio-diritto*, diretto da Setafano Rodotà, Paolo Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 628 y s.

participante, explican la necesidad de acentuar los recaudos para asegurar la concurrencia de todos ellos.

### *f.1) “Libre”*

Supone no solo la ausencia de los clásicos vicios de la voluntad, sino la inexistencia de cualquier tipo de coacción, sugestión (económica o no) incentivo o presión que afecte o altere una decisión “libre”. Particulares problemas se plantean en algunos casos (no contemplados especialmente en el Código Civil y Comercial) a los que se engloba caracterizándolos como grupos o personas “vulnerables”. Son los casos de los reclusos privados de su libertad, los menores, las personas discapacitadas, las mujeres embarazadas; más ampliamente, se engloba también a las personas o grupos o poblaciones que por su condición social, educativa, cultural o económica, están expuestas a cualquier forma de presión o influencias indebidas (54). Sin caracterizarlos ni enumerarlos, la Declaración de Helsinki hace referencia a ellos, estableciendo reglas de significación: deben recibir protección específica; tratándose de un grupo vulnerable la investigación sólo se justifica si responde a sus necesidades o prioridades de salud y ella no puede realizarse en un grupo no vulnerable (párrs. 19 y 20 en su formulación actual).

#### f.1.1) Reclusos privados de su libertad

Por un lado, su condición posibilita la participación en estudios de largo alcance —inaccesibles, por ello, al resto de la población— y su decisión puede basarse en un medio de escapar al tedio de la prisión y al deseo de resultar útiles socialmente. Pero no puede ignorarse que su voluntad puede estar limitada por la expectativa de un beneficio —como la libertad anticipada— y que su particular situación los expone más fácilmente a alguna forma de coerción. Las dificultades deben ser serias cuando en varios países se consideran como prácticas ilegales, aunque algunos moralistas

---

(54) Puede verse MARSICO, Gaia, “Sperimentazione clinica: profii biotici”, en *Trattato di biodiritto*, diretto da Setafano Rodotà, Paolo Zatti, I diritti in medicina, Giuffrè, p. 636, quien observa que también las personas que las personas que “objetivamente” tienen una expectativa de vida muy baja y se proponen ingresar en una investigación con beneficio escaso o irrelevante, también deben considerarse “vulnerables”. En nuestro país, la res. 1480/2011 del Ministerio de Salud, aplicable extensivamente por aplicación de la analogía, alude “a modo de orientación” a desocupados, sin vivienda o vivienda precaria, sin cobertura social, analfabetos con estudios primarios incompletos, pueblos originarios o condición de refugiado o desplazado (A5P12).



las aceptan con las debidas garantías (55). La ley 24.660 prohíbe someter al interno penitenciario a investigaciones o tratamientos médicos o científicos de carácter experimental, excepto que se trate de enfermedades incurables y siempre que las investigaciones o tratamientos experimentales se orienten a lograr una mejora en su estado de salud (art. 150).

#### f.1.2) Enfermos mentales

Indicaciones claras de los efectos terapéuticos de muchas drogas solo pueden apreciarse en los propios enfermos (algunas drogas psicoactivas no producen efectos —o solo algunos en personas normales— y muchas de las enfermedades mentales no se presentan en animales). Pero es evidente que cuando hay ausencia de discernimiento o capacidad, ello les impide expresar un asentimiento válido. Los poderes del representante legal o asistentes o apoyos para otorgar el asentimiento quedan limitados, en principio, a los casos en que esté en juego la salud de su representado y el tratamiento a realizar está científicamente aceptado (56). De ahí que en materia de experimentación, sus poderes solo podrían aceptarse: a) en la investigación terapéutica y siempre que la relación riesgosa a asumir y beneficios esperados sea sumamente favorable y haya fracasado el tratamiento convencional; b) en la investigación no terapéutica (o sin beneficio individual directo), cuando se pueda establecer con certeza la ausencia de cualquier riesgo (57). En situaciones extraordinarias, sin embargo, puede aceptarse una morigeración del principio (58).

Atendiendo a la naturaleza de los derechos en juego debería ser indispensable la autorización judicial (59): la valoración debe ser estricta en

---

(55) LÓPEZ AZPITARTE, Eduardo, “Ética y vida”, Ediciones San Pablo, España, p. 282.

(56) Sobre el tema, TOBIAS, José W., “El consentimiento del paciente en el acto médico”, ED, 93-804 y ss.

(57) Art. 11, ley 11.044 de la provincia de Buenos Aires.

(58) Un Documento Internacional como la Convención de Oviedo admite el experimento “a título excepcional” cuando tenga por objeto “una mejora significativa del conocimiento científico del estado de la persona, de su enfermedad o de su trastorno, que permita la obtención de resultados para la persona afectada o para otras personas de la misma categoría de edad o que padezcan de la misma enfermedad o disturbio o que presentan esas características y comportan para el participante un riesgo o inconveniente mínimo (art. 17). De modo parecido, la Declaración de Helsinki luego de establecer la regla que las personas “incapaces” no deben ser incluidos en experimentos que no tengan posibilidad de beneficios para ellas, establece la excepción que ella “... tenga como objetivo promover la salud del grupo representado por el participante potencial y esta investigación no pueda realizarse en personas capaces (...) y la investigación implica sólo un riesgo y costo mínimos” (párr. 28 en su actual formulación).

(59) Comp. BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, María T. y BERTOLDI DE FOUR-

el caso de personas recluidas en hospitales psiquiátricos o similares, en que se presenta el peligro de convertir a los internados en simple material de experimentación. En todos los casos en que se considere que hay discernimiento para el acto, la ley 26.657 contempla que pueden prestar su consentimiento fehaciente (art. 7º, inc. m)].

### f.1.3) Menores de edad

Como regla, ellos no pueden quedar sujetos a experimentos que puedan ser llevados a cabo con mayores de edad. Empero, muchos de estos resultados no se pueden extrapolar automáticamente a menores: el incremento de los conocimientos y terapias de enfermedades propias de la infancia solo puede lograrse, a veces, con experiencias realizadas en esa población y, en muchos casos, la necesidad de la experimentación solo resulta de la necesidad de establecer el dosaje de la droga a emplearse en menores, luego de establecerse su valor terapéutico en mayores de edad. A nuestro juicio, el asentimiento para el procedimiento investigativo médico requiere la plena capacidad de obrar: la aptitud de ejercicio que el tercer párrafo del art. 26 nuevo Código atribuye al menor entre 13 y 16 años, se circunscribe a los tratamientos convencionales reconocidos e igual afirmación debe hacerse respecto de la aptitud que el último párrafo del mismo artículo atribuye al adolescente de 16 años “para las decisiones atinentes al cuidado del propio cuerpo” (60). Los poderes de los representantes legales, a esos fines, tienen los mismos límites que el de los declarados incapaces o con capacidad restringida, de modo que —como regla— no será factible que lo otorguen, con las mismas excepciones allí indicadas y, tratándose de menores adolescentes, deberán ser oídos cuando se estime que cuentan con el discernimiento necesario para el acto de que se trata (61).

### f.1.4) Mujeres embarazadas o en período de lactancia

Ellas deben ser excluidas de todo proceso de investigación ajeno al embarazo o la lactancia, pues a su propio riesgo se agrega el de la persona por nacer o el recién nacido. Si la investigación tiende a la obtención de

CADE, María V., “Trasplante de órganos”, Hammurabi, Buenos Aires, p. 31.

(60) Comparar, sin embargo, HOOFT, Irene, en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Julio C. Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, Tº I, p. 235.

(61) Es ilustrativa la declaración de Helsinki: “si un participante potencial que toma parte de la investigación considerado incapaz de dar su consentimiento informado es capaz de dar su consentimiento a participar o no en la investigación, el medico debe pedirlo, además del consentimiento del representante legal...” y agrega: “... El desacuerdo del participante potencial debe ser respetado” (párr. 29 en su actual formulación).

conocimientos generales sobre el proceso de embarazo o la evolución intrauterina del *nasciturus*, solo cabría aceptarla si no revistiera riesgo alguno para ambos. Si el objeto es la obtención de conocimiento para el mejor tratamiento de la mujer embarazada o la sobrevivencia de la persona por nacer, la licitud solo podría aceptarse cuando el riesgo para ambos deba considerarse mínimo en relación a los posibles beneficios; si ellos persiguen una finalidad terapéutica en la propia paciente embarazada, regirá el mismo criterio anterior, salvo que esté comprometida la vida de la madre o aspectos relevantes de su salud (62). En todos los casos será necesario el asentimiento conjunto de los cónyuges o, en su caso, los convivientes.

### *f.2) "Informado"*

Requisito de validez del asentimiento de quien se someterá a un proceso experimental es el real conocimiento de las características de la investigación a que se someterá, pues de otra manera aquél resultaría viciado. Ello supone la existencia de un deber de información del investigador. Atendiendo a la naturaleza experimental del procedimiento, el contenido de la información debe ser considerablemente más amplio y pormenorizado que el requerible en un tratamiento convencional; esta regla se acentúa en materia de investigaciones no terapéuticas. La información debe comprender los requisitos del consentimiento informado (a cuyo comentario se remite) y abarcar "los objetivos y metodología de la investigación". Todo ello se debe explicar "en términos comprensibles" y ello requiere adecuar la información a las condiciones culturales, educativas y sociales del participante; los recaudos para dar por cumplido el requisito deben acentuarse en los casos de personas vulnerables: ello no supone privarlos de la posibilidad de participar en una experimentación (no sólo terapéutica sino también, en ocasiones, sin beneficio individual directo) sino adoptar particulares precauciones en la obtención del consentimiento (comprensiva de la real aptitud para otorgarlo y la valoración de los motivos tenidos en cuenta).

### *f.3) "Escrito"*

La naturaleza del procedimiento debe inducir a concluir que el asentimiento debe ser necesariamente "expreso". El principio de la libertad de las formas se encuentra limitado, aquí, por la necesidad de la forma "escrita".

---

(62) El Código de la Salud Pública de Francia establece que las investigaciones sin beneficio individual directo, solo pueden ser realizadas si ellas no presentan ningún riesgo serio previsible para la salud de la madre y su hijo, si no pueden ser realizadas de otro modo y si son útiles al conocimiento del embarazo o a la evolución intrauterina.

## f.4) “Específico”

No puede consistir en un consentimiento genérico para prácticas experimentales, sino que debe versar sobre el procedimiento concreto al que la persona está dispuesta a someterse, individualizándolo de una manera indudable.

El inciso consagra la revocabilidad del “consentimiento”: no resulta necesario que sea causado y puede realizarse antes o durante el procedimiento (el precepto no impone exigencias ni límites temporales). La ausencia de eficacia vinculante del “consentimiento” y, por ello el de su revocabilidad, está regulado también en los arts. 55 y 56 y lo establecen, asimismo, las leyes 24.193 (art. 15) y 26.529 (art. 2º, inc. e)]. Es una derivación del principio de autodeterminación: en materias vinculadas con aspectos centrales de la persona —como la que se considera— el principio debe primar —al menos como regla— sobre la operatividad de la investigación.

Inciso g) *no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación*

El requisito se ha considerado en el acápite e) al que se remite.

Inciso h) *resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal*

El texto guarda sintonía con el inc. r) del art. 5º de la disposición Anmat 6677, que prevé que el documento consentimiento informado debe contener “una constancia de que sus datos de identificación se mantendrán en forma confidencial, aun en caso de publicación de los resultados de la investigación, según la ley 25.326”. El precepto impone como requisito para realizar la investigación el resguardo de la intimidad de la persona y confidencialidad de su información personal: esos datos revisten el carácter de “datos sensibles”, según el art. 2º, la ley 25.326, por tratarse de información relativa a la salud del participante y por eso mismo, están sujetos a un régimen de protección más estricto. En principio, existe una prohibición legal de formar archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revelen datos sensibles (art. 7º, inc. 3º, ley 25.326); de ahí que ninguna persona puede ser obligada a proporcionar datos sensibles (art. 7º, inc. 1º, ley 25.326).

Por otra parte, la ley 25.326 permite la recolección y tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por la ley, o cuando la finalidad de su recolección y tratamiento sea estadística o científica y los

titulares de los datos personales recabados no puedan ser identificados. Resulta de especial relevancia, por lo tanto, la determinación del método de disociación de datos a fin de resguardar la confidencialidad de los datos del participante.

En consecuencia, a fin de proteger los derechos de intimidad y confidencialidad de la información personal de la persona y en consonancia con la ley 25.326 deben cumplirse los siguientes lineamientos:

Es de señalar que el límite del inciso reviste importancia especial en los estudios que requieren la recolección de material genético: ello impone la necesidad de expresar el destino de los datos que se obtendrán y el deber de no utilizarlos para otra finalidad (63).

#### *h.1) Disociación de datos*

Deben disociarse los datos del participante e indicarse expresamente en el formulario de consentimiento informado el principio utilizado para la disociación de sus datos indicando, de este modo, la forma en que se protegerá la información. En la práctica suelen usarse sistemas de asignar, la de un número de código único que solo pueden relacionarse con el estudio a través de una clave creada mediante un archivo computarizado, o las iniciales, la combinación de iniciales con fechas de nacimiento.

#### *h.2) Exactitud y veracidad de datos*

Los datos deben ser exactos y actualizarse en caso de que lo fuere necesario. En el mismo sentido, los datos total o parcialmente inexactos, o que sean incompletos, deben ser suprimidos y sustituidos, o en su caso completados por el responsable del archivo cuando tenga conocimiento de tal exactitud (art. 4º, incs. 4º y 5º).

#### *h.3) Respeto de la finalidad*

Los datos recabados no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención (art. 4º, inc. 3º, ley 25.326). En tal sentido, el consentimiento informado debe indicar expresa y acabadamente la finalidad para la cual se obtienen los datos.

---

(63) WIERZBA, Sandra, "Disposiciones sobre la propia salud en el Código unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas" en *Bioética en el "Código Civil y Comercial de la Nación"*, La Ley, p. 251.

Siguiendo este principio, los datos no podrían ser utilizados para investigaciones futuras o investigaciones conexas no contempladas en el consentimiento y debería solicitarse un nuevo consentimiento.

#### *h.4) Garantizar el derecho de acceso rectificación, cancelación o supresión*

La ley 25.326 (art. 14) garantiza al titular de los datos, con la sola acreditación de su identidad, el derecho de acceso, esto es, el derecho a solicitar y obtener información de sus datos personales, así como (art. 16) el derecho de rectificar, actualizar, suprimir y someter a confidencialidad los datos de que es titular.

#### *h.5) Cesión de información*

El consentimiento informado que suscriba el participante debe indicar a quién o quiénes se efectuarán cesiones de la información relativa a la salud del paciente/voluntario y debe darse cumplimiento a lo previsto en el art. 11 de la ley 25.326 que dispone que solo pueden ser cedidos los datos para el cumplimiento de los fines relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario, y con el previo consentimiento del titular de los datos al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario. Es decir, el formulario de consentimiento debería indicar con quienes se compartirá la información (Comité de Ética, Anmat, etc.). Las cesiones deben realizarse aplicando los procedimientos de disociación mencionados anteriormente.

#### *h.6) Deber de confidencialidad*

El deber de secreto obliga al responsable, y a las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos, a respetar el secreto profesional respecto de los mismos.

#### *h.7) Deber de seguridad*

El responsable de los datos debe adoptar todas las medidas técnicas y organizativas adecuadas a los riesgos que presenta el tratamiento (art. 9º, inc. 1º, ley 15.326).

Inciso i) *asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica*

*apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida*

El inciso impone al patrocinador e investigador la asistencia médica durante el proceso investigativo, que se extiende, a nuestro juicio, hasta después de finalizado: el texto, en efecto, no establece un límite temporal sino solo la causa de la necesidad de la atención médica que debe resultar de “eventos adversos relacionados con la investigación” (64); ella debe ser, además, oportuna, brindándola cuando sea requerida y debe entenderse que debe ser también adecuada (65).

El inciso, a nuestro juicio, alude a la atención médica resultante del acaecimiento de eventos (previstos o imprevistos) relacionados con la experimentación y plantea el interrogante si han de ser resarcidos otros daños —no susceptibles de ser reparados por la atención médica— causados por el suceder de “efectos adversos” resultantes de riesgos (previstos o no). La solución es clara —funcionan los presupuestos generales de la responsabilidad civil— cuando los daños resultan de riesgos que se debieron prever actuando con la diligencia debida.

Más dudosa parece la solución en presencia de daños derivados de riesgos previstos puestos en conocimiento y aceptados por el participante (en que el inciso parece circunscribir el deber del investigador a la “atención médica”) o de aquellos que no pudieron preverse actuando con la diligencia debida. Ha de decirse que la Declaración de Helsinki, mas ampliamente, establece que “Se debe asegurar compensación y tratamiento apropiados para las personas que son dañadas durante su participación en la investigación” (art. 15 en su formulación actual) y que en el orden legal local, la res. 1480/11 del Ministerio de Salud relativa a los estudios de farmacología clínica, prescribe, también, que “en caso de daño derivado de la participación en un ensayo, los participantes deben tener acceso a la atención medica necesaria y a una compensación apropiada mediante la contratación de un seguro u otra forma de garantía demostrable” (párr. 18) (66).

---

(64) El texto original del Anteproyecto (inciso d), más precisamente, decía: “asegurar al participante la atención médica pertinente, durante y finalizada la intervención”.

(65) En sentido parecido, la disp. 6670 del Anmat prescribe: “el patrocinador deberá asegurar la cobertura de la atención medica” (7.2), y que son obligaciones del patrocinador “...1. Asegurarle (al participante) que recibirá asistencia y tratamiento médico, de forma inmediata y adecuados cuando concurren los presupuestos que afectan su salud y 2. La obligación de afrontar el pago de los costos que dicha asistencia genere, de modo de garantizar al sujeto la gratuidad de los mismos”. El requisito que la participación no resulte onerosa a los participantes, presupone que ella debe ser gratuita: lo establece expresamente para la investigación en farmacología clínica la res. 1480 del Ministerio de Salud (art. 4.11).

(66) En la misma línea, la ley 3301 de la Ciudad de Buenos Aires prescribe que: “...

En los términos señalados, nosotros pensamos que el inciso contempla una cobertura mínima (la de la atención médica) y que, independientemente de ello, es deber del investigador la contratación de un seguro u otra garantía que compense al participante de otros daños (previstos e imprevistos) acaecidos en el curso de la investigación (res. 14.810/11 el MS aplicable por extensión mediante el recurso de la analogía, sin perjuicio de la similar solución de la Declaración de Helsinki, a cuyas disposiciones les he atribuido el valor de normas consuetudinarias.

En otro orden, el precepto impone asegurar al investigador que “la participación de los sujetos no les resulte onerosa”. Ello supone, a nuestro juicio, que queda abierta la facultad del investigador de reintegrar los gastos efectivos y comprobables que la participación le requiera al sujeto de la investigación y plantea el interrogante si ello abarca también el “lucro cesante” que la participación acarrea (por ejemplo, la pérdida de ingresos en el tiempo afectado al proceso). La contestación parece que debe ser afirmativa (la pérdida de ingresos supone “onerosidad” para el participante); es de observar, sin embargo, que la apreciación de la prueba de la situación debe hacerse con un criterio riguroso y restrictivo, pues de otro modo se podría constituir en un procedimiento indirecto generador de “incentivos” prohibidos.

Inciso j) *asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos*

Siguiendo lo dispuesto en la disp. 6677/2010 y la res. 1480/11 del Ministerio de Salud, este inciso reitera y extiende la obligación de proveer el tratamiento que haya resultado beneficioso al sujeto aun luego de finalizada la investigación (67). Se trata de una regla biótica prescripta por la Declaración de Helsinki (68). ♦

---

los sujetos deben tener garantía de cobertura de gastos (ordinarios y extraordinarios) y compensaciones integrales por las molestias ocasionadas, pérdidas de productividad y todo tipo de daños físicos y psíquicos, que se deriven de la participación en la investigación...” (art. 5, inc. 17).

(67) WIERZBA, Sandra, “Disposiciones sobre la propia salud en el Código unificado. Consentimiento informado y directivas anticipadas” en *Bioética en el “Código Civil y Comercial de la Nación”*, La Ley, p. 253.

(68) Dice el párr. 34 en su formulación actual: “Antes del ensayo clínico, los auspiciadores, investigadores y los gobiernos de los países anfitriones deben prever el acceso postensayo a todos los participantes que todavía necesitan una intervención que ha sido identificada como beneficiosa en el ensayo...”, en que no queda precisado si el deber se agota con asegurar “la disponibilidad y accesibilidad” (aunque sea a título oneroso) o si supone el de asegurarla a título gratuito.



# DERECHO DE ASOCIACIÓN Y DE NO ASOCIACIÓN

POR JORGE REINALDO VANOSSI (\*)

I. La libertad de asociación consiste en el reconocimiento a las personas del derecho a celebrar acuerdos tendientes a hacer algo en conjunto y con permanencia. Ese “algo” constituye el objeto social, pudiendo tener la más variada índole o contenido. La actividad conducente al objeto social es el *modus operandi* de la asociación. También existe un impulso societario, consistente en la acción resultante del consenso sobre el objeto social. En las concepciones tradicionales, sería el ingrediente psicológico de sus miembros; más precisamente, caracteriza a los conductores de la asociación, que manipulan la energía en pos de los objetivos trazados. Históricamente se ha hablado de la *afectio societatis* de los miembros de toda sociedad; pero este es un concepto muy impreciso y relativizado. Hoy en día corresponde hablar, más propiamente, de una voluntad de arriesgar en común con miras a beneficiarse (si existen fines de lucro) o alcanzar otro objetivo (si no existen fines de lucro). Cuando se habla de beneficio, se alude al resultado de la participación de los objetivos que se han concretizado y que sean mensurables. El contrato de sociedad es una estipulación de riesgos en común, compartidos; donde la autonomía de la voluntad es volcada para afrontar en común la prosecución de un objetivo. Y es así, aun computando los frecuentes casos en que se esté en presencia de un contrato de adhesión.

En síntesis, el derecho de asociación se concreta en una parcela de la libertad orientada a la concretización formal e institucionalizada del consenso alrededor de un objetivo tangible y mensurable, cuya proyección no es necesariamente crematística. Asociarse es medir y sumar. No se asocia quien no necesita sumar medios para alcanzar un objetivo. La asociación es un marco de posibilidades de mayor energía para obtener algo. Ese “*en función de algo*” es típico del derecho de asociación.

Hay otras libertades que son consideradas por sí mismas: tránsito, expresión, trabajo, culto, enseñanza, etc. Pero en las Constituciones tam-

---

(\*) Comunicación del Académico Presidente, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de junio de 2017.

bién figuran enunciados derechos que están connotados por el sentido de la “*utilidad*” o de la “*licitud*” (v. gr., en nuestro art. 14). Todos los derechos están expresa o tácitamente incluidos en la connotación condicionante de la “*licitud*”. ¿Pero qué virtualidad tiene la primera connotación, es decir, la de la utilidad? Que tales derechos solo están justificados como medio o instrumento para el goce de otros derechos.

En consecuencia, el derecho de asociación es nada más que una modalidad admitida legalmente para el ejercicio de otros derechos. Cuando el Estado lo impone, es una manifestación del poder de policía que se delega en los propios interesados y reviste una aplicación del principio autogestionario. La libertad de asociación juega en el ámbito del derecho privado: allí está la “*autonomía de la voluntad*”, la que decide soberanamente sobre la formación o no de determinadas asociaciones, sobre el ingreso o no a las mismas, sobre la permanencia o la salida de ellas. Pero existe otro ámbito, regulado enteramente por el derecho público, en el que el Estado puede crear entidades, que no necesariamente están bajo su directa conducción, pero que son consideradas el órgano de inexcusable pertenencia para poder disfrutar del goce de otros derechos. Se trata de entes públicos, pero no estatales; y son “públicos” porque su existencia y funcionamiento están justificados por las competencias que tienen asignados, aunque la conducción no emane del Estado. Con otras palabras, el derecho constitucional admite que en determinadas circunstancias no sea viable la invocación del “*derecho de no asociación*”, cuando está de por medio un ejercicio razonable de la potestad o poder de policía del Estado, en virtud de la cual se considere que el objetivo prioritario y protegido por ese poder solo se puede alcanzar mediante un quehacer colectivo en el que necesariamente deban participar todos aquellos que en definitiva resultaran de alguna manera beneficiarios del ejercicio de esa potestad.

Cuando la Constitución protege la libertad de asociación, está extendiendo los beneficios de la esfera de libre acción humana a las acciones que el hombre puede realizar en conjunto o colectivamente: las asociaciones se forman para que sus integrantes procuren un objetivo que supone la celebración de actos por todos ellos o con efectos para todos ellos. De la misma manera, también puede acudir el Estado a las formas societarias como medio apto y viable para el ejercicio eficaz de sus atribuciones en cuanto algunas de éstas no requieran una actividad directa y centralizada de los órganos estatales. Será cada ordenamiento constitucional el que establecerá los límites de la libertad de asociación para las personas y el ámbito de las competencias estatales en que pueda estar autorizada esa suerte de delegación.

Para precisar el marco constitucional del derecho de asociación es necesario partir del punto de vista reinante en el tiempo de los constituyen-

tes. Sin perjuicio de superar esa visión, no podemos prescindir *ab initio* de que para el jusnaturalismo el derecho de asociación es un derecho que sin ninguna discusión nace de la naturaleza gregaria del ser humano. Si el ser humano tiene libertad para desarrollar su personalidad en forma aislada, también puede asociarse libremente a la actividad de los otros. Esto era obvio en la época de nuestros constituyentes, en que era frecuente la cita de los más viejos teóricos, como Aristóteles por ejemplo, que señalaba este carácter gregario diciendo que el hombre aislado, el hombre que no entraba en sociedad, era algo así como una bestia o un Dios.

Entre nosotros, algunos de los autores clásicos del derecho constitucional, como Agustín de Vedia, han dicho que la asociación es en principio instintiva, para luego y en un plano posterior, hacerse reflexiva y convertirse en una entidad imprescindible. En la historia, a lo largo de los siglos, siempre ha sido verificable que los individuos en aislamiento son impotentes, siendo su asociación una “vía de potenciamiento”, que los habilita más fácilmente para modificar la realidad o para influir sobre ella. También, desde luego, para influir sobre el poder.

En una línea muy semejante a ésta, también en la famosa encíclica “*Rerum Novarum*”, la Iglesia reivindicó el derecho de asociación y señaló todos los perfiles positivos con que el hombre puede enriquecerse a través del ejercicio de este derecho.

Y pasando más al plano de la relación política, uno de los brillantes analistas, Alexis de Tocqueville, destacó la relación entre la vocación de asociación del pueblo americano (que era la realidad concreta que él estudiaba) y el vigor de sus instituciones democráticas. Atribuía, precisamente, a las asociaciones el potenciamiento del sistema democrático y lo radicaba más que nada en el espíritu asociativo que, para el más variado orden, tenían los habitantes de ese pueblo. Las asociaciones constituyen, pues, canales de influencia, entre los individuos y el Estado. Un autor alemán más contemporáneo, Stein, que trata de situar este mismo problema en su país, dice que la democracia es tanto más real cuanto mayor libertad existe, para que las corrientes de opinión y de voluntad de los individuos desemboquen, por medio de pequeñas y grandes asociaciones, en la formación de la voluntad estatal a través del parlamento. Se trata en primer término, de un problema de integración, toda vez que la práctica del derecho de asociación intensifica la integración de un pueblo en su plano interno (*Derecho Político*, pág. 150).

Es curioso cómo la realidad a la cual se refería Tocqueville era la de un pueblo en cuya Constitución no figuraba enumerado el derecho de asociación en forma expresa. Se había incluido formalmente el de reu-

nión, pero no el de asociación. Y nosotros, que seguimos ese modelo, lo hicimos al revés, ya que enumeramos el derecho de asociación y omitimos el de reunión. Pero obviamente fue considerado siempre un derecho no enumerado pero que nace del principio de la forma republicana (art. 33), de la libertad de palabra, de la libertad de prensa, de la libertad de cultos; que ha fundamentado el ejercicio de la libertad en general a través de la formación de partidos políticos, sindicatos laborales y los grupos religiosos.

La explicación de esto está en que al tiempo en que se sancionó la Declaración de Derechos en Estados Unidos, en 1791, como complemento de una Constitución que estaba incompleta, hacia ese momento era tan obvia la práctica, el reconocimiento y el ejercicio intensivo del derecho de asociación a nivel de los estados, que no les parecía posible imaginar que por vía de una legislación federal se llegara a restringir un derecho que ya estaba totalmente arraigado desde el origen mismo de ese país (a tal punto que los primitivos colonos, en algunas de las expediciones que partieron de Inglaterra, como la del Mayflower, para formar lo que luego serían las 13 colonias, celebraron en navegación un pacto o un contrato de asociación, que fue la base política de esas entidades).

En síntesis, podríamos decir que el marco dentro del cual tenemos que ubicar este derecho es el de la libertad civil, pero también debemos hacerlo en el de la libertad política. El derecho de asociación ha jugado tanto en el ámbito de los derechos civiles como en el de los derechos políticos. Y dentro del ámbito de los derechos civiles ha jugado no solamente en el marco de los derechos civiles individuales, que son los tradicionales, sino también, más contemporáneamente y a tenor de las transformaciones de la sociedad y del Estado que se han registrado en el siglo pasado y en el actual, ha jugado en el marco de los derechos civiles sociales.

O sea que primariamente es una libertad civil, pero su aplicación abarca esos otros ámbitos.

Hay varios puntos de vista desde los que se puede mirar al derecho de asociación. Se puede efectuar el miraje partiendo de los individuos o ubicándonos en la asociación misma. Cuando se lo hace de la primera manera, es decir, desde el punto de vista de los individuos, se trata del aspecto externo del derecho de asociación, y cuando el miraje es desde el segundo, se lo considera el aspecto interno. Al primero se lo ha definido como la facultad o la libertad de crear o ingresar a una persona jurídica ya creada, de carácter privado y que tenga fines útiles o aquellas de carácter público no necesarias. En el segundo miraje se lo ha definido como el conjunto de facultades que el Estado le reconoce para desenvolverse como tal, es de-

cir la asociación, y para ser ejercidas sobre sus miembros (véase Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, pág. 162).

Algunos sectores de la doctrina, por ejemplo la doctrina alemana posterior a la segunda guerra mundial, subrayan la distinción entre el derecho a formar asociaciones, que denominan *libertad de constituir las*, que es una suerte de asociación frente al Estado; y, por otro lado, el derecho a una actividad coordinada, que denominan *libertad de actuación* de esas asociaciones, que es una suerte de derecho de coordinar las actividades societarias.

Según la misma doctrina alemana, la protección constitucional abarca todo tipo de uniones creadas para lograr ciertas metas comunes, sin consideración a su forma jurídica. Por lo tanto, cualquier tipo de trabajo en común de los particulares está protegido en tanto que sea duradero.

La dogmática que ha elaborado estos temas a la luz de la Ley Fundamental de Bonn (la norma constitucional que hoy rige en ese país) señala que únicamente las corporaciones de derecho público no están amparadas por la libertad de asociación. Todo lo demás, cualquiera sea su forma jurídica y cualquiera sea su ámbito de aplicación, está amparado. Estas últimas, es decir, las entidades de derecho público, constituyen un tipo de corporaciones que no sirve a la formación de la voluntad y de la opinión social, sino que sirve a la administración autónoma, es decir, al ejercicio del poder del Estado, con la colaboración de los afectados. Esa es la única razón por la cual no se consideran comprendidas dentro de los beneficios de esta libertad y se consideran regidas por normas especiales.

**II.** En nuestro país la norma pertinente sigue siendo aquella parte del artículo 14, que después del enunciado en el cual se proclama que todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, dice específicamente: de "*Asociarse con fines útiles*". Ya figuraba en anteriores proyectos constitucionales, estatutos y constituciones fallidas, de modo que no fue una gran novedad para nuestro país la inserción de este derecho en el artículo de los derechos civiles.

Ha sido definido o conceptualizado de la forma más variada. No puede decirse que todas sean definiciones, pues algunas son meras nociones, pero giran más o menos en derredor de lo mismo. Por ejemplo, Orgaz dice: "Derecho reconocido en la actualidad a los individuos para vincularse y concertarse con fines lícitos" (*Diccionario*, pág. 30). Podemos agregar: de manera tal que puedan alcanzar su perfeccionamiento o prosperidad a través del empleo colectivo del trabajo, del capital y de la inte-

ligencia, como decía Joaquín V. González, con lo cual estaba señalando los tres grandes ámbitos o campos en los que podía jugar el derecho de asociación, o sea, el trabajo, el capital y el talento.

En casi todos los autores que examinan el problema a la luz de la norma constitucional predomina una interpretación amplia. Tanto De Vedia como González Calderón señalan que en el artículo 14 encuentran apoyo todo tipo de asociaciones, incluso las que no son exactamente asociaciones de carácter civil o comercial, sino también las de carácter religioso, de carácter cultural o de carácter político.

A mí me parece muy adecuada la noción que da en la doctrina italiana, Paolo Biscaretti di Ruffia, en el moderno derecho de ese país, cuando dice que es el derecho de varias personas para organizarse con un vínculo recíproco y duradero, para alcanzar un fin común (*Derecho Constitucional*, pág. 237).

Como puede verse, los términos se repiten: vínculo, concertación, duradero, fin común. Es decir, que son notas características que hacen el común denominador de todas las definiciones.

Y en la doctrina francesa, quizá la más peculiar de las definiciones dentro de las que hemos podido rastrear, es la del famoso León Dugüit, autor que a pesar de su proclividad contestataria, no cuestiona el derecho de asociación, solo que lo define de una manera un poco peculiar, a la modalidad de él, diciendo que toda asociación es un estado de solidaridad. Recordemos que es el expositor de la idea del solidarismo: “Es un estado de solidaridad por similitud y por división del trabajo, uniendo un cierto número de personas para un fin determinado” (*Derecho Constitucional*, pág. 266).

Otra forma de encarar el derecho de asociación es vinculándolo con el tema de las *garantías*. Como es bien sabido, la palabra garantía es multívoca y se la utiliza en el derecho público con un sinnúmero de alcances, que van desde los más amplios hasta los más estrechos y concretos. Precisamente, Juan Francisco Linares hizo hace muchos años una especie de catálogo de acepciones de la palabra “garantía”, que oscilan de un extremo a otro.

Dentro de una clasificación bastante universal hoy, que es la de Hauriou (que en la Argentina han adoptado algunos otros autores), se podría fácilmente ubicar al derecho de asociación. Hauriou distinguía las garantías en generales y especiales. Las garantías especiales, de las cuales no nos vamos a ocupar ahora, son las que están instrumentadas para afrontar lesiones de los derechos provenientes concreta y directamente de algunos de los poderes del Estado o de algún poder de hecho. En cambio, las

garantías generales son, como su nombre lo indica, de un alcance menos determinado pero más vasto, y pueden ser institucionales o mutuas. Las institucionales derivan de la forma de gobierno, de la separación de los poderes, de la Constitución escrita. Pero las mutuas son aquellas en las que un derecho juega como garantía de otro, y de donde resulta que ciertos derechos no se pueden practicar si no se puede al mismo tiempo ejercitar o disfrutar del goce de otros derechos. Por ejemplo, no es posible practicar la libertad de cultos si no se dispone de la libertad de reunión; no es posible practicar la libertad de comercio si no se dispone del derecho de asociación. El derecho de asociación viene a ser una garantía para el goce de varios otros derechos, no solo de contenido patrimonial, sino también de contenido espiritual o cultural, de índole política o de índole puramente laboral, de trabajo. O sea, que viene a ser el medio o el instrumento para efectivizar o viabilizar la posibilidad concreta de goce de muchos otros derechos. Comparte este carácter, también, junto con el derecho de reunión, con el de libertad de expresión y con el de petición, que son medios para alcanzar la realización de otros derechos.

Y entrando en la clasificación de los derechos propiamente dichos, hay un consenso bastante generalizado en admitir que la libertad de asociación puede estar ubicada en la categoría que varios autores denominan de los *derechos cívicos* o de los *derechos públicos*. El nombre no es muy preciso, pero la finalidad de esa categoría radica en el propósito de establecer la existencia de un conjunto de derechos que pueden ubicárselos entre los derechos civiles y los derechos políticos, no siendo enteramente parte de unos ni parte de los otros. Y esos tres derechos son: el de petición, el de reunión y el de asociación, que estarían compartiendo una situación intermedia.

Entre los autores que aceptan esta categoría, tales como Bielsa y Sánchez Viamonte, éste último dice que “se llaman derechos públicos dada la naturaleza de la actividad que con ellos se ejercita. No alcanzan a ser derechos políticos porque su ejercicio no conduce directamente a la formación del gobierno y por eso no se requiere la condición de ciudadano; pero exceden la condición de derechos privados, porque en principio vinculan al individuo con la sociedad y con sus fines de índole común y solidaria” (*Manual*, pág. 140).

El autor alemán antes citado, Stein, sitúa a este derecho de asociación en el conjunto de derechos que forman la libertad de integración social. Cabe traer a colación lo ya dicho acerca de cómo este derecho juega para fomentar la integración. Éste sería así uno de los tantos derechos ubicados en el capítulo de las libertades de integración, juntamente con la libertad de opinión, la libertad de reunión y la libertad de los partidos políticos.

Esto nos parece sin duda acertado, e incluso nos permitimos subrayar que Bielsa señalaba que si bien las asociaciones están debajo del plano del Estado, como la fuerza social actúa hacia arriba y desde el plano general donde reside la soberanía popular para formar los poderes del Estado, es éste (el Estado) el primer beneficiario de la acción regular de las asociaciones, razón por la cual el mismo Estado proclama y asegura en su Constitución y en las leyes el derecho de asociarse con fines útiles o lícitos, del mismo modo que se asegura el derecho de reunión o la libertad de expresión (Derecho Constitucional, N° 38).

Corresponde señalar que si bien el derecho de asociación comparte notas características con la libertad de reunión (que vemos que casi todos los autores argentinos y extranjeros lo vinculan estrechamente con esa libertad) hay sin embargo algunas diferencias.

Los dos son derechos atinentes a la vinculación directa de las personas entre sí, pero mientras que la reunión es una vinculación transitoria, la libertad de asociación produce en cambio una vinculación permanente; aunque, claro está, la permanencia no implique larga duración, ni vida indefinida, pues puede haber asociaciones de corta duración o de una vida limitada por la índole propia de los objetivos que se pretenden abrazar (cfr., Quiroga Lavié, ob. cit., pág. 164).

**III.** Parece entonces, a manera de síntesis, que desde el punto de vista constitucional lo que importa resaltar es que la libertad de asociación, concebida como derecho individual, ya sea civil o político, y, también como derecho social, fundamenta el ejercicio de *un derecho subjetivo* de asociación: éste es el que da lugar a la formación en concreto de las asociaciones.

Su distinta capacidad jurídica (es decir, la distinta capacidad jurídica de las asociaciones) depende de las modalidades del ordenamiento jurídico positivo. Por ejemplo, asociaciones con personería o sin personería, como después veremos. Pero no existe un status jurídico *per se*, un status jurídico en sí mismo, de las asociaciones. Siempre están en función de la habilitación normativa. Más aún, para los que son decididamente positivistas, el derecho de asociación existe en la medida en que existe la herramienta jurídica que permite movilizar al órgano jurisdiccional para que tal derecho sea reconocido y eventualmente para que sea eliminado el obstáculo que impide el goce y ejercicio de esa parcela concreta de la libertad humana. Si no existen medios jurisdiccionales no hay tal derecho subjetivo y lo que habrá en su lugar será una mera declamación. Los positivistas no reconocen el carácter propio de derecho sino a aquel que esté munido de tal herramienta jurisdiccional.



Y volviendo al mismo autor alemán que mencionamos antes, podemos decir que las asociaciones como tales, prescindiendo de que tengan o no capacidad jurídica, pueden invocar la libertad de asociación siempre que ésta esté reconocida en el ordenamiento jurídico.

La falta de personería jurídica causa limitaciones, sin ninguna duda; limitaciones hacia *afuera* desde el punto de vista de la responsabilidad, y limitaciones hacia *adentro* desde el punto de vista de la conducción o del gobierno de la entidad.

El otorgamiento de la denominada personería, entonces, perfecciona la faz de funcionamiento, pero no hace a la existencia misma de la asociación.

Coincidimos con Bielsa en que la personería no es una obligación, sino un beneficio. Esto influye, por supuesto, en el régimen patrimonial. Pero es un atributo formal. No dejan de ser asociaciones las que no la tienen.

Habíamos señalado al comienzo que hay fines humanos que no se logran con los individuos aislados. Por su magnitud o por la gran potencia económica que exigen para su logro, requieren de la asociación. Desde antiguo se advirtió la necesidad de los entes de derecho que persiguiendo propósitos útiles actuaban como personas. En todo tiempo existió la tendencia a unir el derecho de asociación con el problema de la persona jurídica o el problema de su otorgamiento. Antiguamente, los problemas se limitaban a las cofradías de sacerdotes, de artesanos, luego apareció el fisco como persona, que era una representación del Estado (cfr. Orgaz, ob. cit.). El código de Vélez definió o conceptualizó a la persona como todo ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones, es decir, como un centro de imputación. Asociación y persona jurídica resultaron en tales términos ser conducentes antes que equivalentes. La asociación conducente a la persona, pero no equivalente con la personalidad, toda vez que la práctica de aquella libertad (la libertad de asociación) conduce a la formación de la segunda, es decir, de la persona, con prescindencia de la cuestión de los alcances de su personalidad jurídica.

Muchas han sido las discusiones y las tesis ofrecidas en torno al problema de la naturaleza. No es ésta la oportunidad de relatarlo, pero sí por lo menos para recordar que las teorías han oscilado entre las teorías de la ficción (Savigny, Laurent), de la equiparación (Randa), de la realidad (Planiol, Geny, Duguit) y del orden personificado (Kelsen).

A nuestro viejo y venerable Código “veleziano” le sirvió de fuente Savigny, que hacía una distinción entre personas de existencia necesaria, entre las que incluía al Estado, las provincias, los municipios y la Iglesia,

y personas de existencia posible. Savigny admitía esa tripartición entre asociaciones, corporaciones y fundaciones, que hoy en día ya nos parece una distinción muy limitada, por lo menos desde el punto de vista de este goce constitucional del derecho de asociación. Para Savigny las asociaciones estaban dadas por individuos que poseían un interés identificado con la entidad, mientras que en las corporaciones no había tal identificación, porque perseguían fines que excedían al de los individuos. Y en cambio, en las fundaciones había una afectación de patrimonio a un fin de tipo social.

Desde un punto de vista constitucional, donde corresponde enmarcar esto, el artículo 14 habla nada más que de asociaciones, que es un concepto genérico, amplio, ni siquiera es un concepto técnico; y es, por supuesto, comprensivo del concepto de sociedades.

Para la distinción entre asociaciones y sociedades, ya en el siglo XIX Ihering hacía una referencia a los dos principios que regían al género por un lado y a la especie por el otro. Para las sociedades, entidades más específicas, regía el *principio de exclusión*, porque señalaba cómo hasta la introducción de un nuevo socio podía llegar a modificar la sociedad, y cómo el reparto —tanto de los beneficios como de los perjuicios— se hacía en forma proporcional. En cambio, para las demás asociaciones regía lo que él llamaba el *principio de expansión*, bastante distinto, porque —puntualizaba Ihering— el incremento numérico y la duración dan una idea muy distinta y a veces bastante opuesta a ese principio del reparto proporcional que rige en las sociedades. Tampoco nos parece ésta una distinción fundamental que debamos tener en cuenta.

De todas las teorías, inclinamos nuestra preferencia por la construcción kelseniana, que parte de la base de que la sociedad no es un cuerpo social organizado, sino una organización de hombres, es decir, un orden regulador de la conducta de éstos (véase *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1958, págs. 109 a 128). Para el maestro vienés, la idea de que las corporaciones son seres reales dotados de voluntad real, se halla en el mismo plano de las creencias animistas y, asimismo, implica una duplicación del objeto. Piensa, en cambio, que al lado del orden jurídico no existe una comunidad o una corporación, como tampoco existe el cuerpo de la persona colectiva al lado de los cuerpos de sus miembros. La persona jurídica no es realmente una entidad separada de “sus” deberes y derechos, sino solo su unidad personificada o *la unidad personificada de un conjunto de tales normas*. Kelsen señala que “hombre” es un concepto de la biología y la fisiología (de las ciencias naturales); mientras que “persona” es un concepto de la jurisprudencia, o sea, una noción derivada del análisis de normas jurídicas. Así, la persona física o natural es la personificación de un conjunto de normas jurídicas que, por constituir deberes y derechos que contienen la

conducta de uno y el mismo individuo, vienen a regular el comportamiento de tal individuo. Como bien dice el autor citado, el hombre está sometido al orden jurídico solamente con respecto a ciertas acciones y omisiones específicas; respecto a todas las demás no se encuentra en relación con el orden jurídico; en las consideraciones jurídicas nos referimos al hombre solo en la medida en que su conducta entra en el contenido del orden legal. Desde el punto de vista kelseniano, la persona física —en cuanto al derecho positivo— es en realidad una persona “*jurídica*”, porque la “*persona*” no es una realidad natural sino una construcción del pensamiento jurídico. En cuanto a las *sociedades*, éstas solo existen legalmente en virtud de sus estatutos: los individuos pertenecen a una sociedad o forman una asociación solo en cuanto su comportamiento se encuentra regulado *por el orden de la asociación*. Por ello, un individuo obra como “*órgano*” de una sociedad si su conducta corresponde de cierta manera al *orden* especial constitutivo de la persona colectiva; o sea, que varios individuos forman una sociedad solamente cuando están “*organizados*”, y esto ocurre cuando su conducta recíproca se encuentra sometida a un orden, a un sistema de normas. En consecuencia, para Kelsen, la sociedad y sus estatutos, el orden normativo que regula la conducta de varios individuos y la asociación constituida por ese orden, no son entidades diferentes si no idénticas. Las asociaciones no son una masa de individuos: están integradas *sólo* por aquellos actos de los individuos que el orden determina y estos actos pertenecen a la asociación *sólo* en cuanto forman el contenido de las normas de aquel orden (o sea, que la asociación no es otra cosa que *su* propio orden).

En cuanto al órgano, afirma Kelsen que la sociedad, como unidad, manifiesta únicamente su existencia en los actos de los individuos humanos que fungen como órganos de aquella. La calidad de órgano que un individuo tiene en la sociedad se funda totalmente *en su relación con el orden de la misma*. La imputación a la entidad implica la personificación del orden tomado como unidad. Mientras que la persona física es la personificación de un complejo de normas que regulan la conducta de uno y el mismo individuo; la *persona jurídica* es la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, o sea, *un punto común de imputación* de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden. En definitiva, las personas colectivas son órdenes jurídicos parciales dentro del orden jurídico total constitutivo del Estado (se trata de un caso de *delegación*). El orden jurídico total constitutivo del Estado únicamente determina el elemento *material* de la conducta, dejando la tarea de fijar el elemento *personal* al orden jurídico parcial constitutivo de la sociedad, o sea, a sus estatutos. El órgano es un representante jurídico, pero no representa a la sociedad, sino a quienes forman parte de ella con el carácter de miembros: la relación entre un órgano y la persona colectiva *es relación entre un indi-*

*viduo y un orden jurídico especial.* De tal manera, resulta que el derecho de una persona jurídica es el de los individuos cuya conducta esté regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona, o sea que el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad determina la forma en que deberá ejercitarse. Por último, en cuanto a los deberes y derechos de la persona jurídica, la teoría pura kelseniana parte de la afirmación de que la persona jurídica solo se considera existente cuando los órganos de la entidad —en cuanto personas— son capaces de representar jurídicamente a la misma, es decir, a los individuos que pertenecen a ella. Si bien los deberes y los derechos *sólo pueden corresponder a seres humanos*, hay una diferencia, pues los deberes y derechos presentados como de la sociedad son deberes y derechos que los miembros de ésta poseen en una forma específica, distinta de aquella en que poseen otros deberes y derechos sin el carácter de miembros de una persona colectiva. En el caso del *deber*, éste corresponde a un individuo determinado, pero en cuanto dicho individuo se encuentra determinado por el “*orden jurídico parcial*” constitutivo de la sociedad y tiene que cumplir ese deber como “*órgano*” de la misma sociedad, es posible imputar el propio deber a la persona colectiva, o hablar de una “*obligación de ésta*”. Y en el caso del *derecho*, declarar que una sociedad —en cuanto persona jurídica— tiene un derecho relativo o absoluto significa que determinado individuo o un número indeterminado de individuos están obligados por el derecho del Estado a cierta conducta frente a la sociedad, y que en caso de que la obligación no sea cumplida deberá ejecutarse una sanción a consecuencia de una demanda presentada por la sociedad, es decir, por el individuo designado en los estatutos de la misma. Son los *estatutos* de una sociedad los que establecen en qué forma los miembros de ésta deben ejercitar un derecho que se considera como de la persona colectiva; o sea, que el *derecho* de una persona jurídica es el de los individuos cuya conducta esté regulada por el orden jurídico parcial constitutivo de la comunidad que se presenta como persona. Ese orden jurídico parcial determina la forma en que deberá ejercitarse el derecho; y aquellos individuos no tienen “*el derecho*” en la forma usual (es decir, individualmente) sino en forma colectiva.

En síntesis, para Kelsen:

- El acto antijurídico consiste siempre en una acción u omisión de un ser humano; sin embargo, lo que un individuo hace o deja de hacer únicamente puede ser imputado a una persona jurídica, cuando la conducta del individuo se encuentra determinada por el orden jurídico parcial constitutivo de la persona colectiva.

- Es posible que un acto antijurídico cometido por un órgano sea imputable a la sociedad misma (una sociedad puede ser responsable de un

acto antijurídico cometido por uno de sus miembros si tal acto se encuentra en cierta conexión con las funciones que ese miembro debe realizar como órgano de la persona colectiva).

- Aun en el terreno de las sanciones penales, la sanción se aplica a los individuos, porque solo los seres humanos pueden ser objeto de ella, es decir, víctimas de la privación coactiva de la vida o de la libertad; *pero no se les aplica individualmente, sino en forma colectiva*. Tales sanciones pueden ser consideradas como sanciones dirigidas contra una persona colectiva si la sanción se dirige contra todos los miembros de la comunidad que se presenta como persona jurídica, aun cuando el acto violatorio sólo haya sido cometido por uno de ellos en su carácter de órgano de la misma.

- Decir que una sanción se dirige contra una persona colectiva significa que se establece la responsabilidad colectiva de los individuos sujetos al orden jurídico total o parcial personificado en el concepto de ente colectivo.

- La imputación a una persona jurídica es una construcción jurídica, no la descripción de una realidad natural.

La teoría kelseniana en torno a las personas jurídicas es vulgarmente conocida como teoría del órgano; para otros, recogiendo la observación de Gervasio Colombres (*La Teoría del Órgano en la Sociedad Anónima*, Abeledo-Perrot, 1964) sobre el engaño que puede comportar su propia denominación, demasiado vinculada al sociologismo, se prefiere denominarla del “orden personificado”. Por su parte, el citado Colombres reclama para ella un punto de partida jurídico y, en defensa del nombre que comúnmente recibe, pide que se piense, no en organismos biológicos, sino precisamente en el contrato de organización (ob. cit., pág. 16). Del análisis de la concepción kelseniana practicado por Colombres, se concluye que la función del “órgano” es análoga en todas las personas colectivas, tanto del derecho público como del derecho privado. Siempre se trata de *una estructura normativa*: el “órgano” es esa estructura, que determina cuándo y de qué manera la voluntad o el hecho de un individuo o de varios serán imputados en sus efectos a un grupo de individuos vinculados en un orden jurídico especial (pág. 47). Para el caso concreto de las “sociedades” del derecho privado, el orden jurídico especial se origina en un contrato y luego deviene el período normativo (estatuto), pero siempre se trata de un orden normativo. Y apunta finalmente Colombres, que el órgano será en consecuencia un esquema normativo dentro del orden jurídico especial, o sea el estatuto: “Será el conjunto de normas que determinen las condiciones en que ciertos individuos darán lugar a efectos jurídicos previstos y con directa

imputación para los individuos supeditados a ese orden jurídico especial” (cfr., pág. 90).

IV. Vayamos, pues, al tratamiento de aquellos temas que nos pueden despertar algunas reflexiones más prácticas e inmediatas en torno a la libertad constitucional de asociación. En primer lugar, que la forma en que está enunciado este derecho en la Constitución, surge el punto atinente a la *relatividad* del mismo, que es un punto compartido con el de la relatividad de todos los demás derechos que se consagran en el artículo 14. Va de suyo que no existen derechos absolutos y que está totalmente superada en la teoría esa vieja distinción, de que los derechos civiles eran absolutos y los derechos políticos eran relativos. Hoy, todos los derechos, civiles y políticos, individuales o sociales, son relativos, porque todos, como dice el artículo 14, se ejercen conforme a las normas que reglamentan su ejercicio. Es decir, no hay un derecho ilimitado, porque eso sería una concepción antisocial.

Pero aquí aparece otra limitación, que es no solamente la del enunciado genérico del artículo 14, sino la más específica que envuelve el derecho de asociación, cuando habla de los *“fines útiles”*. Esta connotación de los fines útiles que establece el artículo 14 es, evidentemente, un límite del derecho, y dentro de la clasificación de las limitaciones de los derechos, juega como límite normal y permanente, es decir, que el derecho se encuentra sujeto a un poder de policía ordinario y permanente.

Es conveniente formular una aclaración puramente semántica, pero que tiene alguna raíz conceptual: que en realidad no se trata de *fines*, sino de *finalidades* de la asociación. Los fines, en rigor, son de los individuos en la sociedad. Las personas, por lo tanto, si son personas físicas tienen fines; si son personas jurídicas persiguen finalidades. Pero más allá de esta distinción (esbozada por Sánchez Viamonte), podemos entrar a preguntarnos por qué deben ser fines útiles: ¿qué sentido tiene esta expresión de los fines útiles?

Nos parece más apropiada la calificación referida al derecho de ejercer toda industria lícita, que se hace también en el mismo artículo 14 y que allí tiene un sentido obvio. Cuando esté connotado el derecho de ejercer industrias se refiere a la industria lícita. En este sentido estimo que correspondería hablar del derecho de asociarse con *fines lícitos*, que era la expresión utilizada por Alberdi en su proyecto (art. 19) y que no sabemos por qué motivo dejaron de lado los constituyentes. Pensamos que la fórmula utilizada es vaga y resulta estéril, habida cuenta de que no tiene realmente un sentido muy concreto. Por el contrario, asociaciones *“lícitas”* serían todas aquellas que no resultan inculpas bajo las formas de conducta que tipifica el Código Penal.

Veamos ahora la opinión de algunos de los constitucionalistas argentinos, entre los pocos que se han pronunciado sobre este punto. Pablo Ramella, por ejemplo, analizando el mismo problema en la Constitución de 1949, dice: “se concibe más bien que una asociación pueda tener un fin no útil sin dañar esencialmente a la comunidad, aunque en este caso la palabra útil debe considerarse con un criterio amplio como todo aquello que entraña un bien, ya sea espiritual, material o recreativo” (*Derecho Constitucional*, pág. 299).

Y Sánchez Viamonte, por su parte, decía: “como la asociación puede ser útil exclusivamente para sus componentes, es decir para los que la forman, no puede ser juzgada esa utilidad desde el punto de vista estatal, porque al Estado puede no parecerle útil lo que le parece útil a los asociados. Basta para el Estado que sean fines lícitos, es decir, no prohibidos ni contrarios al orden público, la moral o las buenas costumbres” (pág. 140). Creemos que esta es la tesis correcta. De modo que si nos formulamos la pregunta de cuáles son los fines útiles a que apunta el artículo 14, diríamos en nuestra opinión, que son los que enuncia el Preámbulo como fines de la sociedad institucionalizada o que no estén en contradicción con éstos; y con el único parámetro del artículo 19, o sea, que no atenten contra el orden, la moral y las buenas costumbres.

La utilidad del fin no es únicamente lucrativa, sino social; vale decir, en tanto no esté reñida con el valor seguridad pública. Eso es en definitiva lo que interesa.

Por su parte, Joaquín V. González señaló en alguna oportunidad que la práctica del derecho de asociación es un verdadero elemento de gobierno extraconstitucional (*Manual*, pág. 209; no anticonstitucional, sino extraconstitucional). Y nosotros, nos permitimos agregar que esto es fundamental en el Estado constitucional democrático y pluralista, por cuanto las asociaciones juegan un rol fundamental para la exacta configuración de ese mentado pluralismo. Si el pluralismo es, como parece admitirlo la mayor parte de la doctrina contemporánea, un dato esencial, un dato arcóntico, para distinguir las democracias de las autocracias, obviamente en ese pluralismo juega la libertad de asociación un rol fundamental, desde que el pluralismo tiene un doble despliegue: el pluralismo de las ideas, en el cual desembocan los partidos, y el pluralismo de los intereses, en el cual se manifiestan los grupos. Todas, en definitiva, son fuerzas sociales que se expresan a través de asociaciones formadas a través de este derecho subjetivo y de esta libertad.

Y hay aquí, a nuestro entender, una clara diferenciación. Los totalitarios llevan la reglamentación al punto de sujetar completamente todos

los grupos a los fines del Estado. Los anarquistas van al otro extremo, al proponer que el Estado abdique sus funciones a favor de los grupos. Y en el Estado democrático se pretende alentar al máximo la libertad de los grupos en compatibilidad con el bienestar público general. Uno de los medios para ello es el derecho de asociación (cfr. H. Pritchett, *La Constitución Americana*, pág. 624).

Dentro del marco que traza el art. 14, la posibilidad reglamentaria tiene un amplio campo operativo: ¿cuál es el límite de ese ancho campo operativo de la reglamentación del derecho de asociación? Es, como en todos los derechos, el art. 28 de la Constitución, del cual surge el principio de la inalterabilidad de los derechos y del cual ha extraído la Corte Suprema en una notable elaboración y construcción doctrinaria, la regla o pauta de la *razonabilidad*, que hoy en día sigue siendo el mejor patrón, y el mejor criterio para poder medir la constitucionalidad o no de las leyes por razón de su armonía con los derechos y garantías que consagra la Constitución. Es el equivalente a lo que en el derecho anglosajón se considera parte sustancial del debido procesal legal (debido proceso legal sustantivo).

Aquí, para apreciar cómo puede aplicarse la regla de la razonabilidad, a efectos de poder determinar el límite del poder reglamentario del derecho de asociación, tenemos que tener en cuenta los dos criterios con que la regla o el principio de la razonabilidad se ha aplicado: el criterio *estático* y el criterio *dinámico*. No se puede actuar únicamente con uno. Con el criterio estático se busca la proporcionalidad, es decir, una cierta proporción entre el medio elegido y el fin perseguido. La reglamentación del derecho de asociación será irrazonable y por lo tanto inconstitucional si no hay proporción entre el medio elegido y el fin perseguido. Y el criterio dinámico es el de la funcionalidad, en virtud del cual hoy en día es absolutamente necesario que la Corte en especial y los jueces en general, cuando ponderen si una reglamentación del derecho de asociación es razonable o no, tengan en cuenta la gravitación de las circunstancias de cada tiempo y lugar: circunstancias económicas, sociales, culturales, religiosas, materiales o espirituales en un sentido amplio de la palabra.

La doctrina alemana sostiene que la reglamentación del derecho de asociación sólo viola esa libertad cuando se afecta el derecho de los individuos que forman la sociedad, a coordinar sus actividades. Y no con medidas que se dirijan contra una determinada conducta. Habrá afectación cuando se trata de impedir la actividad en común, es decir la actividad societaria, pero no cuando se afectan los actos aislados de los individuos. Una cosa es la coordinación y otra es el acto. En cuanto a la *coordinación*, ésta hace al derecho de asociación. Eso es lo que la reglamentación debe preservar, fundamentalmente. En cuanto al *acto*, si es ilícito, lo seguirá siendo así, con in-



dependencia de que sea realizado en forma aislada o asociada, es decir, ya sea en forma solitaria o en forma coordinada. Siempre será un acto ilícito.

¿Cómo juega el poder de policía en esta materia? Dado que estamos hablando de la reglamentación del derecho de asociación, estamos implícitamente mencionando al protagonista que fija la medida de ese derecho y de esa reglamentación, que es el “*poder de policía*” que ejerce el Estado.

Vamos a referirnos a los alcances del poder de policía en esta materia, aunque sea en forma esquemática, advirtiendo que el viejo concepto de poder de policía, en siglos pasados, se reconocía en una medida tal que solo admitía la limitación o la restricción de los derechos por vía reglamentaria únicamente cuando mediaran razones de seguridad, moralidad y salubridad, que eran los tres casos o situaciones justificantes. Ese concepto hoy se ha desbordado; ya no es un concepto estrecho, sino un concepto amplio, extenso, sobre todo por obra de la jurisprudencia americana, notable en este sentido; y abarca ya supuestos no previstos entonces, que están amparados por justificativos que trascienden la moralidad, la seguridad y la salubridad; tales como el pleno empleo, la defensa del Estado democrático, la persecución del agiotaje, etcétera.

Y una segunda aclaración: el poder de policía juega sobre toda clase de asociaciones, civiles y políticas, comerciales o civiles, laborales o profesionales. Ningún tipo de asociación escapa al poder de policía del Estado. Esto tiene alguna importancia, tal como después veremos.

El poder de policía se manifiesta a través de una potestad del Estado que se traduce en la intervención de éste y mediante distintos órganos, en diversas etapas de la vida del derecho societario o, más concretamente, en distintas etapas del ejercicio de ese derecho de asociación, es decir en los actos concretos que resulten de su aplicación. Por lo tanto, una cosa es la creación y extinción de la asociación, otra cosa es la fiscalización o vigilancia de la asociación, y otra cosa es la intervención en las asociaciones.

Esta distinción de los tres aspectos viene a punto como consecuencia no solo de que son actos distintos, sino que se correlacionan con el juego de la separación de los poderes. Y, evidentemente en lo primero, es decir, en la creación y extinción, el Poder Ejecutivo actúa con el debido control judicial; en lo segundo, es decir, en la fiscalización y vigilancia, procede la función administrativa básicamente; y en lo tercero, que es la intervención, debe siempre asegurarse el juego amplio de la instancia judicial.

Estos temas han preocupado mucho a la doctrina y al derecho comparado. Y antes de hablar del régimen argentino conviene llamar la aten-

ción de que documentos de una universalidad como la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, se refieren concretamente al derecho de sociedad y también al límite del poder del Estado. Poco antes, cuando se estaba elaborando la declaración universal, una de las entidades que fue invitada a intervenir en la preparación, la *American Law Institute*, elaboró un proyecto de lo que se llamó “*Declaración de Derechos Humanos Esenciales*”, tomada en cuenta después por la Unesco, donde señalaba como el Estado puede prescribir reglamentaciones razonables para reglar la fundación y la supervisión de las asociaciones. Y señalaba, como un mínimo razonable, la exigencia por parte del Estado de registros, declaración de finalidades, el nombre de sus miembros y las autoridades responsables.

Este problema del nombre de los miembros de la asociación, que nos parece algo elemental, ha provocado sin embargo algunos conflictos. Por ejemplo, partidos políticos que se niegan a dar la lista de sus afiliados o incluso sociedades civiles que también señalan la peligrosidad de que el Estado pueda exigir y divulgar el nombre de sus socios. Señalo esto porque cuando se discutió la declaración universal no parecía un elemento fundamental y sin embargo en algunos países lo es. Por ejemplo, en Estados Unidos hay un famoso caso en el que se pronunció la Corte Suprema, en 1958, que es el planteado por la Asociación Nacional para el Progreso de la Gente de Color (una entidad que defendía la integración racial, los derechos civiles y la igualdad, que tuvo un litigio muy serio en el Estado de Alabama). Señalaba el Justice Harlan que “la revelación forzosa de la lista de miembros limitaría los derechos de éstos de asociarse lícitamente en apoyo de sus creencias comunes. Es decir, que el derecho del Estado a exigir la nómina podía ser un límite irrazonable en una determinada circunstancia histórica al derecho de asociación. Y decía: porque la asociación pudo efectuar una exposición no controvertida demostrando que en ocasiones pasadas la revelación de la identidad de sus miembros no jerárquicos había sometido a los mismos a represalias económicas, pérdidas de empleo, amenazas de coacción física, y otras manifestaciones de hostilidad pública. En estas circunstancias —añadía Harlan— nos parece evidente que la revelación compelida de la afiliación afectará adversamente la capacidad del peticionante y sus miembros para perseguir su esfuerzo colectivo para mantener creencias que tienen derecho constitucional de sostener, ya que puede inducir a miembros a retirarse de la asociación y disuadir a otros a afiliarse a la misma, por el temor de la exposición de sus creencias, demostradas por sus asociaciones y las consecuencias de esta exposición” (Pritchett, ob. cit., pág. 626). Es decir, el temor.

En la Argentina vamos a encontrar normas referidas a la concesión y retiro del reconocimiento como personas jurídicas en el Código Civil, en

su vieja redacción, y, luego, en su reforma, normas más específicas vinculadas con las sociedades comerciales, en la Ley de Sociedades; otras normas vinculadas con las cooperativas; y, también, todos los sistemas de fiscalización del Estado sobre el funcionamiento de las asociaciones, que tienen normas muy específicas en la ley de sociedades comerciales para determinado tipo de ellas y también para las sociedades cooperativas.

No debemos olvidar, sin perjuicio de lo que dicen estas normas, que el poder de policía debe también velar siempre por el cumplimiento de lo que se llama en esta materia el *principio de especialidad*, de tal manera que sus actividades (las actividades societarias) giran siempre en torno del objeto social debidamente interpretado, o sea, todo lo que guarde relación con el fin para el cual han sido instituidas. En estos controles, que van desde el nacimiento hasta la extinción, hoy en día está aceptado por la Corte, que quedan incluidas las asociaciones políticas. Esto es, tal como lo hemos definido en una oportunidad, una verdadera cuadratura del círculo, desde el punto de vista del Estado democrático, por los riesgos que entraría; y si bien ofrece beneficios por un lado, la contrapartida es sumamente riesgosa. No corresponde entrar a discutirlo ahora, sin perjuicio de recordar que la Corte hizo un amplio pronunciamiento en el caso del Partido Obrero, en 1962, admitiendo como legítima la reglamentación de todos los derechos, incluso el de asociarse con fines políticos, por vía del poder de policía: lo denominó "*poder de policía para la defensa del Estado democrático*". La Corte, incluso, se reservó el poder de examinar el programa de los partidos, porque señaló que muchas veces hay que distinguir entre el programa ficticio, que es el que se presenta formalmente para obtener la personería, y el programa real y verdadero, pero oculto, correspondiendo dar primacía al principio de la *verdad jurídica objetiva* (Fallos 253:133). Por nuestra parte, nos hemos pronunciado en contra del "*control cualitativo*" de los partidos políticos (véase, *La Ley*, 2 de octubre de 1974), salvo cuando se trate del encubrimiento de organizaciones terroristas.

V. En la legislación argentina, donde esto forma una maraña bastante compleja, podemos señalar algunas de las disposiciones que en reglamentación del derecho constitucional de asociación, han venido a crear órganos concretos. Estos órganos son la Inspección General de Personas Jurídicas (IGJ), órgano que depende del Ministerio de Justicia. También existe la Comisión de Valores (ley 22.169), que depende del Ministerio de Economía, por la cual deben pasar aquellas entidades que emiten acciones que cotizan en bolsa y los fondos comunes de inversión, es decir, todo lo que sea oferta pública de títulos-valores.

Y otro control está a cargo del *Banco Central*, que también pertenece al área de autonomía, por el que pasan los bancos y entidades financieras.

Véase la aguda nota de “Próculo” en *La Ley* del 7 de julio de 1961, comentando la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Asociación Bancaria de Tucumán” (Fallos 245:86). En dicha nota Bielsa rescata el lejano y ortodoxo precedente de Fallos 11:139 adverso a los poderes interventorios y disolutorios del Ejecutivo sobre las asociaciones privadas. Siempre tiene que existir una instancia de control o revisión judicial.

La Corte Suprema en un pronunciamiento de la década del 40, recaído en el caso “Standard Oil Company” (Fallos 203: 353), donde varias compañías habían proyectado su fusión —eran todas ellas sociedades anónimas— y el Poder Ejecutivo la había denegado por razones de interés público, aduciendo que atentaba contra la concepción oficial en materia petrolera y la defensa de la economía del país. Rechazado el pedido de fusión, es decir, la creación de una nueva sociedad producto de la fusión de éstas, los afectados recurrieron ante la Corte, la que no hizo lugar al recurso. Y en el fallo de la Corte está bastante clara la distinción de dos aspectos: por un lado, el atinente a la verificación de los requisitos legales, o sea una comprobación puramente objetiva de recaudos, que la Corte dice que no es discrecional, ya que eso sí es justiciable. Pero el otro aspecto, el de la verificación del fin de interés público, ese sí sería discrecional y por lo tanto no justiciable; pero no un acto arbitrario, porque debe siempre fundarse. En consecuencia, en la hipótesis de una manifiesta arbitrariedad o de una manifiesta ilegitimidad, podría haber control.

Esta distinción no nos parece del todo suficientemente clara, pero la Corte la ha formulado y cabe dejar en pie la pregunta de saber si, no por el cumplimiento de recaudos legales, pero sí por el establecimiento de un fin reñido con el interés público, tiene el Estado la posibilidad de denegar la formación de una asociación; y si existe o no el control debido para ello.

En nuestra opinión, a partir del sistema de la ley 17.711 y de la 18.805 debe existir la posibilidad para las dos hipótesis, o sea, para la verificación de lo uno y de lo otro.

**VI.** Por último, podemos referirnos a algunos aspectos particulares del derecho de asociación, que revisten interés en el mundo actual y también en nuestro país. Por ejemplo, el derecho de no asociarse, que tantas veces se ha invocado.

La Corte Suprema ha hecho mención de esto cuando ha dicho que el derecho de asociación no es absoluto y debe conformarse a las leyes que lo reglamentan. El derecho de no asociarse o de no contratar, sobre el que debe privar el poder de policía, no obsta a la incorporación solidaria a

organismos de previsión y seguridad social con fines de bien común que imponen obligaciones económicas para su sustento.

Esto puede representar un sacrificio, pero tiene la contrapartida de la oportuna prestación necesaria (Fallos 286:187, caso “Marcelino Sánchez”). Del mismo tenor que este fallo ha habido otros, emitidos por la Corte con composiciones liberales y hasta individualistas, como el famoso caso “Cavic”, en el que dio un punto de atención solidarista frente a la excesiva invocación al derecho de no asociación.

El problema, en realidad, viene de lejos y la primera vez que la Corte tuvo oportunidad de pronunciarse fue en el famoso caso “*Inchauspe contra la Junta Nacional de Carnes*”, fallado en 1944 (Fallos 199: 532).

La Corte señaló que era constitucional la agremiación obligatoria de los ganaderos, y así convalidó la ley 11.747, sobre la cual se había construido todo un sistema general para la comercialización de las carnes en el patas, como consecuencia de la famosa crisis internacional de la década del 30. Pero, de todos modos, señaló que ese sistema era válido y constitucional si reposaba sobre reglas prudentes y razonables, orientadas en conocidos principios de cooperativismo. Se trataba de un ejercicio del poder de policía para tutelar fundamentales intereses nacionales comprometidos. Admitía la compulsión, dado que está impuesta por el principio de la solidaridad social y de la defensa de los intereses nacionales. Llama la atención cómo la Corte utiliza dos expresiones: la del *cooperativismo* y la de la *solidaridad social*, sobre todo que esta última significaba un compromiso mayor. Es la misma época en que en el voto de algunos ministros de la Corte ya se señalaba que instituciones tales, como el contrato de trabajo, no podían ser encaradas más en el marco de una concepción de la justicia conmutativa, sino que debían ser filiadas en el marco de la justicia distributiva (véase, Fallos 176:22, caso “*Saltamartini*”, voto del Dr. Terán, año 1936).

De otro modo, decía por último la Corte, el derecho de no contratar se usaría en perjuicio de la colectividad y de los mismos que lo invocan en este juicio. En estas circunstancias debe privar sobre aquel el poder de policía. La síntesis, que nos interesa resaltar, es que el poder de policía —según la Corte— es más gravitante que el derecho individual, en la medida en que eso sea razonable. Fallos de este tenor hay muchos otros posteriores, que podrían citarse; y, como bastante ilustrativo, el caso “Cavic c. Juan Naurin y Cía.” (Fallos 277:147), de julio de 1970, en que la mayoría de la Corte admitió que la inscripción obligatoria de los productores como accionistas de C.A.V.I.C. no les impedía el libre ejercicio de su comercio o industria; lo cual era así aun admitiendo que se trataba de una entidad privada (aunque por sus fines tuviera el carácter de un establecimiento de interés público).

De todos modos podemos hacer algunas reflexiones a mayor abundamiento en torno de este problema del derecho de no asociación. Habría que definir, para tener bien en claro en qué ámbito juega, la asociación de carácter privado y la asociación de carácter público. En la asociación de carácter privado se concilia el derecho de asociación con un sentido positivo, como el derecho a ingresar y, en un sentido negativo, como derecho a no ingresar. Nadie discute que existe un derecho de no asociación frente a las asociaciones de tipo privado. Nadie puede ser compulsivamente llevado a formar parte de una mera asociación privada. Pero cuando las asociaciones tienen un carácter público, no necesariamente estatal, la situación es diferente. Y aquí se puede distinguir —y voy a utilizar la distinción muy clara— que hace un constitucionalista contemporáneo, cuando dice: “La pertenencia a ciertas personas públicas tiene carácter necesario al margen de la voluntad de sus miembros: por ejemplo al Estado nacional, a las provincias, a los municipios. En cambio la pertenencia a otras personas públicas depende de un acto de *voluntad* del particular, que puede no tener por contenido principal el asociarse, sino realizar otra actividad: por ejemplo se ingresa a una entidad autárquica del Estado para trabajar y, de reflejo y en forma automática, quien se incorpora pertenece (esta “*asociado*”) a dicha entidad. Lo mismo pasa con la Iglesia”.

“La misma situación señalada con respecto de las entidades autárquicas y de la Iglesia, se presenta con relación a los gremios y a los colegios profesionales. Estos son personas jurídicas de carácter público —y nosotros agregamos: no estatal— a las cuales se ingresa en oportunidad de haber elegido libremente una actividad laboral o profesional, produciéndose por reflejo y automáticamente, la incorporación a la respectiva asociación” (Quiroga Lavié, *Derecho Constitucional*, p. 163).

Así lo han entendido además los tribunales y, después de un primer y aislado caso resuelto en la década del 40 (era un caso de Santiago del Estero, en Fallos 203:100, donde se pronunció por la inconstitucionalidad de un colegio de abogados), la Corte ha admitido la constitucionalidad de los colegios profesionales en el caso de los médicos de Santa Fe (fue en la Corte de Orgaz, Fallos 237: 397), y, más adelante, ha admitido (caso “Guzmán”, Fallos 289: 233) la constitucionalidad de los aportes obligatorios a esas entidades, con el único límite de la razonabilidad, que se excede cuando la obligatoriedad de los aportes está en función de un fondo cuyo origen nada tiene que ver relacionadamente entre quienes aportan y quienes se benefician con esos aportes, porque entonces allí no habría ningún nexo vinculatorio ni solidario que justifique la obligatoriedad de esos aportes (caso “Severo Larocca”, Fallos 259: 403; estimando la Corte

que la coparticipación de los honorarios individuales entre los abogados de cada jurisdicción, impuesta por la mayoría de las asambleas de profesionales, que autoriza el inciso c), del art. 17, del decreto-ley 6101/57 de la provincia de Entre Ríos, aún contra la voluntad de los afectados, es violatoria de la garantía constitucional de la propiedad, por cuanto no existe ninguna relación, en cuanto al origen de los fondos, entre quien aporta y los que se benefician sin haber participado en su formación).

**VII.** El otro aspecto que quiero tratar muy brevemente es el de la libertad de agremiación o libertad sindical. Aquí también la Corte ha hecho algunas reflexiones, como por ejemplo en el famoso caso “Outón”, donde se trataba precisamente de una vinculación muy estrecha entre la libertad de trabajo y la libertad de asociación. Según la Corte, esos derechos implicaban el derecho de afiliarse al sindicato que se quisiera o no afiliarse a ninguno. No es compatible con la Constitución un ordenamiento según el cual el derecho de trabajar quede supeditado a una afiliación gremial necesaria y a la permanencia en determinado sindicato mientras dure la ocupación (Fallos 267: 215).

Como es sabido, la historia de esta manifestación del derecho de asociación es bastante agitada en la historia universal. Desde aquella vieja ley Chapellier, que después de la Revolución francesa, el 14 de junio de 1791, dio el golpe de gracia a las corporaciones, y en que si bien se apuntaba contra las corporaciones que provenían del antiguo régimen feudal, al mismo tiempo todas las entidades societarias de tipo profesional resultaron perjudicadas.

La ley Chapellier disponía concretamente la anulación de toda especie de corporaciones de un mismo estado o profesión. Y este régimen subsistió durante gran parte del siglo XIX. Más concretamente, y con respecto a los sindicatos obreros, hasta 1884, o sea que hubo un siglo de proscripción. Y con respecto a otras entidades profesionales que no fueran de obreros, fue más todavía, hasta 1901, en que una ley global general de sociedades, en el gobierno de Valdek-Rousseau, vino a subsanar ese problema, que era incompatible con el estado de desarrollo industrial en que se encontraban Francia y el mundo en los albores del siglo. Hay que tener en cuenta que en Francia (mientras nuestra Constitución reconocía como la cosa más natural del mundo el derecho de asociación por el art. 14, en 1853) el derecho de asociación no había sido reconocido constitucionalmente hasta 1848. Recién en la Segunda República se tuvo el acierto novedoso de hablar del derecho de asociación en una Constitución.

Pero el problema que nos interesa acá es el del 14 bis, es decir, el que plantea la reforma constitucional de 1957, cuando al enumerar los derechos so-

ciales dice: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: organización sindical libre y democrática reconocida por la simple inscripción en un registro especial”. ¿Qué ha querido significar esto? De la letra surge con bastante claridad que es un derecho social, más que un derecho individual; que la asociación es libre, es decir voluntaria; que debe tener una organización democrática y que se quiere asegurar el pluralismo sindical. Esto último este corroborado, sin ninguna duda, por las fuentes del 14 bis, que es casi textualmente el art. 39 de la Constitución italiana de 1948, donde se utilizan palabras semejantes y donde la doctrina y la jurisprudencia han llegado a la conclusión de que el único requisito que se exige es el registro. Es ese registro el que concede la personería y es mediante esa inscripción que se comprueba en forma objetiva (porque esa es la finalidad de la inscripción) que los respectivos estatutos sancionen un ordenamiento interno con base democrática. La Constitución ha querido que los trabajadores sean los artífices de su propio destino: se asocian o no, se federan o no, se confederan o no, por decisión de ellos y no por imposición del poder público.

En síntesis, nosotros entendemos que el derecho de agremiación o la libertad sindical es un derecho para la defensa de los intereses gremiales o profesionales, y que la actuación política ingresa ya en el ámbito de la lucha por el poder, es decir, que debe ser desglosada de este aspecto. Acá se ha producido muchas veces una interversión de títulos: los medios no han correspondido a los fines y se han dado los medios a entidades que tenían otros fines. Se han dado a los partidos determinados fines y no se le han reconocido los medios. Y a las entidades profesionales, que tenían otros fines, se les han reconocido los medios que eran propios de los partidos. El fin de los partidos es la ocupación del poder. El fin de las entidades gremiales es en todo caso la defensa de los intereses profesionales y la presión sobre el poder, pero no la ocupación del poder. Si admitiéramos que un fin de la entidad gremial es la ocupación del poder, partimos de un presupuesto distinto, que es el de un Estado sindicalista.

Un autor argentino, el constitucionalista cordobés César Enrique Romero, comentando este problema tan polémico, decía que “el ejercicio del derecho que la agremiación supone está dado por la finalidad de la defensa de los intereses profesionales, que quizá configura su utilidad. Lo que exceda ese campo, apreciados sus ingredientes en cada caso, puede entrañar un abuso, colocando al sindicato en áreas de ilicitud al sustituir a otro tipo de asociaciones, verbigracia las políticas, si el gremio actúa más allá de sus fines específicos, distorsionando su carácter de grupo de interés para transformarse en factor de poder y empleando técnicas o es-



trategias de una verdadera lucha por alcanzar el área política decisional. Esto que puede constituir un dato social o histórico de nuestro tiempo, pareciera desbordar los cauces constitucionales” (cfr., Romero, *Derecho Constitucional*, II, 74).

Faltaba en nuestra experiencia constitucional un pronunciamiento de la Corte Suprema sobre los alcances de la cláusula del art. 14 bis y la consiguiente conformidad de la legislación reglamentaria con las pautas de pluralidad y democraticidad que la reforma de 1957 pretendió asegurar. La Corte Suprema que se ha pronunciado por el reconocimiento de la “libertad sindical” más plena culmina con un fallo que interpreta los alcances del primer párrafo del art. 14 bis de la CN de manera tal que la organización “libre” y “democrática” queda reconocida y así es viable y factible el pluralismo gremial; y, más aún, como lógica garantía el derecho a poder afiliarse con la entidad que deseen, o no afiliarse o desafiliarse. Sabemos que en la práctica existen asociaciones tan solo “inscriptas” y, además, las que cuentan con la “personalidad gremial” (estimamos que debe evitarse que estas últimas actúen monopólicamente y sean excluyentes de las otras en cuanto al goce de sus derechos). Es de esperar que el caso “Obreros Marítimos Unidos c. Sindicato Marplatense de pesca s/ cancelación de personería gremial” del 27 de octubre de 2015 (Fallos 338:1171), que firmaron los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt y Maqueda sea el inicio de una doctrina aperturista desde que sostiene “que resulta claramente incompatible con los principios de la libertad sindical la conclusión de la cámara según la cual el incumplimiento de una cláusula de acuerdo “intersindical” podía ser invocado por el sindicato demandante para privar al sindicato demandado de la personería gremial que había obtenido ya que el acuerdo en cuestión no podía tener otro alcance que el de un reconocimiento de la mayor representatividad de uno de ellos y el de un pacto a futuro de no promover una nueva disputa de la personería gremial” (1).

---

(1) Con anterioridad a este fallo, la Corte Suprema había emitido un pronunciamiento —con otra composición de miembros— en análogo sentido. Se trata del caso “Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) versus Estado Nacional” de fecha 11 de noviembre de 2008, que en lo sustancial afirma lo siguiente: “1- La mayor representatividad no debería implicar, para el sindicato que la obtiene, privilegios que excedan de una prioridad en materia de representación en las negociaciones colectivas, en la consulta por las autoridades y en la designación de los delegados ante los organismos internacionales.

2 - Cuando un legislador confiere a los sindicatos reconocidos, que de hecho son los más representativos, ciertos privilegios relativos a la defensa de los intereses profesionales, la concesión de tales privilegios no debe estar subordinada a condiciones de tal naturaleza que influyese indebidamente en la elección por los trabajadores de la organización a la que desean afiliarse.

3 - Las funciones limitadas que la legislación reconoce a determinadas categorías de

**VIII.** En cuanto al poder disciplinario de las asociaciones sobre sus miembros, entendemos que también debe estar sujeto al control y revisión judicial, siendo inconstitucional toda exclusión que se quiera hacer de este tipo de poder de revisión, por razones que trascienden lo meramente privatístico y que se vinculan además con la concepción general de la sociedad.

La libertad de coordinación de los individuos asociados, entendemos que debe ser preservada y que cabe distinguir en esa preservación entre las asociaciones que gozan de una posición de monopolio en su campo de actividad, de las que no; realidad que está a la vista en todo mundo moderno y sobre todo en el mundo de la economía actual y en el de las complejas relaciones sociales industriales contemporáneas.

En aquellas, es decir, las de monopolio, es menester que tengan una infraestructura plural; debe existir libertad para que se organicen grupos internos, aún en las sociedades comerciales, toda vez que solo existe una única asociación. Es una situación más grave que cuando el sujeto tiene la posibilidad de elegir entre diferentes asociaciones, en cuyo caso la falta de una libertad interna, pensamos que no lo perjudica tan gravemente, porque siempre puede optar por el abandono de esa asociación y su incorporación a otra. Pero cuando no tiene otra asociación a la cual incorporarse, evidentemente el problema es mucho más grave (véase Stein, 152/3).

Sin perjuicio de la diferencia de grado que hemos señalado en el párrafo anterior, no puede soslayarse en el derecho constitucional contemporáneo la creciente preocupación por la protección de las minorías en general y de los socios individuales en particular en el marco del funcionamiento de las asociaciones. Esta faz de la cuestión societaria complementa las anteriores del derecho de las personas *a asociarse* y del derecho *a actuar* de las entidades, para abrazar otro aspecto fundamental que consiste en las garantías que protegen a los miembros en sus relaciones con la asociación de la que forman parte. La doctrina constitucional entiende cada día más que las pautas fundamentales sobre organización democrática y derecho de defensa deben ser cumplimentadas en el seno de los grupos organizados, cualquiera sea la forma institucional con que se aplique el derecho de asociación. La procedencia de ambas protecciones está justificada por la situación de autocracia en el primer caso y de indefensión en el segundo, que pueden provocar las actuaciones de la conducción en el seno societario, si no median resortes legales y estatutarios que pongan en manos de los socios las acciones y recursos necesarios para hacer efectivo el control

---

sindicatos, podrían tener efecto indirecto restringir la libertad de los trabajadores para adherirse a organizaciones de su elección”.

y eventualmente la reparación por los daños causados. Como bien señalaba Miguel Padilla, la aplicación del principio *democrático* “aseguraría el respeto de los derechos de las minorías, con la libertad de expresión interna, el frecuente relevo de las autoridades, su efectiva responsabilidad, etc.”; mientras que el aseguramiento del derecho de defensa implicaría “la garantía del debido proceso legal interno y la posibilidad de recurrir de las decisiones del grupo ante instancias administrativas y judiciales”. La importancia de tales protecciones basta para justificar la necesidad de adecuar la legislación reglamentaria en todos aquellos supuestos en que situaciones lagunosas estén indicando el peligro de una lesión de los valores en juego. Entendemos que en materia de sociedades, cabe aplicar *mutatis mutandi* el mismo principio preconizado en el ámbito del derecho público: *que a mayores poderes deben corresponder mayores y mejores controles, o sea, que a todo acrecentamiento de las potestades de un órgano, debe acompañar un adecuado reforzamiento de los mecanismos de control y de responsabilidad.*

**IX.** Por último, vamos a ocuparnos del derecho comparado, en muy breves acotaciones. No para hacer legislación comparada, es decir, una mera yuxtaposición de citas o de referencias normativas, sino simplemente para mencionar tres o cuatro normas que resultan de interés para una visión actualizada del problema.

La Declaración de las Naciones Unidas, *malgré* aquellos que dudan o cuestionan el carácter jurídico de esa Declaración Universal, cabe recordar que en el artículo vigésimo proclama que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica y que nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

De las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial, que se han referido a este problema, parecen destacables las de Italia, Alemania y también la de España. La de Italia (art. 18) proclama el derecho de asociarse libremente sin autorización, para fines no prohibidos a los individuos por la ley penal. ¿Qué quiere decir esto de la ley penal? La doctrina entiende que la ilicitud a que se refiere deberá comprobarse siempre por la autoridad judicial y no simplemente por una autoridad de seguridad pública o por un organismo de seguridad. Prohíbe las asociaciones secretas y las que persigan fines políticos mediante organizaciones de carácter militar. Esto es un reaseguro frente a lo que había significado los “*scuadrists*” y las pandillas de la época fascista.

Lo de la prohibición de las asociaciones secretas también ha pasado a la Constitución española. Y como comenta uno de los grandes constitucionalistas italianos, Biscaretti, el secreto no tiene significado alguno en un régimen de libertad democrática. Por el contrario, hace presumir un fin

ilícito, o por lo menos una falta reprobable de sentido de responsabilidad en los ciudadanos (ob. cit., 237).

Con respecto a Alemania, la Ley Fundamental de Bonn (art. 9) declara prohibidas a las asociaciones que estén en conflicto con leyes penales, a las asociaciones que vayan contra el orden constitucional. De ahí que hasta los partidos políticos deban pasar el tamiz del control de constitucionalidad, ya que Alemania es uno de los pocos países del mundo que consagra la Corte Constitucional como órgano de “control cualitativo” de los partidos. Y también quedan prohibidas las asociaciones que vayan contra el concepto de comprensión internacional, o sea contra una idea de entendimiento entre los pueblos. Esto también es un reaseguro frente a las locuras de un posible Hitler futuro. Además, proclama enfáticamente la libertad sindical y declara que son nulos todos los convenios, privados, que se emitan para restringir la libertad sindical. Por ejemplo, los convenios en virtud de los cuales no pueda contratarse a personal que no esté agremiado o que el personal que se tome en una fábrica deba agremiarse en determinado sindicato, etcétera.

Con respecto a lo primero, un comentario a la cláusula por la que quedan prohibidas las asociaciones que estén en conflicto con las leyes penales. Este precepto, como dice la doctrina alemana, no pretende permitir que sea castigada una actuación punible realizada por una asociación, sino que establece la prohibición de las asociaciones cuya finalidad es la realización de esta clase de actividad (Stein, 154). Esto está claro: un acto prohibido no se transforma en acto permitido por el mero hecho de que sea realizado por varias personas conjuntamente; pero, naturalmente, sería inadmisibles prohibir un acto permitido por el solo hecho de ser realizado conjuntamente por varios individuos. Por comparación, parece grotesco observar que en la Argentina algunas veces se ha prohibido e incluso sancionado con penalidades (incluso hasta la cesantía) actos de ejercicio del derecho de petición, cuando la petición se ha ejercido colectivamente. Si la Constitución ampara la petición individual también ampara la petición colectiva. Que el estilo o la forma sean reglamentables es una cosa, pero prohibir la petición colectiva es lo mismo que prohibir la asociación.

La Constitución suiza (art. 56) tiene reformas de este siglo y algunas bastante actuales. Al respecto, dice que el límite del derecho de asociación está dado por la peligrosidad para el Estado. Acá ha tornado la doctrina de la Corte norteamericana (país en que el derecho de asociación no está en la Constitución) llamada *doctrina del peligro claro, presente y actual*, en virtud de la cual solo se puede restringir un derecho cuando media una peligrosidad real y actual. La Constitución suiza reserva a las leyes cantonales la previsión de los abusos en esta materia, aplicando así un criterio federativo muy amplio.

Por último, la elaboración positiva que mejor refleja las pautas constitucionales pretendidas para un Estado de Derecho son las incluidas en la Constitución de España del año 1978. El artículo 22 proclama lo siguiente:

Primero: Se reconoce el derecho de asociación.

Segundo: Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos, son ilegales. Vale decir, que pueden ser ilegales por los fines o por los medios que utilicen.

Tercero: Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro al solo efecto de su publicidad. Aquí sigue el criterio italiano.

Cuarto: Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. Recoge la correcta doctrina constitucional.

Quinto: Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar. Dicen los comentaristas que no son las particularidades del funcionamiento lo que tiene que ser secreto, sino que se trata de proscribir aquellas sociedades que ocultan la sede, o los principios que defienden, o que no realizan actos públicos que demuestren su existencia y funcionamiento.

Por último, esta Constitución de España complementa sus disposiciones con un artículo sobre libertad sindical (art. 28) semejante al de la Constitución italiana, más una norma específica para los colegios profesionales (art. 36) y otra para las organizaciones profesionales (art. 52), exigiendo en ambos casos que su estructura interna y el funcionamiento sean regidos por principios democráticos.

No está de más, a manera de colofón, concluir estas reflexiones con la mención de lo alusivo al derecho de asociación que se desprende de los actos jurídicos internacionales que la reforma constitucional de 1994 incorporó al art. 75 inc. 22, con jerarquía constitucional y que se mencionan con sus respectivas denominaciones, a saber:

1) La "Declaración Universal de Derechos Humanos", art. 20, que proclama el derecho "de asociación pacífica", a lo que añade que "nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación" (año 1948).

2) La "Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", que extiende el derecho "para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religiosos, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden" (art. XXII, 1948).

3) “Convención Interamericana sobre Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), cuyo art. 16, que es el más explícito y que fija las limitaciones en los incs. 2 y 3. El texto completo dice:

i) Todas las personas tienen derecho de asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole.

ii) El ejercicio de tal derecho solo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

iii) Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

4) El “Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos” (año 1986), que en el art. 22 dispone:

i) Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

ii) El ejercicio de tal derecho solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

iii) Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que pueden menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

5) El “Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (año 1986), que en el art. 8 en los incs. a), b) y c) establece, en lo atinente a nuestro tema, que:

i) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización co-

rrespondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos.

ii) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas.

iii) El derecho de los sindicatos a fundar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público o para la protección de los derechos y libertades ajenos (2). ♦

---

(2) Nota: Articulado del nuevo Código Civil y Comercial Unificado:

1) Personas jurídicas públicas (arts. 146 a 147).

El nuevo código *no distingue entre personas jurídicas públicas estatales y personas jurídicas públicas no estatales* (remitirse a las disposiciones legales que le dieron origen, y en cuanto a la capacidad, su organización, su funcionamiento, como así también las facultades de sus representantes).

2) Personas jurídicas privadas (arts. 148 a 167).

Las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas. Las mutuales se rigen por la ley 20.321 de 1973 y las cooperativas por la ley 20.337, también de 1973.

En el art. 150 se establece el orden de prelación en cuanto a la aplicación de las normas que rigen a las distintas personas jurídicas privadas, determinando que en *primer término* se aplican las disposiciones imperativas de la ley especial o del código; en *segundo término*, las normas establecidas en el acto constitutivo y sus modificaciones (y en las correspondientes a sus reglamentos siempre que no contengan divergencias con el acto constitutivo o sus modificaciones); en *tercer término*, por las normas supletorias de leyes especiales, y si no existieran, por las de este título.

Con relación al consorcio de propiedad horizontal debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el art. 2044 de este código.

3) Doctrina.

Ni en las “públicas” ni en las “privadas” hay mención explícita de las Academias Nacionales.

4) Asociaciones Civiles (arts. 168 a 186).

5) Simples asociaciones (arts. 187 a 192).

Las simples asociaciones pueden *constituirse por instrumento público o por instrumento privado* con firmas certificadas por escribano público. Al nombre debe agregársele, antepuesto o pospuesto “simple asociación” o “asociación simple”.

Se rigen por las disposiciones dispuestas para las asociaciones civiles.

6) Fundaciones (art. 193 y sigts. y art. 224).





# LA ANTIJURIDICIDAD, UN PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI (\*)

Sumario: I. Introducción.- II. Concepto de antijuridicidad. Antijuridicidad formal y material. Objetiva y subjetiva.- III. Límites a la antijuridicidad material atípica. Las denominadas “reglas morales”.- IV. Los deberes éticos juridizados. El principio de buena fe.- V. Antijuridicidad y culpa.- VI. Antijuridicidad y daño.- VII. La antijuridicidad como presupuesto autónomo de la función reparadora.- VIII. Responsabilidad por actos lícitos.- IX. Compensaciones que no encuadran en el régimen de responsabilidad civil por falta de antijuridicidad.- X. Valoración del art. 1717.

*Todas las teorías son legítimas y ninguna tiene importancia. Lo que importa es lo que se hace con ellas.* (Jorge Luis Borges) (1)

## I. Introducción

El debate en torno a la antijuridicidad como presupuesto autónomo de la responsabilidad civil sigue vigente en la doctrina argentina.

La diversa terminología usada es uno de los factores que coadyuvan a la falta de acuerdo. Así, se habla de ilicitud, ilegalidad, anti-normatividad, injusto, etc. (2). A veces, estos vocablos se usan como sinónimos, otras como expresiones distintas.

---

(\*) Comunicación de la Académica en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de julio de 2017.

(1) [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/06/110614\\_cultura\\_borges\\_aniversario\\_muerte\\_frases\\_jg.shtml](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2011/06/110614_cultura_borges_aniversario_muerte_frases_jg.shtml).

(2) Así, por ej., el maestro Boffi Boggero sostenía: El acto “ilegal” no es lícito ni ilícito

No faltan quienes entienden que la palabra *antijuridicidad* adolece de vaguedad (3); más aún, que es un “extranjerismo que, en puro rigor lingüístico no hizo más que desnaturalizar nuestro vocabulario jurídico”; “una de esas traducciones en frase distinta que nada profundo nos expresa” y que su definición como “acto contrario a derecho es una afirmación obvia, vacía, redundante y tautológica, vaga y equívoca”, por lo que hay que eliminarla (4).

Por eso, para evitar discusiones estériles, es conveniente que el desarrollo del tema comience por el contenido que se da a esta palabra (5).

## II. Concepto de antijuridicidad. Antijuridicidad formal y material. Objetiva y subjetiva

(a) Para una corriente, que entiendo mayoritaria, la antijuridicidad:

(i) Es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido *en su totalidad*, es decir, incluyendo leyes, costumbres, principios jurídicos que surgen del sistema etc. (6); en otras palabras, conducta antijurídica es la que “menosprecia al ordenamiento jurídico en su conjunto, y no sólo a la ley; por lo tanto, quedan incluidos los actos contrarios a los principios jurídicos, las cláusulas generales e incluso a los valores de rango normativo” (7). Los diversos textos del CCyC apoyan esta posición pues el ordenamiento legal “se integra con el rico bagaje prin-

pues “no va contra el derecho, sino que va por un camino donde no se encuentra la protección del derecho: no se resuelve contra otro interés jurídicamente protegido, sino que omite realizar las condiciones indispensables para conseguir la tutela jurídica de un interés propio (BOFFI BOGGERO, Luis María, *¿Qué es el acto ilícito civil?*, Revista del Notariado n° 747, 1976, pág. 639, reproducido en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, 2013-I, 289, Cita online: AR/DOC/6439/2011).

(3) RINESSI, Antonio J. y REY, Rosa N., *Antijuridicidad*, en Rev. de Derecho de Daños 2014-1-297.

(4) PRÉVÔT, Juan, *La antijuridicidad en el proyecto de código civil y comercial de la Nación*, JA 2012-IV-1492 y en Rev. Resp. Civil y Seguros, año XV, n° 8, agosto de 2013, pág. 22.

(5) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 4, abril 2015, pág. 38 y ss.

(6) TRIGO REPRESAS, Félix A., *La antijuridicidad en el código civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación* en Rev. Resp. Civil y Seguros, año XVIII, n° 4, abril de 2016, pág. 19; en la misma revista, t. 2016-IV-135; en CCyC, año I, n° 4, octubre 2015, pág. 135 y cita online: AR/DOC/3413/2015; GESUALDI, Dora Mariana, *La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, n° 7, julio 2013, pág. 7 (la autora incluye en la enumeración “las reglas del orden natural”).

(7) LORENZETTI, Ricardo Luis, *La responsabilidad civil*, LL 2003-A, pág. 973, cita online: AR/DOC/12224/2001.

cipalista, convencional y constitucional que los arts. 1 y 2 postulan como fuentes” (8).

Se admite, pues, la antijuridicidad denominada *material* o genérica, por lo que la antijuridicidad exigida por el ordenamiento no es la *formal*. En efecto, a diferencia de la antijuridicidad *penal*, la del derecho civil es *atípica*, en tanto no es necesario que la ley dibuje, en cada caso, cuál es la conducta prohibida (9).

Estos conceptos fueron anticipados hace muchos años por Mosset Iturraspe, quien afirmó: “...una acción es antijurídica no por contrariar una prohibición sino porque tiene una determinada manera de ser o materia que la vuelve *contraria a derecho*. Esta *materia* no está fuera del derecho, extra-normativa, sino dentro del mismo, inspirado y fundando la preceptiva de mayor jerarquía: la imperativa. Son las prohibiciones que surgen por implicancia, desprendidas de los principios que sostienen el orden público” (10).

Las afirmaciones precedentes no impiden que algunas normas se refieran a la antijuridicidad formal; así por ej., el art. 1277 del CCyC dispone que: “El constructor, los subcontratistas y los profesionales que intervienen en una construcción están obligados a *observar las normas administrativas* y son responsables, incluso frente a terceros, de cualquier daño producido por *el incumplimiento de tales disposiciones*”.

(ii) Comprende el incumplimiento *contractual*; es decir, el incumplimiento de obligaciones de origen convencional es una conducta antijurídica, contraria a derecho; por eso, se ha dicho que el incumplimiento contractual es el arquetipo del hecho antijurídico (11).

Esta noción fue expuesta por Atilio Alterini, hace años, en una de sus obras más difundidas, titulada *El incumplimiento considerado en sí propio* (12).

---

(8) SAUX, Edgardo I., *La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil profesional*, cita online: AR/DOC/3769/2016.

(9) PICASSO, Sebastián y SANZ, Luis, Comentario al art. 1717 en HERRERA - CARAMELLO - PICASSO (directores), *Código civil y comercial comentado*, ed. Infojus, 2015, t. IV, pág. 458.

(10) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El abuso en el pensamiento de tres juristas trascendentes: Risolía, Spota y Llambías. Una situación concreta: el abuso y el derecho ambiental*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1998, t. 16, pág. 153.

(11) PREVOT, Juan, *La antijuridicidad en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, JA 2012-IV-1492.

(12) ALTERINI, Atilio, *El incumplimiento considerado en sí propio (Enfoque objetivo del ilícito civil)*, Bs. As., Ed. Arkh, 1963. La revista Responsabilidad Civil y Seguros dedicó el número de abril de 2009 en homenaje a quien era por entonces su director para

Sebastián Picasso coincide con esta posición, pero sostiene que mientras en la responsabilidad extracontractual la antijuridicidad es *atípica*, no sucede lo mismo en la contractual; en este ámbito, el daño se produce como consecuencia de la infracción de una obligación *específica* que impone al deudor la ejecución de una conducta determinada (13). La distinción propuesta por este prestigioso magistrado exige nuevas reflexiones, no sólo porque el CCyC tiende a la unificación, aunque reconociendo la diversidad entre ambos ámbitos (14), sino porque a lo largo de los años, doctrina y jurisprudencia han extraído del principio general de buena fe contractual diversas obligaciones jurídicas implícitas, situación que se asimila a la atipicidad (15).

(iii) Prescinde de la voluntariedad del agente. En efecto, la calificación de una conducta como contraria al ordenamiento se desentiende de la circunstancia de que la persona sea imputable o no (16).

(b) Este concepto amplio de antijuridicidad es el resultado de una lenta y constante evolución doctrinal y jurisprudencial.

---

analizar, precisamente, esa obra. Ver, entre otros, los trabajos de DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Incumplimiento e ilicitud* (pág. 151), cita online: AR/DOC/2253/2008; DONNA, Edgardo A., *Cuestiones actuales en torno a la antijuridicidad* (pág. 162) cita online: AR/DOC/116/2009; PICASSO, Sebastián, *Incumplimiento, antijuridicidad y responsabilidad contractual* (pág. 359), cita online: AR/DOC/114/2009; TRIGO REPRESAS, Félix A., *El incumplimiento considerado en sí propio como principio fundamental del obrar contrario a derecho* (pág. 399), cita online: AR/DOC/120/2009; VERGARA, Leandro, *La antijuridicidad, la ilegalidad, la ilicitud y la idea de desconformidad con el derecho* (pág. 413), cita online: AR/DOC/4071/2008.

(13) PICASSO, Sebastián, *La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en Suplemento especial La Ley, Código Civil y comercial de la Nación, Bs. As., noviembre 2014, pág. 159. Conforme con esta posición, CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones*, 2° ed., Hammurabi, Bs. As., 2016, pág. 61.

(14) Algunos autores extraen otras diferencias entre los dos ámbitos. Así por ej., se ha sostenido que “Las normas que regulan la responsabilidad extracontractual son, por naturaleza, de orden público y, consecuentemente, inderogables por la voluntad privada. De allí que la autonomía de la voluntad tenga un papel irrelevante para modificar el régimen aplicable y que aquella no pueda ser dispensada anticipadamente. Cualquier pacto en contrario es nulo, de nulidad absoluta. Es la solución que fluye nítidamente de los arts. 12, 944 y concordantes del Cód. Civ. Com. La situación puede ser distinta en el ámbito de la responsabilidad contractual” (OSSOLA, Federico Alejandro y PIZARRO, Ramón D., *Orden público en la responsabilidad civil*, La Ley 2015-F, pág. 1001, cita online: AR/DOC/4208/2015).

(15) Mencionar la inmensa bibliografía sobre el punto excede los límites de estas reflexiones.

(16) Compulsar, entre muchos, OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*, Ed. A. Perrot, Bs. As., 2016, n° 34, pág. 61.

De la concepción decimonónica, basada en una antijuridicidad *formal* (17) (necesidad de que haya una prohibición legal en cada caso concreto) y *subjetiva* (únicamente hay acto ilícito si hay culpa o dolo, lo que implica que el sujeto sea imputable) se pasó a otra que concibe la antijuridicidad como *material, atípica y objetiva* (18).

Esa transformación doctrinal y jurisprudencial operó a espaldas de los textos del Código de Vélez; los artículos que exigían normas expresas estaban allí (arts. 1066 y 1067) (19), pero no se los aplicaba en su literalidad (20).

(c) Otros autores dieron un paso más, y entendieron que esta evolución prueba que la antijuridicidad, en el sentido de conducta que viola el ordenamiento, debe ser exigida únicamente en los casos de obrar *humano* dañoso; en cambio, si el daño deriva del riesgo o vicio de las cosas, sin conexión causal con una conducta humana concreta, no hay razones para exigir ese presupuesto; “es más lógico pensar que existen daños injustamente sufridos sin antijuridicidad” (21).

Sobre este punto, prefiero la explicación de Matilde Zavala: “La antijuridicidad puede versar no sólo sobre acciones u omisiones puntuales, realizadas por una o más personas concretas, sino sobre una *actividad* en la que combinan conductas y otros factores técnicos, materiales u organizativos, atribuibles no sólo al responsable, sino también sujetos bajo su control o incumbencia. La ilicitud se reconoce cuando aquella está prohibida o si, a pesar de encontrarse permitida, se desenvuelve con fallas o

---

(17) La antijuridicidad formal es llamada por algunos “ilegalidad”. Ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ed. Rubinzal, 2016, t. I, pág. 68.

(18) Conf. CALVO COSTA, Carlos Alberto, *Responsabilidad civil ante contagio de HIV por transfusión sanguínea. Las cuestionadas antijuridicidad y relación causal*, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros 2009-VIII, pág. 79 y LA LEY 2009-E, pág. 255, cita online: AR/DOC/2656/2009.

(19) El artículo 1066 del Código Civil decía de modo terminante: Ningún acto *voluntario* tendrá el carácter de ilícito *si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto*.

(20) PICASSO, Sebastián, *La antijuridicidad en el proyecto de código*, LL 2013-E-666. La doctrina coincide en que estas normas preveían la antijuridicidad formal (ver, por ej. RASCHETTI, Franco, *Sobre la ausencia de la antijuridicidad como presupuesto de la responsabilidad civil en la responsabilidad del Estado por su actividad lícita*, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XIX, n° 7, julio 2017, pág. 37).

(21) Ver autores mencionados por ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Presupuestos y funciones del derecho de daños*, en Resarcimiento de daños, Bs. As., Ed. Hammurabi, 1999, t. 4, pág. 313 y ss.

irregularidades que crean un peligro injustificado de daño. Por eso, entre diversos supuestos, puede reconocerse antijuridicidad en el desenvolvimiento y explotación de una empresa contaminadora” (22).

(d) Jorge Mosset Iturraspe (23) dice acertadamente que hoy el juzgamiento de la antijuridicidad se efectúa con el juego de la *regla* y la *excepción*, para integrar, de este modo, el plexo normativo. Así, la cláusula sobre intereses, en principio lícita (art. 767), se torna ilícita cuando transgrede los límites fijados para el objeto del acto jurídico (art. 332); las inmisiones (molestias ordinarias) son lícitas; en cambio, si superan las normales de vecindad, por ser excesivas, se tornan ilícitas (24).

En el mismo sentido, se afirma que la autorización administrativa significa un simple antecedente que permite desplegar lícitamente una conducta, pero nada dice sobre si, en un caso dado, la activación de permisos o prerrogativas se han ejercido o no de manera correcta o desviada, excesiva o abusiva (25).

El aserto es correcto; no obstante, reconozco que la delimitación no siempre es fácil; así, por ej.:

- Los cortes de ruta, lamentablemente tan frecuentes, han dado lugar a posiciones encontradas: para algunos, como regla, son lícitos, en tanto son el ejercicio del “derecho a la protesta”; por lo tanto, los daños causados a quienes no pueden circular por la ruta (por ej., al perder horas de trabajo, etc.) no son reparables; para otros, en cambio, la conducta es antijurídica a tenor de lo dispuesto por el art. 194 del Código Penal (26).

---

(22) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Córdoba, ed. Alveroni, 2015, t. I, pág. 389. Para la responsabilidad por productos elaborados, un autor sostiene: “la antijuridicidad se patentiza a través del defecto del producto en la medida en que el mismo implica introducir un riesgo que se termina concretando en daño” (DELL’OCA, Gastón, *Responsabilidad por productos elaborados en el nuevo Código*, LL 2015-E-565 y Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, 2016-I, pág. 43, cita online: AR/DOC/3509/2015).

(23) MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Ed. Rubinzal, Bs. As., 2016, t. I, pág. 67.

(24) Así, por ej., se ha rechazado la demanda contra el vecino porque los ladridos del perro “no excedían la normal tolerancia” (Cám. Nac. Civil sala J, 21/2/2017, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XIX, n° 6, junio 2017, pág. 103, cita on line AR/JUR/2508/2017).

(25) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Córdoba, Ed. Alveroni, 2015, t. I, pág. 391.

(26) “El derecho a peticionar a las autoridades invocado como justificante por quienes fueron condenados por cortar una ruta interrumpiendo el tránsito vehicular debe rechazarse pues mal puede ejercerse tal derecho desarrollando conductas que coinci-

Los primeros aclaran que “la prioridad de custodiar la expresión de los grupos más desventajados de la sociedad no debe amparar, sin más, el uso violento (tales como quema de edificios públicos o privados, o lesiones o daños infligidos sobre terceros)”. Aun así, en estos casos, el modo de proceder del Estado no debería diferir demasiado del modo en que procede frente a una huelga durante la cual se cometen actos de violencia. La contención de aquellos actos de violencia no debe llevar al poder público a cuestionar la validez constitucional del acto mismo de la huelga, ni a limitar a ésta de un modo que desvirtúe el sentido de la protesta. Esto es, la necesidad de poner coto a ciertos abusos no debe utilizarse como vía para limitar el derecho de los manifestantes a tornar audibles sus quejas” (27). En definitiva, afirman que “Más allá de los diferentes enfoques de análisis sobre la protesta social, el derecho penal, por imperativo constitucional, debe ser un instrumento limitador de las respuestas represivas hacia las manifestaciones sociales. Los operadores jurídicos deben utilizar una concepción material del bien jurídico protegido y aplicar estrictamente las categorías del delito a la luz de los principios constitucionales de legalidad, lesividad, mínima intervención, culpabilidad y proporcionalidad. Este es un enfoque que respeta con autenticidad un Estado de Derecho democrático y republicano, y que permite evitar la confusión entre aquellas conductas que, en el ámbito de una protesta social, admiten la aplicación de la ley penal, con aquellas que claramente no la admiten, porque significan lisa y llanamente criminalizar la protesta como manifestación de derechos reconocidos constitucionalmente” (28).

- La madre que, en especial estado de vulnerabilidad, entrega privadamente su hijo para que lo adopte una persona a la que le tiene confianza, sin recurrir a los organismos estatales ¿comete una conducta contraria a derecho?

---

den con una de las descripciones prohibidas por el código penal”; “el error de prohibición planteado por los condenados también debe rechazarse pues tuvieron cabal noticia de que sus actividades estaban reñidas con la ley penal, porque así se lo hicieron saber los policías intervinientes en el procedimiento” (Cám. Fed. Casación penal, sala 3° 3/3/2017, Rev. Derecho Penal y Procesal Penal, julio 2017, n° 7, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., pág. 1443).

(27) GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la protesta*, El primer derecho, Bs. As., ed. Ad Hoc, 2005. Ver también ELOSÚ LARUMBE, Alfredo A., *Los “cortes de ruta” y las causas de exclusión de la antijuridicidad*, AR/DOC/5482/2010 y doctrina citada. Para el derecho internacional, GIALDINO, Rolando, *Protesta social. Derecho de reunión. En clave del derecho internacional de los derechos humanos*, JA 2016-IV-1042.

(28) GIL URQUIOLA, Ariel y GRISSETTI, Ricardo A., *Los cortes de rutas: ¿criminalización de la protesta social?*, Rev. DPyC 04/07/2016, pág. 171, cita online: AR/DOC/1923/2016.

Hace años sostuve que esa conducta no es antijurídica (29).

Esta posición ha sido sostenida recientemente por Graciela Medina, con diversos argumentos, entre otros: “Presumir que una mujer que entrega su hijo en adopción vende al niño o comercia con personas es presumir la mala fe, en contradicción con lo dispuesto por el ordenamiento jurídico” (30).

El ampliamente difundido caso “Fornerón c/ Argentina”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 27/4/2012, no contradice los argumentos que sostuve hace más de una década. Las sospechosas circunstancias fácticas que motivaron la condena a la Argentina son bien conocidas: la madre se había trasladado para parir a cientos de kilómetros del lugar donde vivía; en ningún momento había comentado con el padre que estaba embarazada; cuando a los pocos días del nacimiento él tuvo conocimiento y le preguntó, ella negó el embarazo, luego del nacimiento, y a los pocos días, le completó la mentira diciéndole que había nacido muerto; el bebé fue trasladado a una provincia muy distante, etc.

- Úrsula Basset sostuvo que la separación de hecho, aún de mutuo acuerdo, es un acto antijurídico, desde que el Código Civil establecía el deber jurídico de convivencia. Expresamente dijo: “La separación de hecho supone una omisión antijurídica (violación del deber de convivencia por omisión) e ilícita (el cónyuge abandonante o ambos viven al margen de la ley, sin regularizar esa situación ante el organismo jurisdiccional). El separado de hecho desdeña vivir conforme a la ley; no desea adecuar su situación fáctica al estatuto jurídico. Es llamativo que la doctrina intente proyectar sobre tal cónyuge decisiones que él autónoma y libremente decidió no tomar” (31).

No coincido con esta posición; la separación de hecho expresaba, y expresa en el régimen vigente, un acto de autonomía de los cónyuges, que libremente entienden que no pueden convivir y que, al mismo tiempo, no desean judicializar su situación. Nada hay de antijurídico en esta conducta.

---

(29) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Rol de la madre biológica, del juez y del administrador n la elección de los adoptantes*, en A.V., *Estudios en homenaje a la Doctora Berta Kaller Orchansky*, Córdoba, Ed. Poder Judicial de la provincia de Córdoba, Tribunal Superior de Justicia, 2004, pág. 321 y ss., especialmente, págs. 342/353.

(30) Conf. MEDINA, Graciela, *La guarda de hecho y el necesario respeto a los derechos humanos de la mujer*, Rev. Derecho de Familia y de las Personas 2012 (enero-febrero), 01/01/2012, 65, cita online AR/DOC/5608/2011.

(31) BASSET, Úrsula C., *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Ed. A. Perrot, Bs. As., 2010, pág. 702.



- En algunos casos, se pretende que una conducta ingresa al campo de la antijuridicidad según la particular mirada de quien la interpreta. Así, por ej., un tribunal rechazó la demanda, por “no haberse acreditado que los actos de colocar cremas y perfumes a una niña por parte de una persona de confianza de los padres hayan tenido una finalidad impúdica, libidinosa o con una connotación sexual, con lo cual no puede comprobarse la antijuridicidad, a lo que se suma que tampoco se ha verificado un daño” (32).

(e) Mucho más lejos van quienes sostienen que el requisito de la antijuridicidad “no debe ser interpretado en el sentido de *contra ius*, es decir la contrariedad del comportamiento realizado por el agente a un derecho del perjudicado, sino en el sentido de *non iure*, esto es como el hecho realizado en ausencia de un derecho *reconocido específicamente para tener un determinado comportamiento dañoso*, por lo que resulta necesario que el ordenamiento, en consideración de particulares exigencias sociales relativas a la tutela de valores reconocidos como superiores, *autorice* un determinado comportamiento, incluso capaz de provocar daños. El juicio de ilicitud no se refiere, entonces, a un reproche, sino a una desvaloración de la conducta *por su nocividad*. Cabe, en consecuencia, opinar que la *in-iuria* al igual que la *in-iustitia*, comporta una mera negación, un no-derecho, de modo que hecho ilícito, en realidad, es el hecho no permitido; el ocasionar daños a otros es injusto *mientras no esté autorizado*. Sobre esta base, se pone de manifiesto que una acción es conforme a derecho únicamente cuando la violación del bien jurídico tiene una protección jurídica” (33).

Adviértase la diferencia entre esta posición y la expuesta en el punto anterior.

Del principio de que “nadie puede dañar a otro” se extrae que todo daño es antijurídico, excepto que se pruebe *que existe un derecho* a causarlo, o sea, una causal de justificación (ejercicio de un derecho, legítima defensa, estado de necesidad, etc.) (34).

La posición del punto anterior, en cambio, tiene como punto de partida la libertad de actuar; pero, si se ha producido un daño, esa conducta puede resultar antijurídica si es contraria a los principios *jurídicos* que

---

(32) CNCiv., Sala B, 12/09/2016, Rev. CCyC, año III, n° 5, junio 2017, pág. 165, cita online AR/JUR/70685/2016.

(33) BENÍTEZ CAORSI, Juan J., *Reflexiones en torno a la noción de ilicitud*, Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, 2005, 217, cita online: AR/DOC/2553/2005.

(34) Desarrollo mi crítica a esta posición en el punto siguiente.

presiden el ordenamiento, aunque no exista una norma expresa que lo prohíba.

Obviamente, si la conducta es lícita, si está justificada, como regla, no hay responsabilidad. El CCyC consagra explícitamente el supuesto de la antijuridicidad o ilicitud objetiva al indicar cuáles son las causas que la excluyen. De allí que el título del artículo sea, precisamente, “antijuridicidad”.

Así, por ej., en principio, aunque el reconocimiento de la paternidad es un acto unilateral y voluntario del presunto, padre, es antijurídica la conducta de quien omite hacerlo, si el ordenamiento jurídico no le impone ninguna barrera.

En cambio, si ese reconocimiento no es jurídicamente posible, no hay lugar a la reparación del daño; así, se ha decidido que no hay responsabilidad si el presunto padre extramatrimonial no podía reconocer al hijo biológico que estaba emplazado en la calidad de hijo matrimonial, desde que la madre estaba casada con otra persona, y carecía de legitimación para impugnar esa paternidad, pues la legitimación estaba reservada al hijo, al marido de la madre y, según interpretación mayoritaria, también a la madre. “La ausencia de antijuridicidad (presupuesto de la responsabilidad civil, ahora prevista en el art. 1716, 1717 y conchs. del C.C.C.N.) impide el progreso de la pretensión resarcitoria, aun ante la presencia misma del daño (arts. 1737 y 1738 del C.C.C.N.), ya que no se configuró el deber de no dañar a otro (en los términos del art. 1716 C.C.C.N.) precisamente por la concurrencia de una causa de justificación. En definitiva, existía un impedimento legal para que el demandado reconociera la filiación biológica de su hijo lo que obsta que se configure la responsabilidad de C. y, por consiguiente, su deber resarcitorio” (35).

¿Qué solución corresponde frente al nuevo art. 590 del CCyC que abre la legitimación de la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley al cónyuge, a la madre y a “cualquier otro tercero que invoque un interés legítimo”? Pareciera que, frente a ese texto, será difícil sostener *à outrance* la jurisprudencia anterior, excepto que las circunstancias fácticas muestren dificultades extremas para la interposición de esa demanda de impugnación.

---

(35) CCyC, Azul, sala II, 20/10/2015, JA 2016-III-587; Rubinzal Online RCJ 7980/15 y sus citas, y en Rev. Resp. Civil y Seguros, año XVIII, n° 7, julio 2016, pág. 111, cita on line AR/JUR/53942/2015 y Foro de Córdoba n° 184, pág. 121, con nota de VILLAGRA DE VIDAL, Raquel, *La imposibilidad jurídica de reconocer al hijo como eximente de responsabilidad: inaplicabilidad del CCyC a los hechos constitutivos y extintivos ocurridos antes de su vigencia.*

También por falta de antijuridicidad se rechazó la acción deducida contra una persona que había interpuesto una demanda por impugnación del reconocimiento de filiación que había formulado con anterioridad; la actora sostenía que esa acción había causado un daño a su propia identidad, y que el reconociente no puede volverse sobre sus propios actos, por lo que su conducta es antijurídica. El tribunal respondió que la acción deducida tenía base jurídica y, consecuentemente, el demandado en el juicio de daños se había limitado a ejercer un derecho, por lo que no se daba el primer presupuesto de la responsabilidad (36).

### III. Límites a la antijuridicidad material atípica. Las denominadas “reglas morales”

#### III.1. *Presentación del problema*

Como dije, la noción amplia de la antijuridicidad comprende la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad; es decir, alcanza no sólo las normas específicas, sino también las costumbres y principios *jurídicos* que surgen del sistema, aunque no exista una regla expresa que establezca la prohibición.

La pregunta es si también deben ser incluidos los deberes *morales* no juridizados. Mi respuesta es negativa, por las razones que explico en los párrafos siguientes.

#### III.2. *Un ejemplo: el deber (jurídico o moral) de guardar el secreto*

Si un médico, un abogado, un psiquiatra (37) viola el secreto profesional, el daño causado es reparable (obviamente, si además de la antijuridicidad se cumplen los otros recaudos de la función reparadora del daño: factor de atribución y relación de causalidad), porque ese profesional ha incumplido una obligación jurídica. En este sentido, por ej., se condenó a reparar el daño extra patrimonial causado por un psicoanalista que hizo comentarios de la terapia realizada por la actora y su familia a otros pacientes, pues esa conducta “configuró el quebrantamiento de la confidencialidad que deben impregnar los actos de todo profesional, violando el art. 11 de la ley 17.132 y art. 11, incs. 1, 2 y 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (38). Recuérdese, para otro tipo de relaciones jurídicas, que el art. 992 del

---

(36) Cám. de Apelaciones de Familia de Mendoza, 11/3/2016, expediente n° 446/12/4F-323/13.

(37) Un insólito proyecto de ley presentado al Parlamento argentino, que regula la actividad de los peluqueros, les impone el secreto profesional.

(38) CNCiv., Sala J, 09/08/2016, JA 2016-IV-809 y La Ley 2016-E, pág. 190, con nota

CCyC dispone: “Si durante las negociaciones, una de las partes facilita a la otra una información con carácter confidencial, el que la recibió tiene el deber de no revelarla y de no usarla inapropiadamente en su propio interés. La parte que incumple este deber queda obligada a reparar el daño sufrido por la otra y, si ha obtenido una ventaja indebida de la información confidencial, queda obligada a indemnizar a la otra parte en la medida de su propio enriquecimiento” (39).

En cambio, no cabe la reparación del daño causado si una amiga incumple su promesa y viola el secreto confiado por una persona de su especial confianza, porque en este caso, mantener la palabra empeñada de no revelarlo es sólo un deber moral.

Adviértase que al revelar el secreto que había prometido guardar, la amiga no “ejerce un derecho”, como sostiene la posición que entiende que todo daño es antijurídico a menos que se pruebe una causal de justificación. La amiga no responde, aunque no esté ejerciendo un derecho, porque el ordenamiento *jurídico*, visto en su totalidad (incluidos los principios y valores jurídicos mencionados en los arts. 1 y 2 del CCyC) no establece ese deber, aun cuando su conducta sea moralmente reprochable.

Como sostiene Manuel Atienza, la separación entre el *derecho* y la *moral* establecida por Kant “no permite pasar del juicio de que tal tipo de acción es contraria a la moral, a defender que, por lo tanto, esa conducta debe estar estipulada también como un ilícito jurídico. El que haya motivos para, o esté justificada, calificar un comportamiento como inmoral, no supone que deba ser considerado un ilícito jurídico. Es más, constituye incluso un derecho humano, un derecho fundamental, el no ser sancionado (que no se ejerza la coacción contra alguien) simplemente porque su comportamiento no sea un comportamiento moral: ni todo lo inmoral es (debe ser) antijurídico, ni todo lo jurídico es moral” (40).

---

de BARBERO, Belén y CAPUTTO, María Carolina, *Violación del deber de seguridad: un supuesto de mala praxis de psicólogo*; Resp. Civil y Seguros 2016-XII, pág. 63, con nota de DANESI, Cecilia C. y HIRALDE VEGA, Germán D., *Responsabilidad civil de los psicólogos*; Doc. Jud. 14/12/2016, pág. 62; La Ley 2017-A-196 con nota de SAUX, Edgardo I., *La antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil profesional*; Resp. Civil y Seguros 2017-II, pág. 55, con nota de KRAUT, Alfredo J. y SOSA, Guillermina Leontina, *Responsabilidad profesional del psicoanalista. A propósito de un fallo que conspira contra la función preventiva del derecho de daños*. Cita Online: AR/JUR/58308/2016.

(39) Compulsar, entre otros, Lombeyda, María de los Ángeles, *El deber de confidencialidad en el nuevo Código Civil y Comercial*, *Revista Jurídica de Daños* - Número 14 - Marzo 2016, cita on line, IJ-VC-900.

(40) ATIENZA, Manuel, *El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias*, en CASADO, María, *De la solidaridad al mercado, el cuerpo humano y el comercio biotecnológico*.

Sobre la base de estas nociones, tengo claro que cuando el art. 1716 dispone que la reparación del daño causado tiene por presupuesto “el deber de no dañar a otro o el incumplimiento de una *obligación*” se está refiriendo a un deber o a una obligación *jurídica* y no meramente moral.

### *III.3. Los daños causados por el solo incumplimiento del deber de fidelidad*

En el régimen derogado de divorcio culpable, conforme la jurisprudencia prevaleciente, los hechos que constitúan violación a uno o más derechos-deberes jurídicos del matrimonio (concretamente, fidelidad, cohabitación o asistencia) podían generar reparación —no siempre ni de manera automática— si se daban todos los presupuestos de la responsabilidad civil (factor de atribución, daño y relación de causalidad adecuada).

¿Es posible seguir sosteniendo esta posición en un contexto legislativo en el que se derogan las causales subjetivas fundadas en la culpa y el deber de fidelidad se califican de moral?

Los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto del CCyC dejaron en claro la incompatibilidad de la reparación de daños derivados de la conculcación del deber moral de fidelidad y el divorcio sin expresión de causa. Concretamente dicen: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona. Se separa, así, lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

El tema fue materia de debate en la comisión n° 3 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Bahía Blanca, Argentina los días 1, 2 y 3 de octubre del 2015 que, por mayoría, concluyó: “*Son resarcibles los daños causados entre cónyuges por todo hecho o acto que lesione su dignidad en tanto persona humana, con independencia de su calidad de cónyuge. No corresponde reparar los daños derivados del incumplimiento de los deberes típicamente conyugales*”. Además, focalizado en el deber de fidelidad se afirmó: “*En virtud del principio de reserva (art. 19 de la CN), las directivas de interpretación establecidas en el art. 2 del Código Civil y Comercial y el carácter moral del deber de fidelidad (art. 431,*

---

*gico*, Ed. Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona y Fontamara, 2017. No es esta la oportunidad de hacer un estudio profundizado entre moral y derecho, mucho menos desde la perspectiva filosófica, ámbito en el que la bibliografía es infinita. Me remito a NINO, Carlos S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

*código citado), anudados a los fundamentos del Código Civil y Comercial, la infracción del precitado deber no es antijurídica (art. 1717). Por tal motivo, no existe en este caso un daño resarcible (art. 1737)” (41).*

Varias ponencias presentadas a las mencionadas jornadas fueron la base de estas conclusiones (42).

En suma, los daños susceptibles de reparación son aquellos que se causan, independientemente del divorcio, por afectar o atacar el honor, la intimidad, la libertad o a la integridad física y psíquica de una persona; no así los que se derivan de la supuesta “violación” a derechos y deberes que en el régimen vigente ostentan el carácter de morales y no jurídicos, como la fidelidad y la convivencia; por lo tanto, no susceptibles de ser reparados en el ámbito jurídico.

En otras palabras, el haber sido infiel, como tantas otras conductas que podrían ser las causas por las cuales un matrimonio se extingue, forman parte de dinámicas relacionales en las cuales ya no hay jurídicamente un cónyuge “culpable” y otro “inocente”, sino la evidencia de un matrimonio desgastado en el que la justicia debe intervenir no de modo sancionador contra quien “destruyó” algo, sino a través de otras figuras superadoras, que no están fundadas en la culpa, sino en la solidaridad, como los alimentos, en casos en que un ex cónyuge se encuentre en situación de vulnerabilidad, la atribución de la vivienda, o las compensaciones económicas. Bien se ha dicho que “así como las razones del amor son insondables, los motivos del desamor también son misteriosamente diversos y no responden a una sola concepción moral. Cuando el amor no es más fuerte, se extingue el vínculo matrimonial sin que existan culpable o inocentes” (43). Nadie lo describió mejor que el recordado maestro Guillermo Borda: “La verdadera causa del quiebre de la pareja son esa gran masa de pequeños hechos que, no obstante, están ocultos para los ojos del juez” (44).

---

(41) Conf. <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-03.pdf>, compulsada el 07/03/2016.

(42) Ver, por ej., ponencia de HERRERA, Marisa; PELLEGRINI, María Victoria y DUPRAT, Carolina, *Derecho y Realidad: la improcedencia de reclamo resarcitorio por incumplimiento del deber moral de fidelidad según el contexto jurisprudencial previo al Código Civil y Comercial* en [http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras\\_DERECHO-Y-REALIDAD.pdf](http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Herrera-y-otras_DERECHO-Y-REALIDAD.pdf), compulsada el 07/03/2016.

(43) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *La estructura constitucional del proyecto de código unificado*, LL 2012-D-577.

(44) BORDA, Guillermo, *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio*, ED 147-813. Conf. SCHIRO, María Victoria, *Responsabilidad por daños intrafamiliar*, Ed. Astrea, Bs. As., 2017, pág. 82.

Más aún, coincido con quienes sostienen que carece de relevancia jurídica el extraño convenio, sea entre cónyuges, sea entre convivientes, que imponga el deber de fidelidad, bajo sanción de alguna cláusula penal. En efecto, “la amenaza de coerción económica transforma en patrimonial un típico contenido personal, como es la exclusividad sexual, incoercible en términos jurídicos, dado que la libertad sexual integra el ámbito de reserva personal protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional y la regulación del 431, del CCyC” (45).

Finalmente, piénsese que, conforme la doctrina argentina expuesta con anterioridad al 1/8/2015, el deber de fidelidad tenía dos aspectos: uno *negativo*, consistente en el deber de abstenerse de mantener con otra persona relaciones que hieran la honda comunidad de vida que representa el matrimonio, y otro *positivo*, que consiste en el deber de reservar al otro cónyuge todo su afecto y su sentimiento amoroso (46), antiguamente denominado “débito conyugal”. Personalmente, me resulta inimaginable una acción de daños porque uno de los cónyuges se niega a mantener relaciones sexuales con el otro; más aún, en numerosas ocasiones, obligar al cónyuge a tener esas relaciones contra su voluntad puede implicar, en el caso que sea la mujer, una clara conducta de violencia de género.

¿Cómo han reaccionado los jueces en los primeros dos años de vigencia del CCyC?

(i) La Secretaría General de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al resolver una contienda de competencia, decidió que una demanda de daños iniciada por un ex cónyuge contra el otro debía ser tramitada ante el juez de familia que había decidido el divorcio y no ante el juez civil. Fundó la decisión en la “conexidad” de ambos procesos. Es de esperar que esta decisión sobre competencia, al momento de resolver el fondo de la acción de daños y perjuicios, no sea interpretada como una atadura a un sistema legal perverso, al inmiscuirse en la intimidad de los matrimonios y sentenciar quién es “culpable” y quién “inocente” en relaciones tan complejas.

(ii) La Suprema Corte de Justicia de Mendoza se pronunció el 11/03/2016 (47), en un divorcio contencioso interpuesto durante la vigencia del cón-

---

(45) PELLEGRINI, María Victoria, Capítulo IV de su libro *Uniones convivenciales* (inédito).

(46) Ver, entre muchos, BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil. Familia*, actualizado por Guillermo J. Borda, Ed. La Ley, Bs. As., 2008, t. I, n° 246.

(47) SC Mendoza, sala I, 11/03/2016, Rev. Derecho de Familia 2016-V-87, con nota de LEVY, Lea M., *Artículo 7 del Código Civil y Comercial y procesos de divorcio en trámite: normativa aplicable*.

go anterior en el que se había peticionado, además, reparación de daños. En primera instancia y aún vigente el Código velezano, se hizo lugar a la demanda de divorcio culpable por las causales de injurias graves y abandono voluntario y malicioso del hogar fijándose una suma compensatoria del daño moral. Ya vigente el CCyC, la Cámara de apelaciones, por mayoría, confirmó la sentencia de divorcio culpable fundado en la causal de injurias graves y bajó el monto de la reparación civil. Por último, la máxima instancia judicial mendocina decretó el divorcio según el régimen ya vigente por aplicación del art. 7 del CCyC (o sea, sin expresión de causa), pero confirmó la condena a reparar el daño moral. Entendió que *“en la nueva ley al no existir más causales subjetivas de divorcio, para que resulte procedente una indemnización por daños, quien los reclame debe acreditar fehacientemente los daños que invoca, conforme los presupuestos generales de la responsabilidad civil. Si la condición humana, la dignidad e integridad de una persona, en cualquiera de sus aspectos, dentro o fuera de un matrimonio, ha sido dañada, eso es lo que debe indemnizarse en caso de encontrarse debidamente probado el daño”*; agregó que *“el alterum non laedere (art. 19 Constitución Nacional) no se diluye por el hecho de que el daño injustamente sufrido se materialice durante el matrimonio. Ello sería insostenible (...). En los casos de violencia en la pareja, la Ley 26.485 de ‘Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales’ del 2009, prevé de manera expresa la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos”*. Hasta aquí, la sentencia parece responder a los criterios expuestos en los fundamentos del anteproyecto, ya transcriptos: “no a la reparación del daño por violación al deber de fidelidad; sí a los daños que implican ataque a la dignidad de la persona”, aun cuando hayan sido acumulados a una acción de divorcio contencioso interpuesta antes de la vigencia del nuevo CCyC.

La dificultad aparece al razonar en torno a la carga de la prueba. La sentencia dice: “Advierto una distinción notoria entre el régimen anterior y el actual con relación al régimen probatorio. Cuando los jueces aplicaban la doctrina del viejo plenario, era más sencillo tener por acreditado el daño con el simple hecho de la configuración de una causal subjetiva de divorcio. Acreditada la existencia de injurias graves, a modo de ejemplo, el daño moral es casi evidente. Así fue resuelto en esta causa en las instancias de grado. Por el contrario, hoy resulta necesario detenerse en el análisis de la prueba del daño invocado. Sin embargo, aplicar mayor rigor probatorio en esta oportunidad a un proceso que ya se ha sustanciado, podría conculcar seriamente el derecho de defensa en juicio de las partes intervinientes, esencialmente de la actora que, a la hora de reclamar sus daños, tuvo en cuenta la existencia de un régimen



vigente que le permitía exigir la reparación ante la acreditación de las causales subjetivas de divorcio”.

La afirmación merece algunas reflexiones: no toda la jurisprudencia presumía el daño moral, por lo que el punto de partida del tribunal no es exacto. Si lo es, en cambio, el párrafo final de cierre de la argumentación cuando sostiene: “La Cámara ha tenido en cuenta que la actora padeció malos tratamientos, ofensas verbales y físicas de parte del accionado, aspectos que sin duda importan la violación de la dignidad humana y de sus derechos personalísimos. Tal pronunciamiento no luce arbitrario ni infundado. Por el contrario, ha sido dictado *conforme la prueba rendida* y el régimen jurídico vigente en esa oportunidad, para concluir que no puede dudarse que la actora haya visto afectado su equilibrio espiritual y afecciones legítimas y es dable suponer un estado de zozobra”.

(iii) En contra de la posición que vengo exponiendo, la Cámara de Apelaciones en lo civil, comercial y laboral de General Pico, La Pampa (48), por mayoría, el 14/12/2016, decidió que “en el régimen vigente, al igual que en el anterior, el simple hecho de la infidelidad, por sí sola, no genera *in re ipsa* un daño moral, ni tampoco se lo presume, *pero si el interés lesionado se configura de manera relevante y surge de las pruebas producidas, debe indemnizarse*”. O sea, el voto mayoritario admite la reparación por la violación del deber de fidelidad *si se muestra un daño significativo*.

Aunque parte de la doctrina (49) aprueba la decisión aferrándose a los viejos esquemas, las razones dadas en otra oportunidad (50), más el desa-

---

(48) elDial.com - AA9CC8, Publicado el 03/02/2017; LL 2017-B-252; Rev. CCyC, año III, n° 4, mayo 2017, pág. 75, cita on line AR/JUR/83948/2016.

(49) Ver el CÓRDOBA, Florencia I., *Continuidad de los deberes y solidaridad en las relaciones de familia*, La Ley Boletín del 07/04/2017, pág. 5 y en Rev. Derecho de Familia y de las Personas 2017 (abril), 06/04/2017, pág. 73, cita online: AR/DOC/600/2017; CÓRDOBA, Marcos, *Reparación de daños por incumplimiento de deberes matrimoniales*, en LL 2017-B-252, cita on line AR/DOC/860/2017; MEDINA, Graciela, *Daños derivados del incumplimiento del deber de fidelidad*, LL 2017-B-262, cita online: AR/DOC/854/2017. Algunos autores se limitan a señalar las dos posiciones sin pronunciarse a favor o en contra de ninguna de ellas (ver GALLELLI, Iván, *El daño moral entre cónyuges luego del divorcio incausado*, Rev. Derecho de Familia y de las Personas 2017 (abril), 06/04/2017, pág. 81, cita online: AR/DOC/654/2017).

(50) KEMELMAJER, Aída; HERRERA, Marisa y CULACIATI, Martín Miguel, *La culpa que el proceso de divorcio expulsó por la puerta no debe entrar por la ventana del derecho de daños* LL 2017-B-467. En esta misma posición, MIZRAHI, Mauricio D., *Deberes no jurídicos en el matrimonio e improcedencia de pagar compensaciones o indemnizaciones*, en LL 2017-B-902 y en Rev. de Derecho de Familia y de las Personas, junio 2017, año IX, n° 5, pág. 3, cita on line AR/DOC/1230/2017.

rollo del elemento antijuridicidad que surge de estas líneas, me conducen a apoyar el voto de la minoría.

Obviamente, el tema central es si el deber de fidelidad es o no jurídico. Después de la eliminación del delito de adulterio del Código Penal, para algunos, es excesivo suprimirlo también del derecho civil. Se trata de una materia arraigada a sentimientos religiosos que, como es sabido, por años, han dominado el derecho de familia; como muestra, vale la pena recordar a Bertrand Russell: “Desde que se descubrió la paternidad, el sexo ha sido siempre materia de gran interés para la religión. No podía esperarse otra cosa, puesto que es propio de la religión ocuparse de todo lo misterioso e importante. En los comienzos de los estadios agrícola y pastoril, la fertilidad, tanto tratándose de cosechas como rebaños, de manadas o mujeres, era de gran importancia para los hombres. Ni las cosechas eran siempre prósperas, ni la cópula producía siempre preñez. Se acudía, entonces, a la magia y a la religión para asegurar el resultado deseado” (51).

En mi opinión, el *proyecto de vida* común mencionado en el art. 431 del CCyC no se vincula a la *fidelidad sexual*, tan solemnemente proclamada y tan cotidianamente lesionada, sino a la asistencia, a la cooperación, a la solidaridad, verdaderos valores que imponen *obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento puede ser exigido judicialmente*.

#### IV. Los deberes éticos juridizados. El principio de buena fe

La afirmación sin aclaraciones de que “una conducta contraria a la buena fe es antijurídica y, consecuente, se cumple el primer supuesto de la responsabilidad civil” puede generar dificultades prácticas.

Un caso resuelto en Mar del Plata muestra el problema. Véase:

Con fundamento en el principio de buena fe, el tribunal dispuso reparar el daño no patrimonial causado a los hijos que, desconociendo la muerte de su padre, no pudieron concurrir a sus exequias porque no fueron informados por la persona que convivía con él; el tribunal entendió que “si la demandada acompañó en su enfermedad al Sr. L. M. y detentaba el conocimiento tanto de su internación como del posterior fallecimiento, su deber era compartir la información con los hijos del causante, y la deliberada omisión importa una lesión al principio de la solidaridad social, buena fe, moral, buenas costumbres, así como la alteración del deber jurídico de no dañar a otro”: “Es innegable que la toma de conocimiento en forma extemporánea de la enfermedad y posterior fallecimiento del Sr.

(51) RUSSELL, Bertrand, *Matrimonio y moral*, trad. por León Rozitchner, Ed. Leviatán, Bs. As., 1956, pág. 29.

L. M., como así también la privación del contacto con su progenitor en sus últimos días de vida, y la única oportunidad de despedir sus restos representan situaciones dolorosas que afectan la vida y la paz espiritual de los Sres. L. C. y R. J. M. (se indemniza con \$ 10.000 a cada uno de los dos hijos)” (52).

La fundamentación es dudosa. Quizás se trate uno de aquellos casos en los que la indemnización se funda en el accionar doloso de la demandada; es decir, se *sanciona*, a través de la reparación, la intención específica de causar un daño (53).

Otro supuesto con alguna similitud, pero diferente, fue resuelto por la Suprema Corte de la provincia de Corrientes, el 02/03/2016. Los hijos decidieron incinerar el cadáver del padre; con posterioridad a este hecho, una mujer fue declarada hija del mismo padre. El tribunal entendió que, aunque la sentencia de reconocimiento de la filiación tiene efectos retroactivos, ella carecía de legitimación para reclamar por el daño moral producido por no haber podido decidir sobre el destino del cadáver dado que, al momento de los hechos, “la conducta de los demandados (los otros hijos) no era antijurídica, puesto que ninguna norma ni principio les imponía citarla para hacerla partícipe de la decisión” (54).

## V. Antijuridicidad y culpa

La antijuridicidad no se identifica con la culpabilidad.

La primera es *objetiva*: basta una conducta que contraríe el ordenamiento, aunque provenga de un sujeto inimputable, y queda eliminada cuando aparece alguna *causal de justificación*.

La segunda es *subjetiva*: exige un sujeto imputable a quien se le pueda atribuir la omisión de las diligencias debidas.

---

(52) Cám. Apel. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala III, 18/08/2011, elDial.com - AA6E78 y en Rfyp, año III, n° 11, diciembre 2011, pág. 87, con nota de PANDIELLA MOLINA, J. C., *Responsabilidad del cónyuge por no informar sobre el estado de salud y fallecimiento a los hijos de éste*; y en Rev. Resp. Civil y Seguros, año XV, n° 2, febrero 2012, pág. 115, con nota de VARIZAT, Andrés Federico, *Principios y normas “implícitas” en el derecho de daños: problemas de actualidad*; AR/DOC/140/2012, y en Resp. Civil y Seguros, año XV, n° 1, enero 2012, pág. 45, con nota de BERTRÉS, María del Valle, *Daño moral por omisión de información sobre enfermedad y muerte de familiar*; ED 249-13, con nota de TORRES SANTOMÉ, Natalia, *Parentesco por afinidad y derecho de daños*.

(53) Compulsar TOBIAS, José W. y DE LORENZO, Federico, *El dolo en el derecho civil. Propuestas para una noción en eclipse*, LL 2001-C-1102.

(54) Rev. Resp. Civil y Seguros, 2017-II, pág. 96 y en ED 267-223, cita online: AR/JUR/5546/2016.

Normalmente, la jurisprudencia distingue claramente ambos elementos. No obstante, a veces, la redacción de algunas decisiones deja algunas dudas. Así, en un caso de ruptura de promesa de celebrar matrimonio, un tribunal rechazó la demanda por falta de prueba del daño moral, pero argumentó a favor de la reparabilidad con este razonamiento: “La acción resarcitoria no resulta del incumplimiento en sí de la promesa de matrimonio, sino que su fuente la constituyen los daños causados como consecuencia del comportamiento culposo o doloso de los promitentes... Entre los daños morales se ubican los sufrimientos o padecimientos que preceden o acompañan la ruptura, además de la pérdida de la reputación social de que la novia hubiera sido objeto como consecuencia del abandono intempestivo” (55).

La primera frase podría ser entendida con un doble sentido: (i) no es necesaria la antijuridicidad de la conducta (“no resulta del incumplimiento en sí de la promesa”), afirmación incorrecta, o (ii) no basta la antijuridicidad; se requiere culpa o dolo (aserción que resulta correcta para quienes sostienen que estos daños son reparables, posición que, aclaro, no comparto) (56).

## VI. Antijuridicidad y daño

Finalmente, como lo he mencionado en los puntos anteriores, la antijuridicidad *no* se predica *del daño* (57) sino de la *conducta* (positiva u omisiva). Así lo expresa el artículo 1717 del CCyC: “Cualquier *acción* u *omisión*... es antijurídica. La afirmación se reitera en el art. 1718 (está justificado *el hecho*). La antijuridicidad no califica al daño (que es presupuesto de la *reparación*) sino a la acción u omisión. De allí que no resulte clara la crítica a la redacción de esta norma por parte de un sector de la doctrina (58).

---

(55) Cám. 1° CC Rosario, 14/5/2013, Rev. Derecho de Familia, 2013-IV-251, con nota de REY GALINDO, Mariana, *Nostalgia de una discusión inagotable* y en ED 254-356.

(56) En mi opinión, estos daños no son reparables, como claramente lo afirma el art. 401 del CCyC: “Esponsales. Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera”.

(57) Conf. PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones*. Tomo II, ed. Hammurabi, 1999, pág. 480; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Córdoba, Ed. Alveroni, 2015, t. I, pág. 388; CERUTTI, María del Carmen, *Antijuridicidad. Eximentes*, en MÁRQUEZ, José Fernando (director), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, pág. 82; OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*, Ed. A. Perrot, Bs. As., 2016, n° 31, pág. 54.

(58) BUERES, Alberto, *La responsabilidad por daños en el proyecto de código*, LL

Ambos conceptos no se confunden:

(i) La antijuridicidad supone una relación preexistente; el daño es un hecho-*consecuencia*. Bien se ha señalado que “el daño resarcible no es la lesión en sí misma, sino sus *consecuencias*, en el sentido de que se trata de las proyecciones disvaliosas en lo que la persona es (daño moral) o en lo que la persona tiene (daño patrimonial) (59).

(ii) Puede haber antijuridicidad sin daño causado. De allí la frase tantas veces repetida en la jurisprudencia: “La acción antijurídica no determina *per se* un daño resarcible” (60).

Si no hay daño, nada hay para indemnizar, pero ese obrar injustificado puede autorizar el despliegue de medidas preventivas (art. 1710) (61).

Como he indicado en los puntos anteriores, un sector importante de la doctrina afirma que del art. 1717 se deriva una presunción de antijuridicidad de todo daño; por lo tanto, acaecido, el sindicado como responsable sólo se libera acreditando alguna de las causas de justificación prevista en los arts. 1718 o en otras normas del ordenamiento (62).

No niego que una interpretación aislada del art. 1717 puede dar base gramatical a esa solución (*cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada*), pero la mención del art. 1717 es insuficiente para sustentar esa conclusión. La norma debe ser interpretada en el sistema (art. 2) y, consecuentemente, con el resto de las normas que he citado a lo largo de estas reflexiones.

---

2013-A-835; conf. con la crítica, PREVOT, Juan, *La antijuridicidad en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, JA 2012-IV-1495, quien sostiene que el texto del artículo no es coincidente con el concepto de antijuridicidad que sostiene la doctrina.

(59) Juzgado de 1a Instancia en lo Civil y Comercial de 30a Nominación de Córdoba (Federico Ossola) 05/07/2016, RCCyC 2017 (marzo), 03/03/2017, 145, cita online: AR/JUR/70974/2016.

(60) Por ej., SC Bs. As., 30/3/2010, B 60253 sumario B93650, cit. en MEDINA, Graciela y GARCÍA SANTAS, Carlos, *Jurisprudencia de Bs. As., Rev. de Daños*, 2015-2-491. Los autores citados ponen en nota que “el art. 1717 cambia esta jurisprudencia. Se presume que el daño es antijurídico, salvo que se demuestra que está justificado”. Por las razones expuestas en el texto, sostengo que el art. 1717 no cambia esa jurisprudencia; una cosa es el daño y otra la antijuridicidad, por lo que sigue siendo cierto que la acción antijurídica no determina *per se* un daño resarcible.

(61) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo código*, Córdoba, ed. Alveroni, 2015, t. I, pág. 389.

(62) Por ej., PADILLA, Rodrigo, *Cuestiones generales de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial*, en Doc. Jud. 12/08/2015, pág. 1, ADLA2015-27, pág. 171, cita online: AR/DOC/1992/2015.

En definitiva. No todos los daños que acaecen son indemnizables. Si son la consecuencia de la violación de deberes que no ingresan en el orden normativo, no son indemnizables, tal como lo acreditan los ejemplos proporcionados supra n° III.

### VII. La antijuridicidad como presupuesto autónomo de la función reparadora

El desarrollo de los puntos anteriores me permite abordar la cuestión relativa a si la antijuridicidad es o no un presupuesto de la responsabilidad en el CCyC argentino.

Como es sabido, la doctrina comparada no es unánime a la hora de enumerar a la antijuridicidad como presupuesto de la función reparadora. En muchos países no es mencionada por los autores, que estudian el tema bajo los cánones de la culpabilidad, especialmente, en tanto ésta es una omisión de diligencias *debidas* y ese deber surge de la norma jurídica (63).

Como se señaló, en la Argentina, el concepto de antijuridicidad evolucionó enormemente desde los tiempos en los que Vélez redactó el Código Civil. Por lo tanto, los textos debían ser modificados, en tanto no respondían a los criterios prevalecientes.

El redactor del nuevo código podía optar entre dos posiciones (64):

(a) La que se inclinaba por la eliminación del requisito de la antijuridicidad como elemento autónomo de la responsabilidad (65).

Las razones de esta posición son muy variadas (66) pero, en esencia, se mueven en torno al notorio desplazamiento de la noción de *sanción* hacia la de *daño*; esa dirección es tan acentuada que, preocupada sustancialmente por el rol preponderante del daño, tiende a eliminar o quitar peso a los demás presupuestos.

---

(63) Un resumen se encuentra en PITA, Enrique, *Las propuestas de armonización internacional de la responsabilidad civil. Análisis comparativo con las soluciones adoptadas en la materia por el nuevo CCyC argentino*, en JA 2016-II-821 y ss.

(64) Para una síntesis de las dos posiciones, ver PICASSO, Sebastián, Comentario al art. 1717, en LORENZETTI, Ricardo (director), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. Rubinzal, Bs. As., 2015, t. VIII, pág. 364.

(65) En la Argentina, la obra más seria sobre el tema es la de DE LORENZO, Miguel Federico, *El daño injusto en la responsabilidad civil*, Ed. A. Perrot, Bs. As., 1996.

(66) Ver AGOGLIA, María Martha, *El daño jurídico. Enfoque actual*, Ed. La Ley, Bs. As., 1999, pág. 43.

También incide la necesidad de ampliar el campo de los daños reparables, cada vez más importantes, en la llamada “sociedad de riesgos” (67). El nuevo horizonte se configura a través del detrimento injustamente sufrido, aunque no haya sido injustamente causado.

Para responder a esa nueva visión hay que dilatar a tal punto la noción de antijuridicidad que, en definitiva, se la hace coincidir con valoraciones axiológicas y metajurídicas que terminan por disolverla en un sistema valorativo de resultados *ex post facto* (o sea, la confunden con el daño).

Se afirma, entonces, que “la antijuridicidad está herida de muerte”; su existencia estaría limitada a su mención didáctica; como mucho, su pronóstico es ocupar un papel secundario o dependiente entre los elementos de la responsabilidad” (68).

(b) Adherir a la corriente mayoritaria que, desde antes de 2015, entendía que el presupuesto debe mantenerse, pero reformulando el concepto en el sentido explicado: la antijuridicidad no es sólo la contrariedad entre un hecho y una norma que específicamente dispone una obligación de actuar o una prohibición (antijuridicidad formal); alcanza la contrariedad de ese hecho con el ordenamiento jurídico considerado en su totalidad, incluyendo los principios generales del derecho, con abstracción de la voluntariedad o involuntariedad de la conducta del agente, o de la existencia de culpa (antijuridicidad objetiva y material).

Se inclinó por la segunda alternativa (69). En suma:

– el CCyC mantiene la antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil (70);

---

(67) GESUALDI, Dora Mariana, *La antijuridicidad: comentario comparativo entre el régimen vigente y el proyecto de reformas del 2012*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, n° 7, julio 2013, pág. 5; de la misma autora, *La antijuridicidad en el proyecto de reformas del Código Civil y Comercial de 2012*, en Rev. Derecho de Daños 2012-3-229 y ss.

(68) Para una crítica a estas posiciones ver BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel Gonzalo, *La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 6, junio 2015, pág. 29; TRIGO REPRESAS, Félix A., *La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en Rev. CCyC, edición especial, II Congreso Internacional de Derecho de Daños, noviembre 2015, pág. 8 y en Rev. CCyC, año I, n° 4, octubre 2015, pág. 135.

(69) PICASSO, Sebastián, *La antijuridicidad en el proyecto de código*, LL2013-E-667. Conf. OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*, A. Perrot, Bs. As., 2016, n° 27, pág. 49; RUGNA, Agustín, *Antijuridicidad y responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, en Rev. ADLA, n° 21, agosto 2016, pág. 119 y ss.; NEGRI, Nicolás J., *Responsabilidad civil contractual*, Ed. Astrea, Bs. As., 2017, t. 1, pág. 315.

(70) BUERES, Alberto, *La responsabilidad por daños en el proyecto de código*, LL

– la normativa comprende las conductas positivas y negativas, o sea, las acciones y omisiones (71), y los actos voluntarios e involuntarios;

– se consagra, pues, una antijuridicidad amplia o genérica, no específica, que comprende toda conducta contraria al ordenamiento *jurídico* íntegramente considerado (72).

Esta solución se apoya, entre otros, en los siguientes argumentos:

(i) La exigencia de la antijuridicidad se adecua a la interpretación sistémica y dinámica del art. 19 de la CN que dispone en su última frase: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. O sea, la Constitución admite un amplio espacio a la libertad, que no puede ser coartado indicando, como regla, la indemnizabilidad de cualquier daño.

En esta línea se ha dicho: “Resarcir todos los daños implicaría poner en tela de juicio todas las acciones y decisiones de las personas, sin que haya un ámbito de resguardo del individuo exento de la ley, lo que se traduce en una necesaria limitación de la autonomía personal, que tan celosamente procura tutelar el art. 19 de la Constitución nacional” (73).

---

2013-A-835; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, *La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 4, abril 2015, pág. 38 y ss. y en LL 2015- E, 1155, cita online: AR/DOC/3475/2015; TRIGO REPRESAS, Félix A., *Los presupuestos de la responsabilidad en el nuevo proyecto de Código Civil y Comercial unificado*, en Rev. Derecho de Daños 2012-3-136 y ss.; del mismo autor, *La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en Rev. CCyC, edición especial, II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Nov. 20105, pág. 3; CALVO COSTA, Carlos, *Derecho de las obligaciones*, Bs. As., ed. Hammurabi, 2016, t. 2, pág. 69 y ss.; CERUTTI, María del Carmen, *Antijuridicidad. Eximentes*, en MÁRQUEZ, José Fernando (director), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, pág. 76; PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, 2° ed., Astrea, Buenos Aires, 2016, t. 1, n° 35 y ss.; RAMOS MARTÍNEZ, María F., *La antijuridicidad en el derecho de daños: reflexiones sobre el régimen del nuevo Código Civil y Comercial: consolidación del principio constitucional alterum non laedere*, en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año XVIII, n° 6, junio 2016, pág. 13; BANCOFF, Pedro, *La responsabilidad civil médica y la carga de la prueba de la culpa en el código civil y comercial de la Nación*, Rev. Resp. Civil y Seguros 2016-VIII, pág. 16, cita online: AR/DOC/1727/2016.

(71) GALDÓS, Jorge M., *La responsabilidad civil (parte general) en el anteproyecto*, LL 2012-C-1264.

(72) CERUTTI, María del Carmen, *Antijuridicidad. Eximentes*, en MÁRQUEZ, José Fernando (director), *Responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Zavallía, 2015, pág. 72.

(73) JUAREZ FERRER, Martín, *El derecho constitucional a la reparación integral*, Ed. Hammurabi Bs. As., 2015, pág. 43 (aclaro que no comparto todos los ejemplos proporcionados por el autor).



Eliminar la antijuridicidad material implicaría el aniquilamiento de la libertad personal del agente (74). Para que ello no ocurra, la discusión puede circular por el método de interpretación (mayor o menor flexibilidad) pero no respecto de la necesidad del requisito (75).

(ii) El artículo 1717 comprende las acciones y las omisiones. En la omisión pura (la comisión por omisión se rige por las reglas de la comisión), la antijuridicidad se construye con relación a una conducta debida que no se cumplió; es preciso, entonces, que exista un previo deber de actuar, siendo necesario sentar ciertas pautas razonables que impidan una generalización desmedida de ese deber que podría terminar restringiendo la libertad individual; no es posible sostener que todos estamos, en todo momento, obligados a evitar cualquier tipo de daños a los demás. Se requiere que exista una cierta relación particular entre los sujetos; una especie de un deber de seguridad que imponga a uno de ellos el sacrificio de su libertad de abstención. El incumplimiento de un deber puramente moral no puede justificar la reacción sancionatoria del derecho (76). Por eso, el art. 1710 señala que el deber de actuar para prevenir un daño incumbe a toda persona “en cuanto de ella dependa”.

En definitiva, una interpretación sistemática del ordenamiento lleva a sostener que hay omisión antijurídica cuando la abstención pueda configurar un abuso del derecho de no actuar (art. 10) (77).

(iii) El hecho de que los daños se hayan multiplicado no implica que todo daño debe ser reparado. La vida cotidiana es fuente incesante de daños: ocasiona daño quien se impone a sus competidores en un concurso, quien consigue un puesto de trabajo relegando a otras personas, quien obtiene las últimas entradas para ver un espectáculo impidiendo que

---

(74) IBARLUCÍA, Emilio A., *Antijuridicidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional*, LL 2012-A pág. 561; conf. BESALÚ PARKINSON, Aurora, *La constitución nacional y el Código Civil y Comercial de la Nación: consideraciones en torno al régimen de responsabilidad civil*, en DALLA VÍA, A. R. y GARCÍA LEMA, A. M. (directores), *Estudios constitucionales sobre el código civil y comercial de la Nación*, Ed. Rubinzal, Bs. As., 2016, t. I, pág. 250.

(75) BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel Gonzalo, *La vigencia de la antijuridicidad en el derecho de daños*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 6, junio 2015, pág. 30.

(76) Compulsar el siempre vigente trabajo de NINO, Carlos, *¿Da lo mismo omitir que actuar? Acerca de la valoración moral de los delitos por omisión*, en Rev. de Derecho Penal y Criminología, año VII, n° 6, julio 2017, pág. 223. La Ley 1979-C-80, cita online: AR/DOC/21346/2001.

(77) PICASSO, Sebastián, *La antijuridicidad en el proyecto de código*, LL 2013-E-670.

otras puedan conseguirlas, etc. La enumeración puede ser infinita, pero es evidente que estos perjuicios no resultan resarcibles (78).

No lo son, porque falta antijuridicidad.

En este sentido, la Corte Federal afirma que “para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil resulta insoslayable verificar la existencia de un daño *injustamente* causado por un comportamiento imputable al autor, porque no existe en nuestro ordenamiento —como tampoco en la experiencia del derecho comparado— un deber genérico de resarcir ante la sola materialización del perjuicio” (79).

También se ha resuelto que si el actor “no alegó ni probó la antijuridicidad en los hechos en juzgamiento, presupuesto ineludible del deber de resarcir, especialmente, porque al trabarse la litis no se introdujo como hecho controvertido la responsabilidad de la accionada fundada en la omisión de adoptar medidas de evitación del daño, corresponde rechazar la demanda”. “En el caso, el infortunado joven apareció muerto en un vagón de ferrocarril que se encontraba detenido en una estación, que transportaba piedra a granel, proveniente de una cantera, y fue visto, por última vez al salir de un lugar danzante”. “Determinar en concreto si el dueño o guardián omitió adoptar las medidas de seguridad idóneas para la evitación de daños (criterio normativo que ahora recogen los arts. 1710, 1711, 1712, 1713 y concs. CCCN) es una cuestión de hecho que debe ser ponderada en cada caso y conforme sus singularidades”. “La omisión antijurídica de la demandada consistiría en no haber evitado el ingreso de la víctima al predio de la playa de maniobras de ferrocarriles y no haber impedido que el joven, una vez adentro del inmueble, ingresara al interior del vagón, lo que sólo podía hacer subiendo una escalerilla y desplazándose hacia abajo, tipo tobogán. La misma estructura del vagón pone de relieve anticipadamente que es casi imposible salir por sus propios medios y que tiene tres boquillas de descarga del material que muestran muy claramente que esas son sus salidas naturales. En definitiva: no se configuró una conducta antijurídica en la abstención de la accionada porque el deber general de actuar para impedir el daño (arts. 19 Const. Nacional y arts. 1710, 1711 y concs. CCCN) no puede llevarse al extremo de pretender la evitación de conductas imprevisibles, que se apartan de lo que sucede de ordinario y del curso natural de las cosas (arts. 901 y 906 CC y arts. 1727 CCCN)” (80).

---

(78) CALVO COSTA, Carlos, *Daño resarcible. Su concepción a la luz del Código Civil y Comercial*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 4, abril 2015, pág. 81.

(79) Voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda en CSN “Rodríguez c/ Google”, 28/10/2014, cita on line RC J 7909/14 y AR/JUR/50173/2014, LL 2014-F-401; Doc. Jud. Año XXI, n° 5, 4/2/2015, pág. 7.

(80) CCiv. y Com., Azul, Sala II, 16/05/2016, JA 2016-II-121; La Ley Online; cita online: AR/JUR/26483/2016 y en Resp. Civil y Seguros, año XVIII, n° 9, setiembre 2016, pág. 57.

(iv) Otras disposiciones del CCyC delimitan circunstancias que no liberan, lo que implica reconocer que existen eximentes que ponen barreras a la obligación de reparar porque la conducta es lícita. Así, por ej., el art. 1757 dice para la responsabilidad por el vicio o riesgo de las cosas o actividades: “*No son eximentes la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención*”. En el mismo sentido, el art. 1973 dispone: “*Las molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos no deben exceder la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquellas*”.

(v) No sería coherente que se exija antijuridicidad para la función preventiva y no para la función reparadora. En efecto, el art. 1711 dice que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión *antijurídica* hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento.

Así, por ej., se ha decidido: “La medida autosatisfactiva intentada por la vicedecana de un instituto universitario que fue demandada por plagio de una obra académica a fin de que se le ordene a los accionantes de ese proceso abstenerse de realizar comentarios injuriosos contra su persona debe rechazarse, ya que los hechos analizados *no importan en sí mismos la configuración de una conducta ilícita* con entidad para activar la responsabilidad civil en su faz preventiva” (81). Con el mismo criterio se ha rechazado la medida cautelar de no innovar requerida por el locatario de un inmueble a fin de que el propietario y el fiduciario se abstengan de desconocer los términos del vínculo contractual que mantienen y, en particular, de ejercer la resolución contractual o cualquier pretensión tendiente al desalojo del bien debe rechazarse pues, “si bien a primera vista de la prueba aportada surge que existe un peligro en la demora, ello no implica que ese peligro se encuentre verosímelmente respaldado en derecho, *dado que no se advierte antijuridicidad en tales actitudes*” (82).

(vi) Los daños producidos en el deporte también acreditan la necesidad de una conducta antijurídica.

---

(81) CCiv. y Com., Azul, Sala II, 03/12/2015, Rev. Código Civil y Comercial 2016 (marzo), 07/03/2016, pág. 155 y en JA 2016-II-137, con nota de CARESTIA, Federico S., *Prevención del daño y libertad de expresión*; cita online: AR/JUR/62310/2015.

(82) CNCom., Sala D, 18/10/2016, La Ley boletín del 10/04/2017, pág. 5, con nota de DI CHIAZZA, Iván G., *¿Pretensión preventiva contractual?* y en Rev. Resp. Civil y Seguros, año XIX, n° 6, junio 2017, pág. 69, con igual nota, cita online: AR/JUR/84705/2016.

La doctrina presta apoyo a esta afirmación: “el fútbol es una actividad lícita en la que los daños son contingencias habituales de la actividad y, por lo tanto, quedan, en principio, al margen de toda relevancia jurídica porque los riesgos propios de la actividad quedan absorbidos por la licitud” (83).

Desde la judicatura se ha decidido que:

\* Las lesiones deportivas sufridas por un jugador sólo dan lugar al deber de resarcir *cuando media un accionar que viola el reglamento* (84).

\* Una persona menor de edad que causó lesiones a un compañero cuando se encontraban practicando artes marciales en una clase de entrenamiento no debe responder por las consecuencias dañosas del hecho pues, más allá de si el instructor impartió o no la orden de establecer contacto entre los alumnos, no se acreditó que la conducta del demandado haya violado el reglamento de la actividad, máxime cuando tampoco se probó que desatendiera las disposiciones del profesor a cargo (85).

\* No responde, por falta de antijuridicidad, la Federación Argentina de Box por la muerte de un boxeador producida en la práctica habitual de un entrenamiento por un golpe efectuado por otro deportista, en tanto fue una consecuencia previsible, no siempre evitable, desafortunada y accidental propia de la disciplina que practica, ajena a toda ilicitud, no habiéndose excedido las reglas de ese deporte, ni con intención malévola, siendo un caso de aceptación del riesgo propio de la actividad (86).

## VIII. Responsabilidad por actos lícitos

Obviamente, exigir la antijuridicidad no implica negar la existencia de supuestos de responsabilidad por acto lícito (87). O sea, hay daños injus-

---

(83) ABREU, Gustavo A., *Análisis de la responsabilidad del futbolista que lesiona a otro durante el juego en la Argentina*, en Resp. Civil y Seguros, año XV, n° 10, octubre 2013, pág. 24.

(84) Voto del Dr. Genoud, SC Bs As 10/10/2012, AR/JUR/71519/2012, Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, n° 4, abril 2013, pág. 97.

(85) CNCiv., sala A, 11/7/2013, AR/JUR/49383/2013 y en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XV, n° 12, diciembre 2013, pág. 151.

(86) CNCiv., sala I, 7/4/2015, AR/JUR/8410/2015, Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 7, julio 2015, pág. 71.

(87) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, *Relación de causalidad y factores interruptivos en el código civil y comercial*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XVII, n° 4 abril 2015, pág. 67; TRIGO REPRESAS, Félix A., *La antijuridicidad en el Código Civil velezano y en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en Rev. CCyC, edición especial, II Congreso Internacional de Derecho de Daños, noviembre 2015, pág. 3.

tamente sufridos (que son indemnizables) aun cuando hayan sido causados por conductas que no son antijurídicas.

Los ejemplos son frecuentes en el ámbito de la responsabilidad estatal. Así, cuando del ejercicio de funciones policiales resulta dañado un tercero, ajeno al problema desencadenante, los agentes intervinientes pueden ser liberados, pero la responsabilidad del Estado no resulta excluida.

En el ámbito de las normas generales del CCyC, el art. 1718 prevé dos supuestos en los que caben indemnizaciones aun si la conducta está justificada. En efecto, el inc. b) dispone que “el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena”; y el inc. c) ordena que “mediando estado de necesidad, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo” (88).

### **IX. Compensaciones que no encuadran en el régimen de responsabilidad civil por falta de antijuridicidad**

Finalmente, cabe señalar que, en variadas ocasiones, los daños son reparados por sistemas distintos al de la responsabilidad (por ej., la seguridad social, el seguro, etc.), precisamente porque falta el requisito de la antijuridicidad.

Así, por ej., la nueva figura de las prestaciones compensatorias (arts. 441/442; 428/429 y 524/525 CCyC) no se rige por las normas relativas a la responsabilidad porque la conducta de quien ejerce el derecho a divorciarse o ponerle fin a la convivencia no es antijurídica; al contrario, el ordenamiento jurídico familiar reconoce expresamente estas facultades judiciales (arts. 437 y 523 CCyC). Tampoco es antijurídica la situación familiar o personal que originó la desventaja; los acuerdos internos, las decisiones que uno y otro han ido tomando a lo largo de la vida en común, no son más que un ejercicio regular de su derecho de organizar la vida y los roles familiares, inclusive de abdicar al propio desarrollo teniendo en miras el proyecto común (89).

### **X. Valoración del art. 1717**

Algunos autores han criticado severamente el art. 1717.

---

(88) Para estos casos y otros de reparación de daños causados por conductas lícitas, ver OSSOLA, Federico, *Responsabilidad civil*, Ed. A. Perrot, Bs. As., 2016, n° 40, págs. 74/75.

(89) Conclusiones Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015. Comisión 3. Daños.

Entienden que la expresión “si no está justificado” es vaga, y en lugar de vincular la conducta a las causas de eximición, lo relacionan con la doctrina italiana del daño injusto; afirman que se trata de una expresión que abre las puertas a la inseguridad, pues supone un catálogo abierto de daños resarcibles (90); que dado que los artículos 1717 y 1737 “adoptan una antijuridicidad basada en causar daños atípicos y, con ello, ni la antijuridicidad es tal y “daño” podrá ser potencialmente cualquier cosa, se crea una incertidumbre que no se condice ni con el principio de legalidad, ni con la libertad humana que, como regla de cualquier Estado de Derecho, se busca preservar” (91).

La crítica es ciertamente exagerada e implica retornar a la antijuridicidad formal, rechazada por la doctrina y la jurisprudencia nacional hace ya muchos años. El apocalipsis descrito no aconteció antes de la entrada en vigencia del CCyC; tampoco se producirá después del 1-8-2015, en tanto las normas se han limitado a transcribir una jurisprudencia razonablemente sólida, como se ha demostrado a lo largo de estas reflexiones. ◆

---

(90) CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo, *Las nuevas reglas de la responsabilidad civil. Visión crítica*, en Rev. Responsabilidad Civil y Seguros, año XIV, n° 90, septiembre, 2012, pág. 22.

(91) PRIETO MOLINERO, Ramiro, *La cuestión de la antijuridicidad en la responsabilidad civil*”, LL 2016-E- 1049, cita on line AR/DOC/2876/2016.

# EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA, CONSTITUCIONAL Y IUSFILOSÓFICA

POR ALFONSO SANTIAGO (\*)

Sumario: I. Presentación.- II. Origen y evolución histórica del Estado constitucional de derecho.- III. La recepción de las exigencias del Estado de derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina.- IV. El Estado de derecho en nuestros días: el Estado constitucional, democrático y participativo, social, convencional, pluralista, subsidiario y personalista de derecho.- V. El Estado constitucional de derecho y las exigencias de calidad institucional en nuestros días.- VI. Conclusiones.- VII. Referencias bibliográficas.

*Non sub hominibus, sed sub Deo et leges* (1).

## I. Presentación

La expresión “Estado constitucional de derecho” sintetiza en nuestros días el paradigma ideal y modelo que inspira y rige la concepción, organización y funcionamiento del Estado, del Gobierno y la administración pública en las democracias constitucionales de hoy.

Así como también lo hacen otros textos constitucionales, la Constitución española de 1978 afirma en su art. 1.1.: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores su-

---

(\*) Comunicación del Académico ofrecida en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de julio de 2017.

(1) Respuesta del juez Edward Coke al rey Jacobo I, de Inglaterra, acerca de si el monarca estaba sometido a las leyes de los hombres, que puede leerse en el frontispicio de la biblioteca de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.

periores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (2).

La noción del Estado de derecho remite a un problema fundamental de la teoría política y jurídica como es la relación entre Estado y derecho. ¿El Estado en su actuación está o no subordinado al derecho? ¿Es el nuestro un Gobierno de hombres o de leyes? ¿Es el Estado el creador único del derecho, o el derecho, en todo o en parte, es anterior al propio Estado, y éste debe subordinarse a sus exigencias? ¿Hay finalidades y contenidos jurídicos que el Estado tiene que respetar en todo tiempo y lugar, más allá de su voluntad suprema y soberana? ¿Todo Estado puede ser considerado un Estado de derecho? ¿Qué condiciones debe satisfacer un ordenamiento jurídico-político para ser considerado Estado de derecho? ¿En un Estado de derecho la mayoría legislativa o del Poder Constituyente puede adoptar cualquier decisión? ¿Qué vigencia y alcance tienen estos principios en una democracia constitucional? Estos interrogantes atravesaron la historia política de la humanidad y, en particular, la del segundo milenio de la vida occidental.

Entender en toda su profundidad cuál es el contenido actual de la expresión “Estado constitucional de derecho” requiere una necesaria aproximación histórica a este concepto. En este trabajo pretendemos rastrear sintéticamente los orígenes y la evolución histórica del concepto de Estado de derecho, analizar su recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y exponer las principales notas, características y los contenidos que esta categoría jurídico-constitucional tiene en nuestros días.

## II. Origen y evolución histórica del Estado constitucional de derecho

Más allá de sus fundamentos éticos y antropológicos, el concepto de Estado de derecho es una construcción jurídica, cultural y política. Es un constructo cultural, receptor de ideas filosóficas y jurídicas, experiencias históricas concretas y aspiraciones éticas y políticas que progresivamente se han ido sucediendo a lo largo de los siglos de la historia de Occidente, a modo de capas geológicas que se van superponiendo en el tiempo.

---

(2) También el art. 1º de la Constitución colombiana de 1991 define explícitamente que “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.



Por ello, para comprender más acabadamente su sentido y sus contenidos es necesario rastrear sus orígenes históricos y su evolución a lo largo del tiempo.

Para una descripción sintética de sus orígenes y de su evolución histórica, nos parece conveniente detenernos y analizar brevemente al menos cuatro momentos centrales de su progresiva elaboración (3):

- el *rule of law* de origen anglosajón;
- la concepción del Rechtsstaat o Estado de derecho surgido en Alemania en el siglo XIX;
- las reglas del *rule of law* propuestas en el ámbito anglosajón a mediados del siglo XX por el profesor de Harvard Lon Fuller;
- el concepto de Estado constitucional de derecho, que se fue gestando en Europa luego de la Segunda Guerra Mundial para dejar atrás el anterior modelo del Estado legal de derecho.

a) *El concepto clásico o antiguo de rule of law británico*

El concepto y la expresión *rule of law* tiene su origen en el medievo inglés y alude a la idea de la subordinación del monarca a la ley de Dios y a las pocas leyes que regían en su reino. Afirmaba Henry de Bracton en el siglo XIII, en su obra *De legibus et consuetudinibus Angliae*, que “*rex non debet esse sub homine sed sub Deo et leges, quia lex facit regem*” (el rey no está subordinado a los hombres, pero sí a Dios y a las leyes, porque la ley hace al rey). Era una concreción de la afirmación “[R]ey serás si haces derecho; si no, no serás rey” ya formulada siglos antes por San Isidoro de Sevilla o de aquella expresión de la tierra aragonesa “[A]quí tenemos ley antes que rey”. La Carta Magna inglesa de 1215, una de las fuentes históricas del constitucionalismo, adscribía a esta misma concepción.

La frase de Bracton que hemos citado tuvo que ser recordada por el juez Coke ante los intentos absolutistas de Jacobo I a mediados del siglo XVII,

---

(3) Señala Carlos Massini que la idea del *rule of law*, concebido como gobierno del derecho, “tiene sus orígenes en el pensamiento jurídico clásico, en las obras de Platón (principalmente, en *Las Leyes*) y de Aristóteles (especialmente, *La Política*), adquiere su desarrollo a lo largo de la Edad Media y, luego de un intervalo absolutista, resurge en la Ilustración adquiriendo formas diversas a lo largo de los siglos XIX y XX hasta culminar en las formulaciones actuales, entre las que se destaca la propuesta en la segunda mitad del siglo pasado por Lon Fuller” (“Sobre el *rule of law* y el concepto práctico del derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014).

cuando el principio *príncipes legibus solutus* proclamado por Jean Bodín, la doctrina de la razón de Estado propuesta por Niccolò Machiavelo y la afirmación hobbesiana *auctoritas non veritas facit legem* contenida en el *Leviathan* pretendían fundamentar el absolutismo real. La gloriosa revolución de 1688 y las doctrinas de John Locke expuestas en el *Segundo Tratado del Gobierno Civil* pusieron ciertos límites a esos intentos absolutistas en el ámbito del Reino Unido.

Sin embargo, la doctrina posterior de la supremacía del Parlamento, con la doctrina de la omnipotencia del legislador, parecería haber desafiado los principios anteriores, si bien se dio en un contexto de moderación y equilibrio políticos que caracterizó en parte la historia inglesa de los últimos siglos (4). Debido a ello, a fines del siglo XVIII, Montesquieu pudo afirmar en *El espíritu de las leyes* que sólo había una nación cuyo derecho tenía por objetivo principal la protección de la libertad, y ella era Inglaterra. En 1885, Albert Dicey publicó su célebre libro *Study of the Law of Constitution* (5), en el que destacó los rasgos del *rule of law* británico que lo definen como un ordenamiento contrario a toda arbitrariedad en el ejercicio del poder y que consagra la supremacía del derecho sobre el Gobierno. Ello estará garantizado, mas que por la existencia de leyes escritas, por las decisiones de los jueces del *comon law* (6).

#### b) El *Rechtsstaat* alemán

Según Manuel García Pelayo, la doctrina del Estado de derecho alemán tuvo su origen a comienzos del siglo XIX por los aportes de Immanuel Kant, Johann Gottlieb Fichte y Wilhelm von Humbolt, y alcanzó su madurez a fines de ese siglo mediante los trabajos de Robert von Mohl, Friedrich Stahl y Rudolf Gneist. Tras desarrollos iusnaturalistas iniciales de

---

(4) Refiriéndose a ello, afirmó el papa BENEDICTO XVI durante su célebre discurso en el Parlamento inglés del 17 de septiembre de 2010: "La tradición parlamentaria de este país debe mucho al instinto nacional de moderación, al deseo de alcanzar un genuino equilibrio entre las legítimas reivindicaciones del gobierno y los derechos de quienes están sujetos a él. Mientras se han dado pasos decisivos en muchos momentos de vuestra historia para delimitar el ejercicio del poder, las instituciones políticas de la nación se han podido desarrollar con un notable grado de estabilidad. En este proceso, Gran Bretaña se ha configurado como una democracia pluralista que valora enormemente la libertad de expresión, la libertad de afiliación política y el respeto por el papel de la ley, con un profundo sentido de los derechos y deberes individuales, y de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley".

(5) Se consultó una edición más reciente de la obra: Londres, Macmillan and Co. Limited, 1920.

(6) Para ampliar el conocimiento acerca de la evolución del *rule of law* en Inglaterra se puede consultar la obra BABINGTON, A., "The rule of law in Britain from the Roman Occupation to the Present Day", Chichester, Bary Rose, 1995.

origen kantiano y favorables a la protección de la libertad de los ciudadanos, la doctrina del *Rechtsstaat* pasó a significar principalmente que el Estado estaba sujeto a la ley que él mismo dictaba y podía realizar todo lo que ella le autorizaba (7). De ese modo, la acción estatal se volvía previsible y no sorpresiva o arbitraria. No había, sin embargo, contenidos materiales necesarios, sino un principio formal de seguimiento de lo dispuesto en las normas generales. Según esta concepción, el Estado monopolizaba la potestad para crear normas jurídicas y se diferenciaba claramente en este punto de la doctrina del *common law*, abierta al reconocimiento de fuentes jurídicas no estatales.

Esta concepción inicial del *Rechtsstaat* fue evolucionando hacia la doctrina de la purificación del derecho que propuso Laband, hacia la doctrina de la simple autolimitación estatal de Jellinek, y, finalmente, hacia el formalismo iuspositivista de Kelsen a comienzo ya del siglo xx. Se produjo así un progresivo vaciamiento de contenidos materiales de la noción de Estado de derecho hasta alcanzar en el pensamiento de Kelsen una plena asimilación entre los conceptos de “Estado” y de “Derecho” (8). Martín Laclau sintetiza esta evolución afirmando que de la noción de “Estado de derecho” se pasa a la de “Derecho del Estado” (9).

Un nuevo aporte de la doctrina constitucional alemana a la teoría del Estado de derecho fue el concepto de Estado social de derecho, desarrollado por Herman Heller como paradigma conceptual de la Constitución de Weimar, de 1919. Señala este autor que “el Estado social de derecho está resuelto a sujetar a su imperio a la economía”. Ya no habrá una abstención estatal en el ámbito socio-económico, sino una activa intervención en su regulación y funcionamiento.

Como veremos en el punto d) de este apartado, fue recién a partir de la Segunda Guerra Mundial y con la sanción de ley de Bonn, de 1949, que se produjo en Alemania, y desde allí en buena parte de los ordenamientos jurídicos de los países europeos, una “rematerialización” del concepto de Estado de derecho que incluyó como contenido necesario y principal el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos humanos.

---

(7) Una muy buena síntesis de la evolución de la doctrina alemana del *Rechtsstaat* puede consultarse en LACLAU, M., “Soberanía y Estado de Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. 76 y ss.

(8) Señala HANS KELSEN en la segunda edición de su “Teoría Pura del Derecho” que “la tentativa de legitimar el Estado como Estado de ‘derecho’ se descubre inadecuada porque, como ya se recalcó, todo Estado, en ese sentido, tiene que ser un Estado de derecho, puesto que todo Estado es un orden jurídico” (México D. F., Porrúa, 1995).

(9) Cfr. LACLAU, M., “Soberanía y Estado de Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2014, pág. 90.

c) *El concepto moderno de rule of law: los ocho desiderata de Lon Fuller*

En un punto intermedio de este proceso que va del formalismo kelseniano a la rematerialización del derecho propio del neoconstitucionalismo, se sitúa la formulación de ocho desiderata que Lon Fuller propuso en su obra *The Morality of Law*, en 1964. Podríamos denominar a su propuesta “concepto moderno del *rule of law* proveniente de la tradición anglosajona”, fuertemente centrada en la concepción del derecho como un conjunto de normas dirigidas a regir eficazmente la conducta humana (10).

Señala este destacado iusfilósofo estadounidense los ocho defectos que, a su criterio, hacen inviable un determinado sistema jurídico:

1. la ausencia de normas o leyes, lo que conduce a una adjudicación *ad hoc* e inconsistente;
2. las leyes secretas o no publicadas: el no darlas a conocer;
3. la falta de claridad de la legislación, de modo que no es posible entenderlas;
4. la legislación retroactiva;
5. las leyes contradictorias entre sí;
6. las leyes que exigen conductas imposibles o acciones que están más allá del poder de los sujetos y de los gobernados;
7. la legislación inestable (por ejemplo, las revisiones diarias de las leyes);
8. la divergencia entre lo establecido legalmente y la práctica de las autoridades.

La contracara de esos defectos pasa a ser las condiciones básicas, mínimas y fundamentales que debe tener un sistema jurídico para ser considerado tal. Esas exigencias propias de todo ordenamiento normativo son las siguientes (11):

---

(10) Sostuvo Joseph RAZ que, en sentido literal, la expresión “Estado de derecho” tiene dos aspectos: “1) [Q]ue las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo y 2) que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él” (“El Estado de Derecho y su virtud”, en CARBONELL, W. OROZCO y R. VÁZQUEZ, “Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina”, México D. F., Siglo XXI, 2002, p. 19).

(11) Condiciones similares a las propuestas por LON FULLER, fueron sugeridas por

- existencia y generalidad de las normas;
- promulgación y publicidad;
- irretroactividad;
- claridad;
- coherencia;
- factibilidad;
- estabilidad;
- congruencia.

Se trata de exigencias formales universales, de carácter ético, según el criterio de Fuller, necesarias en todo ordenamiento para ser considerado jurídico, pero que no son portadoras de contenidos materiales que necesariamente deben ser respetados (12). Fuller distingue entre las exigencias morales internas al derecho, entre las cuales señala estos ocho requisitos, y las exigencias morales de justicia hacia fuera del derecho que vienen dadas por las demandas del bien común, pero que no son propiamente jurídicas. Por ello, algunos denominan a esta propuesta de Fuller “iusnaturalismo procedimental o institucional” (13).

Fuller denomina a estas ocho exigencias básicas “desideratas”, ya que se trata de exigencias éticas y aspiraciones que han de ser alcanzadas en el mayor grado posible. Cuanto más se realicen, mejor será la calidad de un determinado sistema jurídico. Para Fuller, “el derecho es la empresa de someter a los seres humanos al Gobierno de las reglas” y los desiderata son el modo adecuado para lograrlo.

Autores como John Hart criticaron a Fuller por considerar que esos ocho principios no tenían un carácter propiamente moral, sino que eran simplemente estándares de eficacia o eficiencia legal. Una postura pareci-

---

otros juristas anglosajones, como Raz, John Finnis y Robert Summers.

(12) En el mismo sentido, Friedrich A. Hayek sostiene que “Estado de derecho” significa “que el gobierno está vinculado por normas fijadas y publicadas de antemano, normas que hacen posible prever, con bastante certeza, cómo usará la autoridad sus poderes coercitivos en determinadas circunstancias y planear los asuntos de los individuos sobre la base de ese conocimiento” (*The Road to Serfdom*, Londres, Routledge, 1944, p. 54).

(13) Cfr. BARZOTTO, L. F., “Legalidad e direito natural institucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

da sostuvo Joseph Raz, para quien esos ocho desiderata no tienen carácter moral, ni aseguran determinados contenidos. Para este autor, de acuerdo con la doctrina de los ocho desiderata de Fuller, cualquier ordenamiento jurídico que cumpliera esas exigencias podía considerarse un *sharp knife*, un cuchillo afilado, que podía ser utilizado para cualquier fin, tanto bueno como malo. Esos principios pueden ser respetados tanto por un régimen democrático como por uno totalitario, ya que se trata de exigencias sólo formales. Raz lo expresó de la siguiente manera:

“Un sistema jurídico no democrático, basado en la negación de los derechos humanos, en una gran pobreza, en segregación racial, en desigualdad sexual y en la persecución religiosa, en principio, podría conformarse a los requerimientos del Estado de derecho mejor que cualquiera de los sistemas jurídicos de las más ilustradas democracias constitucionales. Esto no significa que este sistema sea mejor que aquellas democracias occidentales. Sería un sistema jurídico inconmensurablemente peor, pero sobresaldría en un aspecto: en su conformidad al Estado de derecho” (14).

Por su parte, John Finnis, en su relevante obra *Natural Law and Natural Rights* (15), comparte la necesidad de asegurar esas ocho condiciones propuestas por Fuller como punto de partida para que se pueda hablar de la existencia de un sistema normativo y adhiere también al carácter moral de esas exigencias (16). Su respeto efectivo permite el adecuado despliegue de la conducta humana y su interrelación con los demás y con la autoridad pública. Otorga particular importancia a la necesidad de respetar el octavo desiderata, que exige la congruencia entre lo que establecen las normas y la conducta de las autoridades. Este octavo desiderata no sólo hace ya a la perfección formal del sistema, sino que es una auténtica exigencia moral de justicia material. El sólo respeto de esta pauta, según Finnis, suele evitar eficazmente las posibilidades de un gobierno dictatorial. Sin embargo, para Finnis, el respeto de estos ocho principios formales es condición necesaria pero no suficiente para que se alcance el bien común, finalidad última del derecho (17).

En el ámbito argentino, afirma Jorge Vanossi lo siguiente:

---

(14) *Op. cit.*, p. 16.

(15) Oxford, Oxford University Press, 2011.

(16) Señala Finnis que los ocho desideratas aseguran un *legal system in legally in good shape*, ‘un sistema jurídico en buena forma, en buen estado, con buena apariencia.’

(17) Para ampliar el punto, remitimos al trabajo DE ROSA, E., “El ideal del *rule of law* en la teoría jurídica de John Finnis”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

“[L]a idea inglesa del *rule of law* se aproxima mucho más a la noción clásica de la ‘seguridad jurídica’, o sea, a un dato concreto de las condiciones que se aseguran a través del ‘Estado de derecho’: esta idea apunta fundamentalmente a la protección que brinda una magistratura independiente y a la garantía que significa para las personas el conocimiento anticipado de las ‘reglas del juego’, o sea, de las consecuencias que sus actos habrán de tener ante el ordenamiento jurídico vigente al tiempo de su comisión. El *rule of law* de los anglosajones es la garantía máxima de esa calculabilidad o predictibilidad acerca de las consecuencias de los comportamientos humanos, de tal manera que la libre acción del individuo sólo esté condicionada por los límites de una prohibición preestablecida [...]. El *rule of law* es el principio de legalidad en el sentido más vasto de la palabra y se confunde con el mencionado concepto de la seguridad jurídica, que requiere la certidumbre del derecho y la independencia en el juzgar de la aplicación de ese derecho” (18).

*d) El surgimiento del Estado constitucional de derecho a partir de 1945*

El concepto de Estado constitucional de derecho surgió como consecuencia de la rematerialización del derecho que ocurrió con motivo de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, del surgimiento y desarrollo de un nuevo paradigma constitucional a partir de la sanción de la ley de Bonn en 1949, y, de modo coadyuvante, del nacimiento y progresivo desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos a partir de las primeras declaraciones regionales y universales en 1948 (19). Como bien señaló Chaïm Perelman, los juicios de Nuremberg significaron la muerte del positivismo jurídico como paradigma predominante para la explicación y operación del derecho (20).

---

(18) Cfr. “El Estado de Derecho en el Constitucionalismo social”, Buenos Aires, Eudeba, 1982.

(19) Para ampliar el tratamiento de este punto remitimos a nuestro trabajo: Una nueva era del derecho, 1945-2017, en Suplemento de Derecho Constitucional de ED, 14-VII-17.

(20) *Vid.* PERELMAN, Chaim, “La Lógica jurídica y la Nueva Retórica”, Civitas, Madrid, 1979, pp. 35, 103, 178. Por su parte, sostiene Luigi Ferrajoli: “Con la expresión ‘Estado de derecho’ se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, ‘Estado de derecho’ designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son estados de derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso lo más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, ‘Estado de derecho’ designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, sujetos a la ley y, por tanto, limitados o vinculados por ella, no sólo en lo relativo a las formas, sino también en

El viejo concepto de Estado de derecho asume ahora necesariamente algunos contenidos concretos, entre los que figuran, en primer lugar, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y la promoción de los derechos humanos, como exigencias básicas y universales de justicia que tienen que ser incorporadas a los textos y prácticas jurídicas para ser consideradas legítimas en cuanto tales.

El destacado jurista germano Rudolph Smend sostiene lo siguiente:

“[La constitución ya] no es un orden formal por el simple orden, sino un orden en servicio de la justicia y de la dignidad de los hombres, y sólo partiendo de este supuesto, puede llegar a ser rectamente comprendida y aplicada [...]. El Tribunal constitucional comprende y aplica nuestra constitución [...] como un orden de vida bueno y justo para el pueblo” (21).

Por su parte, al referirse al notable cambio que supuso la introducción del control de constitucionalidad en el sistema constitucional alemán a partir de la ley de Bonn, el juez Otto Bachof indicó lo siguiente:

“Esta concepción señala el abandono del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal. Esto significa un cambio en la historia del espíritu, cuya última y decisiva causa se produjo por la degeneración nacionalsocialista de las leyes en puros actos de poder y arbitrio, por la injusticia como sistema; pero su origen yace mucho más atrás y, en el fondo, significa solamente una vuelta a concepciones mucho más viejas y nunca del todo olvidadas sobre el Estado y el Derecho, y sobre las relaciones existentes entre ambos. Es un retorno de la idea de ‘la ley como previa al derecho’, a la idea de ‘el derecho como previo a la ley’” (22).

---

los contenidos. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son Estados de derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluso el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. La tesis que pretendo sostener es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleopositivista del Estado legislativo de derecho (o Estado legal), que surgiera con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neiuspositivista del Estado constitucional de derecho (o Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la segunda guerra mundial, de las constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias” (“Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en CARBONELL, M., OROZCO, W. y VÁZQUEZ, R., “Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina”, México D. F., Siglo XXI, 2002, p. 187).

(21) “Festvortrag zur Feier des Zehnjährigen”, en *Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am*, 26 de enero de 1962, p. 342.

(22) “Jueces y constitución”, Taurus, Madrid, 1963, p. 35.



En este contexto, la tradición constitucional hace propio el concepto y la expresión “Estado de derecho”; distingue un aspecto formal y otro material o sustancial de Estado de derecho; dota a este último de contenidos esenciales y necesarios, entre los que destaca el principio de la dignidad de la persona humana y los derechos que de ella se derivan, y se transforma así en “Estado constitucional de derecho”.

Describiendo este proceso, señala Vanossi:

“La idea del ‘Estado de derecho’ quedó así estrechamente unida a la suerte de las concepciones personalistas sobre la relación individuo-sociedad-Estado, mientras que los defensores de regímenes de inspiración transpersonalistas buscaban denigrar su mérito adquirido para reemplazar esa expresión por otra, o bien se conformaban con su vaciamiento para despojarla de toda connotación valorativa y hacerla así ‘fungible’ en cualquier tipo de Estado [...]. Si aceptamos hoy que el concepto valioso y positivo de ‘Estado de Derecho’ no puede ser otro que el concepto *material*, o sea, el que apunta a determinados contenidos que se constituyen en exigencias insoslayables para la determinación de los regímenes político-constitucionales, entonces, cabe concluir sin vacilación que toda la idea del ‘Estado de derecho’ queda encerrada en la realidad de un ‘Estado constitucional’. Por éste, a su vez, debemos entender el propio de los regímenes democráticos y pluralistas, en abierta oposición a las múltiples formas autocráticas, que van desde el autoritarismo hasta el totalitarismo. Por ende, el ‘Estado de derecho’ es el ‘Estado constitucional’, que no es otra cosa que el tipo de Estado basado en la democracia y en el pluralismo, que supone: soberanía popular, creación del derecho por intervención o representación de los gobernados, predominio del consenso sobre la coerción en la gestión de las decisiones políticas fundamentales, separación y distribución de poderes, limitación y control del poder, independencia del controlante respecto del controlado, libertades individuales y derechos sociales, pluralismo de partidos (ideas) y de grupos (intereses), posibilidad permanente de alternancia en el acceso al poder, responsabilidad de los gobernantes, régimen de garantías y relativización de los dogmas oficiales” (23).

Este proceso de rematerialización del derecho alcanzará más adelante su plenitud con el surgimiento y desarrollo de lo que en nuestros días se ha dado en llamar “ne Constitucionalismo” (24), que lleva progresiva-

(23) VANOSI, Jorge, ob. cit., pág. 2.

(24) Afirma en este sentido Pedro Serna: “El neoconstitucionalismo contemporáneo se caracteriza básicamente por constituir una rematerialización (en el sentido de superación del formalismo) del Estado de derecho, lo cual permite explicar algunos de sus rasgos más sobresalientes, como es la tendencia a recurrir más decididamente a los principios que a las reglas en los textos constitucionales o la constitucionalización de prin-

mente a la práctica las premisas del nuevo modelo de organización política y jurídica (25).

El reconocimiento de la dignidad igualitaria e inviolable de la persona humana y la efectiva protección de los derechos humanos pasa a ser un contenido necesario de todo Estado constitucional de derecho, que, de este modo, se vuelve a conectar con sus orígenes históricos (26).

Entre Estado constitucional de derecho y derechos humanos comienza a existir una conexión necesaria tanto desde el punto de vista histórico-cultural como jurídico, ético y antropológico. Actualmente, no se concibe un Estado constitucional de derecho sin un claro reconocimiento y una efectiva protección de los derechos humanos.

### **III. La recepción de las exigencias del Estado de derecho en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina**

Puede resultar de interés en la exposición que estamos realizando analizar cómo el concepto de Estado de derecho ha sido manifestado en los pronunciamientos de nuestro más alto tribunal. La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha referido en distintos fallos a las exigencias propias de un Estado de derecho (27). Particularmente, en el caso "Recchia de Se-

---

cipios éticos, que pasan así a convertirse en pautas de carácter sustantivo (o de contenido) para la determinación de la validez (existencia y contenido) de las disposiciones jurídicas infraconstitucionales, tanto si se trata de normas generales emanadas de los poderes legislativo y ejecutivo como si se trata de decisiones de la administración y de los órganos jurisdiccionales. Otros muchos elementos típicos podrían mencionarse, pero lo realmente decisivo en este proceso de transformación de buena parte de los sistemas jurídicos occidentales durante la segunda mitad del siglo xx es esa rematerialización del Estado de derecho (Forsthoff) y un cambio en el modo de concebir jurídicamente la Constitución, que pasa a ser entendida principalmente como un orden valorativo [...]. El neoconstitucionalismo tiene su origen en Alemania y es el resultado de la influencia de una concreta teoría constitucional sobre las concepciones generales y la praxis del órgano de control de constitucionalidad en ese país [...]. Uno de los principios o valores que han recibido una consagración más unánime en las constituciones promulgadas a lo largo de la segunda mitad del siglo xx es, sin duda, la dignidad humana. En efecto, puede afirmarse sin ningún género de dudas que las constituciones occidentales contemporáneas son personalistas, como lo son los instrumentos internacionales" ("La dignidad humana en la Constitución Europea", en *Persona y Derecho*, nº 52, 2005, pp. 13-77).

(25) Hemos realizado una explicación más detallada y completa sobre el neoconstitucionalismo en nuestra obra SANTIAGO, A., "En las fronteras entre Derecho constitucional y filosofía del Derecho", Buenos Aires, Marcial Pons, 2010, a cuyo quinto capítulo remitimos.

(26) Remitimos a los desarrollos ya realizados en el primer apartado del cap. I.

(27) Cabe recordar aquí el dramático reclamo formulado por la Corte Suprema durante el Proceso de Reorganización Nacional, cuando, ante la falta de respuesta verí-

drán” (28) enunció los cuatro elementos fundamentales que, a su criterio, integran la noción actual de Estado de derecho:

- a) existencia de un orden jurídico;
- b) que éste sea justo;
- c) que tenga vigencia efectiva, esto es, realización práctica;
- d) que se sancionen las transgresiones a dicho orden.

Completando lo anterior, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

“[E]l denominado principio de legalidad, integrado en forma indivisible con el de razonabilidad o justicia, resulta esencial y postula como tal el sometimiento del Estado moderno no sólo a la norma jurídica en sentido formal, sino a todo el ordenamiento jurídico, entendido éste como una realidad dinámica [...]. Es el derecho y no los hombres el que gobierna [...]. La tutela del derecho debe ser el primer fin del Estado [...]. El obrar estatal se presenta como el ejercicio de un poder atribuido previamente en forma expresa y específica por el ordenamiento jurídico, delimitado y construido por éste, y, en consecuencia, en modo alguno absoluto [...]. La existencia de un Estado de derecho implica aceptar un condicionamiento legal para los órganos estatales, producto de un régimen donde el derecho preexiste a la actuación del Estado, y la actividad de éste se subordina al ordenamiento jurídico” (29).

Por su parte, en su voto en el caso “Arancibia Clavel”, sostiene el Dr. Antonio Boggiano en relación a la necesidad del respeto irrestricto de los principios del Estado de Derecho ante toda clase de circunstancia de la vida política nacional e internacional:

“La lucha contra el terrorismo ha de librarse también en la política internacional. Y, en todo caso, el uso de la fuerza contra el terrorismo no puede renunciar a los principios de un estado de derecho. No sería aceptable la solución de la derrota del terrorismo con prescindencia de los derechos humanos fundamentales pues la violación de esos derechos no puede ser

---

dica a los informes solicitados por la autoridad judicial a las autoridades militares con motivo de los *habeas corpus* interpuestos por detenciones o desaparición de personas, afirmó: “[L]a plenitud del Estado de derecho [...] no se agota en la sola existencia de una adecuada y justa estructura normativa general, sino que exige esencialmente la vigencia real y segura del derecho en el seno de la comunidad y, por ende, la posibilidad de hacer efectiva la justiciabilidad plena de las transgresiones a la ley y los conflictos jurídicos” (caso “Pérez Smith”. *Fallos*, 300:1282, 1978).

(28) *Fallos*, 308:1671, 1986.

(29) Caso “Sesto”. *Fallos*, 312:1686, 1989.

justificada con el pretexto inaceptable de que se trata de cuestiones internas de un Estado” (30).

También en su disidencia en el caso “Simón”, el ministro Fayt, citando a algún autor español, hace una interesantísima referencia a la necesidad de respetar sin excepciones el principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del acusado y su vinculación con los contenidos y bases de todo Estado de derecho:

“[L]os derechos y garantías fundamentales propios del Estado de derecho, sobre todo los de carácter penal material (principio de legalidad [...]) y procesal penal [...] son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de derecho. Si se admite su derogación, *aunque sea en casos concretos extremos y muy graves*, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente como para imponerlo. El derecho así entendido se convierte en un puro derecho de Estado, en el que el derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado [...]” (Muñoz Conde, *loc. cit.*; énfasis agregado)” (31).

Podemos señalar que el ideal del Estado de derecho se expresa también a través de dos principios básicos del sistema jurídico de nuestros días. Ellos son el de seguridad jurídica y el de tutela judicial efectiva. Por el primero, se aspira a que las normas jurídicas tengan certeza, claridad y, en buena medida, estabilidad, de modo que las relaciones jurídicas sean estables y previsibles, y permitan la programación de conductas sin riesgos excesivos de cambios de normas. En relación con la seguridad jurídica como elemento esencial del Estado de derecho, tiene dicho en varias ocasiones la Corte Suprema argentina lo siguiente:

“[S]ólo la respetuosa observancia del Estado de derecho, en cuanto supone un Estado cuyas potestades son limitadas y están sujetas al deslinde de competencias fijadas por la CN, garantiza una estabilidad calculable de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Por el contrario, de un gobierno que entroniza la arbitrariedad y se coloca fuera de la CN sólo cabe esperar la anarquía o la tiranía, con sus ominosos, multiformes y esencialmente imprevisibles excesos represivos” (32).

---

(30) Caso “Arancibia Clavel”. *Fallos*, 327:3294, 2004, consid. 23° del voto del Dr. Boggiano.

(31) *Fallos*, 328: 2056, 2005, disidencia del Dr. Fayt, consid. 96.

(32) *Fallos*, 248:291.

Por su parte, el principio de tutela judicial efectiva sintetiza y expresa muchas otras exigencias jurídicas: la posibilidad de acceder a la jurisdicción de los tribunales y de obtener allí la protección adecuada, oportuna y eficaz de los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los ciudadanos.

Estado de derecho como paradigma conceptual para enmarcar la entera actuación global del Gobierno y de los particulares, seguridad jurídica como parte esencial del bien común político y tutela judicial efectiva como derecho humano reconocido a los habitantes de un país son tres nociones que se corresponden, exigen y potencian mutuamente.

Del análisis de estos fallos de la Corte Suprema se desprende que, para ella, el Estado de derecho tiene no sólo contenidos formales, sino también otros de carácter material o sustantivo que deben ser reconocidos y protegidos por las autoridades estatales.

Más recientemente, al resolver el caso “Schiffirin” (33), la Corte Suprema profundizó en la adopción del paradigma que reconoce contenidos jurídicos materiales de carácter necesario que deben ser respetados incluso para el propio Poder Constituyente bajo pena de ser considerados inválidos. Al definir los límites de la Convención Constituyente de 1994, afirmó nuestro máximo tribunal:

“Solo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos:

- cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o,

- cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución.

Que, con relación al último punto, resulta importante insistir en que el producto de una Convención Constituyente también podría ser descalificado por razones sustantivas, en circunstancias marcadamente excepcionales.

---

(33) CS, 28/07/17.

Este tema, que puede llegar a ser muy importante en el futuro, requiere una fundamentación, que ya ha dado esta Corte Suprema, fijando con claridad la relación entre las mayorías y los derechos fundamentales.

Es jurisprudencia de esta Corte Suprema que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y constituyen un límite, en tanto resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente.

Ello es así, pues tal como se explicó en el precedente de Fallos: 338: 249 “Colegio de Abogados de Tucumán”: *“La Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de derecho ni permite que las mayorías puedan derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida. Por esta razón, no es admisible modificar las reglas sobre la base de los resultados que surgen luego de incumplirlas. Un principio de estas características no podría fundar la competencia política, ya que ninguna persona razonable aceptaría ser parte de una sociedad formada de esa manera.”*

Es que existen derechos “fundantes y anteriores al Estado de derecho”, tal como se señaló en Fallos: 328:2056, causa “Simón”, voto del juez Lorenzetti: *“Desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que estos tienen esa característica porque son ‘fundantes’ y ‘anteriores’ al Estado de derecho. Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, ‘Leviatán. O la materia, forma y poder de una República, eclesiástica y civil’, México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues ‘aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor’ (Locke, John ‘Segundo Tratado sobre el Gobierno civil’, capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Tales derechos fundamentales son humanos, antes que estatales. Por ello, los derechos fundamentales no pueden ser suprimidos por el Estado Nacional y si no son respetados,*

*tienen tutela transnacional. Este aspecto vincula a esta figura con el derecho internacional humanitario, puesto que ningún estado de derecho puede asentarse aceptando la posibilidad de la violación de las reglas básicas de la convivencia y admitiendo comportamientos que tornan a las personas irreconocibles como tales.* “El derecho es un sistema de reglas y de principios y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del derecho (Lon Fuller, ‘The morali ty of law’, New Haven, Yale University Press, 1969). Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del derecho, lo cual, en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos (Jürgen Habermas, ‘Derechos humanos y Soberanía popular. Concepción liberal y republicana’, en ‘Derechos y Libertades’, número 3, Madrid, Universidad Carlos III, 1994). Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela una insostenible contradicción con la justicia, y que el ciudadano no debe obedecer (Robert Alexy, ‘La decisión del Tribunal Constitucional alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín’, en Revista ‘Doxa’, Alicante, 1997).” “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional, salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley, en cuanto ‘derecho injusto’ deba retroceder ante la justicia. Esta es la ‘fórmula Radbruch’ (Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946) - traducción española bajo el título ‘Arbitrariedad legal y Derecho suprallegal’, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962) que, si bien tiene un claro origen iusnaturalista, puede ser ajustada al canon hermenéutico de la previsibilidad por la vía del control ético y del principio lógico interno del derecho. En este sentido puede decirse que la ley debe ser interpretada conforme al estándar del ser humano maduro dotado de razonabilidad práctica (John Finnis, ‘Aquinas Moral, Political and legal Theory’, Oxford, Oxford University Press, 1998, y ‘Natural law and natural rights’, Oxford, Clarendon Press, 1980).”

En este mismo sentido, en Fallos: 328: 566 “Itzcovich”, voto del juez Lorenzetti, se señaló que: “Los constituyentes decidieron sujetarse a unos principios fundamentales para convivir en sociedad, pensados para que sean perdurables e inmunes a las tentaciones de cambiarlos frente a las previsibles mudanzas de opinión. Sin perjuicio de ello, fueron expresados con sabia amplitud, para permitir su adaptación a los tiempos futuros. Los valores y principios constitucionales tienen una vocación de perdurabilidad y de precisión que los protege contra su desnaturalización, y por ello no debe

*confundirse la indeterminación lógica con la valorativa” y que “...todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana, y que esta Corte debe proteger (...) un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, ‘A theory of Justice’, 1971, Harvard College).’*

Finalmente, en la misma línea de razonamiento, en el caso de Fallos: 328:175, “Ponce”, voto del juez Lorenzetti, se ha desarrollado la siguiente argumentación: *“Que ambas partes han invocado a la soberanía popular en el ámbito municipal como un principio para resolver esta causa judicial. Que, sin dudas, la voz del pueblo de la Nación es la fuente más legítima para adoptar decisiones en una sociedad organizada democráticamente, ya que toma en cuenta la opinión del mayor número de individuos que se expresan sobre una cuestión precisa sometida a su consideración. El principio mayoritario está fundado en la Constitución y las decisiones de este tipo gozan de una presunción de razonabilidad y de prioridad argumentativa. La Corte ha respetado este límite respecto de las decisiones contramayoritarias al establecer el criterio de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas (Fallos: 53:420) como principio general”. “Que es función de esta Corte fundamentar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que puedan convivir personas y grupos con opiniones diferentes. Este común sentir se edifica sobre algunas reglas que deben ser aceptables para quienes están distanciados por una controversia particular, y que lo serán en los conflictos subsiguientes cuando cambien sus posiciones de poderío o debilidad, y que serán aplicadas por las generaciones futuras porque se habrán transformado en una práctica constitucional consolidada”. “Que la Constitución no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de derecho ni permite que las mayorías puedan derogar principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. La Democracia es Constitucional, y por ello la función de esta Corte en este caso no se dirige a imponer valores sustantivos (...) sino a garantizar la vigencia de principios regulativos del modo en que ésta se expresa”.*

Que, sentado lo expuesto, corresponde examinar, de acuerdo al estándar fijado en los considerandos previos, si la inclusión del tercer párrafo



del inciso 4° del artículo 99 por parte de la Convención Constituyente ha respetado, por un lado, los límites establecidos por la norma habilitante; y, por el otro, los principios fundantes del Estado de derecho, que hacen al contenido pétreo de nuestra Ley Fundamental” (34).

Como puede verse, la Corte Suprema sostiene que tanto los derechos humanos como los principios fundamentales de un sistema republicano son contenidos necesarios de un Estado de derecho y todos los poderes, incluso el Poder Constituyente, deben respetarlos.

#### **IV. El Estado de derecho en nuestros días: el Estado constitucional, democrático y participativo, social, convencional, pluralista, subsidiario y personalista de derecho**

A través de la evolución histórica reseñada brevemente en el primer apartado de este capítulo, el Estado de derecho se constituyó en el concepto base en torno al cual se describen las notas fundamentales de la organización estatal propia de nuestros días. A partir de ello, podemos caracterizar al Estado de derecho propuesto como modelo en la actualidad como constitucional, democrático, social, convencional, pluralista, subsidiario y personalista. Explicaremos sucintamente el significado de cada una de estas ocho notas.

*Estado de derecho:* el funcionamiento del Estado, de los órganos de Gobierno, de la administración pública, de las organizaciones sociales y de las personas no está librado al capricho o a la arbitrariedad, sino que debe respetar los contenidos normativos que tienen publicidad y la suficiente efectividad y operatividad práctica.

El Estado se subordina al derecho y reconoce límites suprapositivos que están más allá de su ámbito de decisión.

Las autoridades gobiernan conforme al derecho, sin contradecir lo previamente establecido y vigente. Se respetan las exigencias de la seguridad jurídica.

Las instituciones creadas por la Constitución y dotada por ella del necesario poder jurídico prevalecen en la práctica frente a los contrapoderes sociales cuando ellos pretenden desafiarlas. Existe un monopolio efectivo de la fuerza pública en cabeza del Estado y de sus instituciones y una adecuada relación entre el orden jurídico formal y lo que realmente sucede en la práctica social y política.

---

(34) Cfr. caso “Schiffrin”, CS, 28-III-17.

Las violaciones de las normas jurídicas, por demás inevitables, son sancionadas de modo efectivo, incluso cuando han sido cometidas por los gobernantes u otras personas poderosas.

*Constitucional:* porque mediante una constitución como norma suprema y rígida que reconoce los derechos humanos se pretende regular toda la organización y acción estatal en todos sus aspectos, incluidos determinadas características de las relaciones de los particulares entre sí. Existe, además, una jurisdicción constitucional encargada de asegurar en la práctica esa supremacía constitucional mediante el control de constitucionalidad. La constitución se convierte en el instrumento jurídico y axiológico principal para el logro de los objetivos de un Estado de derecho. El control de la constitucionalidad formal en lo que respecta a las competencias y a los procedimientos de todos los actos estatales, y el control de razonabilidad sustancial en cuanto a la legitimidad de los actos tanto públicos como privados son dos componentes que hacen a la efectiva vigencia del Estado constitucional de derecho.

Es la Constitución y los principios que en ella se estableces y no sólo la ley sancionada por el Poder Legislativo la principal y última instancia de apelación jurídica positiva, superando todo legalismo.

*Democrático y participativo:* la igualdad de todos los ciudadanos y su participación política es el principio del cual se parte en la organización y legitimación política. La voluntad popular, expresada en elecciones libres y transparentes, se considera la fuente de legitimidad política más importante. Asimismo, se ha de contemplar y propiciar la mayor participación del electorado a través de mecanismos de democracia semidirecta (iniciativa legislativa, consultas populares vinculantes y no vinculantes, etc.) y en la propia gestión pública (audiencias públicas, consultas, encuestas, etc.). En este sentido, el art. 6º de la Carta Democrática Interamericana afirma: “[L]a participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”.

*Social:* el Estado dirige e interviene en la actividad económica y social, y procura garantizar a todos sus habitantes un mínimo de condiciones socioeconómicas (35). El Estado pretende asegurar la procura existencial.

---

(35) La sentencia T-426, de 1992, de la Corte Constitucional colombiana señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital —‘derecho a la subsistencia’, como lo denomina el peti-

Afirma el art. 2º de la Constitución italiana: “[C]ompete a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social”. Esta dimensión propia del constitucionalismo social caracteriza los textos constitucionales a partir de la Primera Guerra Mundial.

De modo más reciente, establece la Constitución colombiana lo que sigue:

“La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales; en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad, y el desarrollo armónico de las regiones”.

Por su parte, el art. 12 de la Carta Democrática Interamericana señala lo siguiente:

“La pobreza, el analfabetismo y los bajos niveles de desarrollo humano son factores que inciden negativamente en la consolidación de la democracia. Los Estados Miembros de la OEA se comprometen a adoptar y ejecutar todas las acciones necesarias para la creación de empleo productivo, la reducción de la pobreza y la erradicación de la pobreza extrema, teniendo en cuenta las diferentes realidades y condiciones económicas de los países del hemisferio. Este compromiso común frente a los problemas del desarrollo y la pobreza también destaca la importancia de mantener los equilibrios macroeconómicos y el imperativo de fortalecer la cohesión social y la democracia”.

---

cionario— es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución”.

El mismo documento afirma en su art. 13 que “la promoción y observancia de los derechos económicos, sociales y culturales son consustanciales al desarrollo integral, al crecimiento económico con equidad y a la consolidación de la democracia en los Estados del hemisferio”.

*Convencional:* porque la protección nacional de los derechos humanos se ve completada de modo subsidiario por las normas y tribunales internacionales, llamados a actuar ante las violaciones más graves y nítidas de los derechos humanos reconocidos en los textos convencionales. Al respecto, el art. 8º de la Carta Democrática Interamericana señala lo siguiente:

“[C]ualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo. Los Estados miembros reafirman su intención de fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos para la consolidación de la democracia en el hemisferio”.

*Pluralista:* porque lejos de una unificación mutilante, se trata que el Estado reconozca las diversas realidades culturales, étnicas, religiosas que conviven en su interior y se abra de modo creciente a sus realidades específicas que no afectan los núcleos esenciales de la dignidad de la persona humana.

*Subsidiario:* ya que se reconocen ámbitos propios de autonomía de organización a la sociedad civil y a los niveles inferiores de gobierno, y las comunidades mayores no absorben lo que por sí mismas pueden realizar las comunidades menores (36). El criterio propuesto por Johannes Messner de “tanta libertad como sea posible y tanta regulación como sea necesaria” puede complementar muy bien el contenido del principio de subsidiariedad.

---

(36) “Es injusto a la vez y más perjudicial y perturbador todavía del orden abocar a una sociedad mayor y más elevada a lo que pueden hacer y ejecutar comunidades menores e inferiores. Toda intervención de la sociedad debe, por su naturaleza, prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos. Conviene que la autoridad pública deje a las asociaciones inferiores resolver por sí mismas los problemas y asuntos de menor importancia, pues de otro modo le serían de grandísimo impedimento para cumplir con la debida libertad, energía y eficacia lo que a ella sólo compete y que sólo ella puede realizar [...]. Cuanto más vigorosamente reine el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, quedando en pie este principio de la función supletoria del Estado, tanto más firme será la autoridad y el poder social, y tanto más próspera y feliz la condición del Estado” (Pío XI, Encíclica *Quadragesimo Anno*, cap. II, 193).

El aseguramiento del federalismo, en los países que lo han adoptado como forma de Estado, y de la autonomía municipal se convierte en una exigencia derivada de este trascendente principio que también pasa a regir las relaciones entre los países y las organizaciones regionales e internacionales (37).

*Personalista*: porque considera que cada persona humana es el principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales, que es única e irrepetible, y que su dignidad igualitaria e inviolable es la base y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico y político (38). Esta centralidad y primacía de la persona humana sobre el Estado, los sistemas y los procesos sociales es una de las características fundamentales del Estado de derecho de nuestros días. Una consecuencia inmediata de ello es el reconocimiento de los derechos humanos y el primordial deber del Estado de protegerlos y garantizarlos.

Calidad institucional, crecimiento económico sostenido y desarrollo humano integral son tres pilares fundamentales de la construcción política de nuestros días que se exigen y complementan mutuamente. Así, el art. 1º de la Carta Democrática Interamericana señala que “la democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas”; y su art. 11 remarca que “la democracia y el desarrollo económico y social son interdependientes y se refuerzan mutuamente”.

## **V. El Estado constitucional de derecho y las exigencias de calidad institucional en nuestros días**

También el concepto “Estado constitucional de derecho” sintetiza y expresa en nuestros días una serie de estándares y condiciones mínimas acerca de la calidad institucional de una determinada organización política. Así, la consolidación del Estado de derecho y los programas tendientes a su logro suelen referirse a estos aspectos fundamentales para asegurar la calidad de los sistemas democráticos en la actualidad.

Dentro de esta perspectiva, los contenidos de las exigencias fundamentales de un Estado constitucional de derecho de nuestros días podrían ser los siguientes:

- 1) Respeto al orden constitucional y continuidad democrática;
- 2) Cumplimiento efectivo de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico;

---

(37) Remitimos a los desarrollos sobre el principio de subsidiariedad que haremos en el cap. XIV.

(38) Remitimos al cap. I de este libro.

- 3) Designación de las autoridades mediante la realización de elecciones libres y transparentes;
- 4) Limitaciones a la reelecciones indefinidas de los cargos ejecutivos;
- 5) División de poderes;
- 6) Independencia judicial;
- 7) Ética pública, transparencia y procedimiento de control en el accionar del sector público;
- 8) Carrera administrativa estable fundada en la idoneidad y reconocimiento efectivo del derecho a la buena Administración Pública;
- 9) Libertad de expresión y existencia de una prensa libre e independiente;
- 10) Reconocimiento amplio y tutela efectiva de los derechos humanos.

Recogiendo muchas de estas exigencias, el art. 3º de la Carta Democrática Interamericana señala lo siguiente:

“[S]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”.

Desarrollaremos brevemente los contenidos de cada uno de estos elementos básicos y fundamentales, una especie de decálogo o desideratas de la calidad institucional en nuestros días.

#### *1) Respeto del orden constitucional y continuidad democrática*

Una exigencia básica y fundamental del Estado constitucional de derecho es que la vida y la organización institucional del país se desarrolle conforme a las previsiones constitucionales, consolidando los regímenes democráticos y haciendo que desaparezca la práctica de los golpes de Estado que, de múltiples maneras, han asolado la vida política de nuestro país y de muchas regiones del mundo.

La defensa del orden democrático ha pasado a ser un objetivo consagrado constitucional y legislativamente. Así, el art. 36 la CN señala lo que sigue:

“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

A su vez, la Carta Democrática Interamericana y las intervenciones de la OEA en las situaciones en las que estuvo en riesgo la continuidad democrática en los países de la región muestran que la protección de este contenido básico del Estado constitucional de derecho no sólo es una preocupación nacional, sino también de la comunidad de Estados regional y universal. Señala ese documento en su preámbulo lo siguiente:

“[L]a Carta de la Organización de los Estados Americanos reconoce que la democracia representativa es indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región y que uno de los propósitos de la OEA es promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto del principio de no intervención; [...] que los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas reunidos en la Tercera Cumbre de las Américas, celebrada del 20 al 22 de abril de 2001 en la ciudad de Quebec, adoptaron una cláusula democrática que establece que cualquier alteración o ruptura inconstitucional del orden democrático en un Estado del Hemisferio constituye un obstáculo insuperable para la participación del gobierno de dicho Estado en el proceso de Cumbres de las Américas”.

El apartado IV de la Carta, en los arts. 17-22, establece el procedimiento por medio del cual la OEA da asistencia para la preservación de la institucionalidad democrática cuando ella esté amenazada.

Otra exigencia derivada de este primer requisito es que el Estado ha de monopolizar el uso de la fuerza pública, y no han de existir otros grupos sociales o contrapoderes que la ejerzan o desafíen a las autoridades legítimamente constituidas. Señala en este sentido el art. 4º de la Carta Democrática Interamericana: “La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el

respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”.

*2) Cumplimiento efectivo de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico*

Para la existencia de un Estado constitucional de derecho real no sólo deben cumplirse las previsiones constitucionales en la provisión de los cargos de gobierno, sino que las disposiciones constitucionales, legales y de otro tipo que conforman el ordenamiento jurídico de un país han de tener publicidad, cumplimiento efectivo, sanciones para quienes las violen y reparaciones de su incumplimiento.

La claridad, coherencia, razonabilidad y efectividad de un determinado ordenamiento jurídico estatal hablan de la seguridad jurídica que reina en ese país (39).

Los fenómenos de anomia, inseguridad jurídica, corrupción e impunidad destruyen el valor de las normas jurídicas y minan las bases mismas de todo Estado de derecho (40).

*3) Designación de las autoridades mediante la realización de elecciones libres y transparentes*

La realización de elecciones libres y transparentes para cubrir los cargos electivos establecidos por la Constitución es otro de los elementos fundamentales de un Estado constitucional de derecho. Ello implica reglas electorales claras y estables, ausencia de proscripciones, control del origen y de la magnitud de los fondos de campaña, amplia participación ciudadana, debate abierto de las distintas propuestas, resultados finales claros e inobjectables, efectiva asunción del cargo por quienes fueron electos.

Toda sospecha de fraude electoral lesiona gravemente la autoridad de los gobernantes y compromete seriamente la credibilidad del sistema po-

---

(39) Remitimos aquí a lo desarrollado en el pto. c) del apdo. I de este capítulo.

(40) La Segunda Encuesta de Cultura Constitucional llevada a cabo en la Argentina, en 2014, arroja datos muy preocupantes: el 80 % de los ciudadanos considera que nuestro país funciona la mayor parte del tiempo fuera de la ley; el 34 % está dispuesto a desobedecer la ley si ello les es conveniente; el *ranking* de los violadores de normas está encabezado por los políticos, seguido de la policía y los funcionarios públicos. A la hora de explicar esta situación de anomia, el 33 % la atribuye, preferentemente, al mal funcionamiento del sistema judicial; el 20 %, al mal comportamiento de las personas humanas, y el 17 %, al mal funcionamiento del sistema de castigos. *Cf.* A. M. HERNÁNDEZ, “¿Cómo superar la anomia boba?”, *Clarín*, Buenos Aires, 6 de enero de 2017.



lítico. En el apartado V de la Carta Democrática Interamericana se prevé la posibilidad de misiones de observación electoral para controlar la legitimidad de los comicios electorales nacionales.

Junto con la realización de elecciones libres y transparentes, el fomento de la participación ciudadana es otra exigencia de calidad de un sistema democrático. Señala a este respecto la Carta Democrática Interamericana en su art 2: “[E]l ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”. Y añade en su art. 6º: “[E]l fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades”.

#### *4) Limitaciones a la reelección indefinida de los cargos ejecutivos*

Uno de los elementos que más pueden distorsionar el logro de un Estado de derecho con adecuado equilibrio y calidad institucional es la posibilidad de perpetuación en el poder, aunque sea mediante elecciones libres, de quienes ejercen el Poder Ejecutivo. La limitación temporal de los períodos y la prohibición total o inmediata de más de dos períodos consecutivos suele ser uno de los modos más efectivos de controlar el poder, equilibrar el sistema institucional y permitir su conveniente recambio.

La existencia de esta limitación suele incidir decisivamente en el logro efectivo de las condiciones propias de un Estado constitucional de derecho que aquí estamos analizando. La imposibilidad del nepotismo puede ser un elemento complementario para asegurar el objetivo aquí señalado.

#### *5) División de poderes*

De acuerdo con el principio de corrección funcional, cada uno de los poderes ha de ejercer las competencias, funciones y atribuciones que le confiere la constitución, y sólo él debe poder ejercerlas. La tendencia a la extralimitación y a la invasión de competencias, en particular del Poder Ejecutivo, es una grave amenaza al Estado constitucional de derecho, especialmente en los regímenes presidencialistas.

Los órganos del gobierno han de permanecer independientes, separados, equilibrados, con relaciones de cooperación y de control recíprocas que aseguren un accionar estatal efectivo pero limitado, que ponga límites a los desbordes naturales que amenazan toda práctica de gobierno.

La división de poderes que se ha de respetar no será tan sólo la horizontal, sino también la vertical, entre los distintos niveles de gobierno: federal, provincial y municipal.

#### *6) Independencia judicial*

Particular importancia tiene el logro de una independencia efectiva y real del Poder Judicial, garante último del Estado constitucional de derecho. La seriedad y la transparencia en los procesos de designación, evaluación y remoción de los jueces; el respeto a las garantías de intangibilidad e inamovilidad de los magistrados; la autonomía presupuestaria del Poder Judicial; la legitimidad, credibilidad y confianza que el Poder Judicial sepa ganarse ante la ciudadanía a través de una realización imparcial, eficaz y oportuna de la facultad jurisdiccional son elementos que, indudablemente, colaborarán en el logro de esa independencia real y efectiva, orientada al servicio del justiciable.

#### *7) Ética pública, transparencia y existencia de mecanismos de control en el accionar del sector público*

La Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH) sostiene lo que sigue:

“[E]l actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentran bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. El acceso a la información bajo el control del Estado, que sea de interés público, puede permitir la participación en la gestión pública a través del control social que se puede ejercer con dicho acceso” (41).

La propuesta en nuestros días del paradigma del Gobierno abierto para toda organización pública refuerza claramente esta exigencia del Estado constitucional de derecho.

---

(41) Cfr. caso “Claude Reyes y otros c/Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, n° 151, párr. 86, 19/9/2006.

Una de las notas propias de toda república es la responsabilidad de los actos de gobierno. Debe generarse una cultura de “dar cuentas” (*accountability*) a la sociedad de la tareas realizadas y han de existir procedimientos y mecanismos de control suficientes que permitan la evaluación de la gestión pública realizada, la corrección de los desvíos y la sanción de las conductas indebidas.

En este sentido, el art. 4º de la Carta Democrática Interamericana afirma que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”.

*8) Carrera administrativa estable fundada en la idoneidad profesional de los funcionarios públicos y reconocimiento efectivo del derecho a la buena Administración Pública*

La existencia de una administración pública honesta y eficiente en todos sus ámbitos es otro de los requisitos exigidos para la calidad institucional en un Estado constitucional de derecho. Para ello, suele resultar imprescindible la existencia de procesos de selección, formación y carrera administrativa fundados en la idoneidad y estabilidad (*cf.* art. 16 y 14 bis de la CN) de quienes ejercen las funciones administrativas públicas.

Por otra parte, se ha comenzado a hablar en varios documentos internacionales del llamado derecho a la “buena Administración Pública”. Así, p. ej., la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno en la Ciudad de Panamá el 18 y 19 de octubre de 2013, señala en su Preámbulo:

“El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez” (42).

---

(42) El texto completo de ese documento puede consultarse en: <http://intercoonec->

Partiendo de esta visión, el documento desarrolla los veinticuatro principios que han de orientar la actuación de una buena Administración Pública y consagra los veinticinco derechos y siete deberes de los ciudadanos en sus relaciones con ella.

9) *Libertad de expresión y existencia de una prensa libre e independiente*

Es conocida la importancia estratégica particular que, para un adecuado funcionamiento de un sistema democrático, tiene la libertad de expresión tanto en su dimensión personal como colectiva. Sin ella, no es posible la existencia de un debate público vigoroso, cimiento de la democracia y del Estado constitucional de derecho.

10) *Reconocimiento amplio y tutela efectiva de los derechos humanos*

Todos los requisitos y condiciones de un Estado constitucional de derecho que hemos ya desarrollado están orientados al goce efectivo de los derechos humanos por parte de los habitantes y ciudadanos de un determinado Estado. El reconocimiento amplio de los derechos humanos, su efectiva vigencia social y una adecuada protección judicial son elementos claves del Estado constitucional de nuestros días.

## **VI. Conclusiones**

El recorrido que hemos realizado acerca del origen y del desarrollo histórico del concepto de Estado de derecho nos ha permitido llegar a comprender sus contenidos y exigencias actuales y advertir su capacidad para sintetizar las exigencias y aspiraciones de una organización política y jurídica centrada en la persona humana, que se haga cargo de todas sus necesidades y que satisfaga las exigencias de calidad institucional que se demandan a los gobiernos de las democracias constitucionales de nuestros días. Por ello, este concepto de Estado constitucional de derecho que hemos expuesto puede guiar la acción política que, como señalaba José Ortega y Gasset, “debe tener idea clara de lo que se debe hacer desde el Estado en una Nación”.

El concepto de Estado constitucional de derecho es fruto de muchas luchas, de numerosas vidas, de reivindicaciones históricas, del aporte de viejas y nuevas doctrinas filosóficas y jurídicas, de dolorosos aprendizajes, de ambiciosos anhelos y esperanzas. Todos estos factores han contribuido a su génesis y a enriquecer su contenido actual.

Hemos optado por un concepto fuerte, material, amplio, evolutivo (43) y ambicioso de Estado constitucional de derecho, y asumimos el riesgo de que tal vez se convierta en algo impreciso y vago (44). Hemos preferido darle ese contenido amplio y no limitarlo tan sólo a unas características y exigencias formales de un ordenamiento jurídico.

“Estado constitucional de derecho”, “democracia constitucional”, “derechos humanos” y “desarrollo humano integral” son términos que se reclaman y exigen mutuamente. La mejora de la cultura y de la educación, la consolidación de las instituciones y el crecimiento económico son aspectos inescindible del bien común político que se relacionan estrechamente. A su logro efectivo deben orientarse los mejores esfuerzos académicos, sociales y políticos de nuestros días.

Somos conscientes de la tensión existente en muchos países y regiones entre los ideales propuestos por el Estado constitucional de derecho y la realidad social, cultural y política concreta en la que debe regir (45). Esa tensión, administrada sabiamente y con la necesaria paciencia, puede ir transformando poco a poco esas realidades. Confiamos plenamente en la capacidad normalizadora que, con el tiempo, tienen las normas y las instituciones constitucionales si van acompañadas de adecuadas decisiones gubernamentales, del compromiso de las organizaciones sociales y de los ciudadanos, y de la progresiva mejora de la cultura política de un país. Tenemos siempre el deber de la esperanza, de buscar con ahínco lo mejor, a pesar de todas las dificultades y resistencias que se nos presenten.

## VII. Referencias bibliográficas

BABINGTON, A., “The rule of law in Britain from the Roman Occupation to the Present Day”, Chichester, Bary Rose, 1995.

BACHOF, O., “Jueces y constitución”, Taurus, Madrid, 1963.

---

(43) Sostiene Martín LACLAU que la noción de Estado de derecho, “al perder su carácter estrictamente formal, ha pasado a ser algo mutable, que se transforma siguiendo la evolución de las valoraciones colectivas” (“Soberanía y Estado de Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2014, p. V).

(44) Señala en este sentido RAZ: “Si el Estado de Derecho es el imperio del derecho bueno, entonces explicar su naturaleza es proponer una filosofía social completa. Pero si esto es así, el término carece de cualquier función útil. No necesitamos ser convertidos al Estado de derecho sólo para descubrir que creer en él es creer que el bien debe triunfar” (op. cit., p. 16).

(45) Cfr., en este sentido, el trabajo GARZÓN VALDÉS, E., “Estado de Derecho y Democracias en América Latina”, en CARBONELL, M., OROZCO, W. Y VÁZQUEZ, R., “Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina”, México D. F., Siglo XXI, 2002, p. 205.

BARZOTTO, L. F., “Legalidad e direito natural institucional”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

BRACON, H. de, “De legibus et consuetudinibus Angliae”, c. 1235.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-426, 1992.

Corte IDH, “Claude Reyes y otros c/ Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, serie C, n° 151, párr. 86, 19/9/2006.

DICEY, A., “Introduction to the Study of the Law of the Constitution”, Londres, Macmillan, 1920.

FERRAJOLI, L., “Pasado y Futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, M., Orozco, W., y Vázquez, R., *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México D. F., Siglo XXI, 2002.

FINNIS, J., “Natural Law and Natural Rights”, Oxford, Oxford University Press, 2011.

GARZÓN VALDÉS, E., “Estado de Derecho y Democracias en América Latina”, en Carbonell, M.; Orozco, W. y Vázquez, R., *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México D. F., Siglo XXI, 2002.

HAYEK, F. A., “The Road to Serfdom”, Londres, Routledge, 1944.

HERNÁNDEZ, A. M., “¿Cómo superar la anomia boba?”, Clarín, Buenos Aires, 16 de enero de 2017.

KELSEN, H., “Teoría Pura del Derecho”, 2a ed., México D. F., Porrúa, 1995.

LACLAU, M., “Soberanía y Estado de Derecho”, Buenos Aires, Astrea, 2014.

MASSINI, C., “Sobre el rule of law y el concepto práctico del derecho”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

Pío XI, Encíclica *Quadragesimo Anno*.

RAZ, J., “El Estado de Derecho y su virtud”, en Carbonell, M.; Orozco, W. y Vázquez, R., “Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina”, México D. F., Siglo XXI, 2002.

---

ROSA, E. de, “El ideal del rule of law en la teoría jurídica de John Finnis”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2014.

SANTIAGO, A., “En las fronteras entre Derecho constitucional y filosofía del Derecho”, Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.

SERNA, P., “La dignidad humana en la Constitución Europea”, en *Persona y Derecho*, n° 52, 2005, pp. 13-77.

SMEND, R., “Festvortrag zur Feier des Zehnjährigen”, en *Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am*, 26 de enero de 1962.

VANOSI, J., “El Estado de Derecho en el Constitucionalismo social”, Buenos Aires, Eudeba, 1982. ◆





# LA NUEVA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y SU IMPACTO SOBRE EL EMPLEO Y LA INSTITUCIONALIDAD LABORAL

POR DANIEL FUNES DE RIOJA (\*)

Sumario: I. Prefacio.- II. Los cambios productivos y su impacto en la realidad.- III. La educación y formación continua como parte de la respuesta.- IV. El desafío del “nuevo empleo”.- V. Las nuevas realidades tecnológicas, de innovación y cambio.- VI. La respuesta institucional a la nueva realidad.- VII. El camino a seguir.

## I. Prefacio

Sostiene Klaus Schwab en su obra *The Fourth Industrial Revolution*: “Nos enfrentamos hoy en día con el más intenso e importante reto: la manera de entender y dar forma a la nueva revolución de la tecnología, lo cual implica nada más y nada menos que una transformación de la humanidad.

Estamos en el comienzo de una revolución que está cambiando fundamentalmente la forma en que vivimos, trabajamos y nos relacionamos”.

En su escala, alcance y complejidad, considera que la cuarta revolución industrial es diferente de lo que todo el género humano ha experimentado antes y agrega: “Aún tenemos que comprender plenamente la velocidad y la amplitud de esta nueva revolución... las posibilidades de tener billones de personas conectadas por los dispositivos móviles, dando lugar a una potencia de procesamiento sin precedentes, las capacidades de almacenamiento y acceso a los conocimientos... la confluencia de escalonamiento de los avances tecnológicos emergentes, que abarcan campos de amplio alcance como los de inteligencia artificial (AI), la robótica, la Internet de las cosas (IOT), los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, biotecnología, ciencia de materiales, almacenamiento

---

(\*) Comunicación del académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 10 de agosto de 2017.

de energía y la computación cuántica, para nombrar algunos. Muchas de estas innovaciones están en su infancia, pero ya están llegando a un punto de inflexión en su desarrollo a medida que construyen y amplifican entre sí, en una fusión de tecnologías a través de los mundos físicos, biológicos y digitales”.

Reconoce que somos “testigos de profundos cambios en todas las industrias, marcada por la aparición de nuevos modelos de negocio y la reconfiguración de los sistemas de producción, consumo, transporte y entrega. En el frente social, un cambio de paradigma está en marcha en la forma que trabajamos y nos comunicamos, así como la forma de expresar, informar y entretenernos a nosotros mismos. Igualmente, los gobiernos e instituciones se están remodelando, así como los sistemas de educación, salud y transporte, entre muchas otras”. Y que “los cambios son históricos en término de su talle, velocidad y alcance”.

Concluye en que “la profunda incertidumbre que rodea el desarrollo y la adopción de tecnologías emergentes significa que aún no sabemos cómo las transformaciones impulsadas por esta revolución industrial se desarrollarán, su complejidad y la interconexión entre los sectores obliga a que todas las partes interesadas de la sociedad global (los gobiernos, los círculos académicos y la sociedad civil) tengan la responsabilidad de trabajar juntos para comprender mejor las tendencias emergentes” (*La cuarta revolución industrial*, Klaus Schwab, págs. 1 y 2).

He aquí la tarea para conciliar el cambio al que vamos con la sociedad e instituciones que tenemos.

En dicho contexto, un aspecto prioritario —aunque no el único— es el de resolver la brecha entre las nuevas tecnologías y la “empleabilidad”.

En nuestra experiencia, este no es un problema aislado de uno o más países, de una u otra región, sino de todas las economías, aun las desarrolladas (si bien en menor grado).

Entonces, la cuestión es si la digitalización, la inteligencia artificial, la robotización y toda la gama de impactos que involucran las nuevas tecnologías implicarán: ¿crear o simplemente destruir empleo? Y a partir de allí si los empleos que se creen ¿podrán ser cubiertos, habrá trabajadores capacitados y por tanto empleables?

Ello así porque, cuando la economía se transforma y la sociedad reconoce como válidos dichos aportes, también la institucionalidad debe ser permeable a tal “evolución”, como parte de la necesidad de establecer una

---

sintonía entre cambio tecnológico y desarrollo humano (habilidades y oficios).

## **II. Los cambios productivos y su impacto en la realidad**

Desde la primera revolución industrial en adelante, los procesos de transformación productiva han generado no solamente el crecimiento de la economía y mejoras notables en la competitividad, sino también — aunque no fuera siempre en forma inmediata— el aumento del empleo, especialmente el de calidad.

En tal plano y para que no queden dudas al respecto, cuando hablamos de “empleo” no nos referimos a cualquier tipo de actividad laboral, sino a aquel que esté debidamente registrado y legal y socialmente protegido, sea que se desarrolle por cuenta propia o ajena.

Vale dicha aclaración pues alrededor del 40 % de la actividad laboral en nuestro país y especialmente en sectores de baja tecnología y productividad, se desarrolla de manera informal y obviamente no constituye empleo de calidad.

Por otro lado y tal como señala la OIT, el sector de las micro y pequeñas empresas es de gran magnitud en términos de unidades económicas y de generación de empleo y tiene una elevada heterogeneidad productiva pues “la fuerza del trabajo de la región no ha transitado de sectores de baja productividad hacia sectores con mayor productividad. No ha ocurrido una transformación que reasigne recursos en forma más productiva y eficiente las empresas nuevas o existentes han respondido a condiciones de crecimiento y mayor demanda, pero sin haber transformado sus características productivas y de productividad” (“Panorama Temático Laboral. Pequeñas empresas, grandes brechas”, OIT, págs. 14/15).

Según estimaciones de la OIT, la estructura del empleo por tamaño de empresa muestra que, aproximadamente, el 28 % de los trabajadores lo hacen por cuenta propia, el 27.8 % en microempresas, el 18.8 % en pequeñas empresas, mientras que el 2.7 % están en la mediana y 16.2 % en la gran empresa.

A su vez, la tasa de empleo no registrado en nuestro país, según rama de actividad, informa que en la construcción la informalidad en establecimientos de hasta 5 ocupados es de 93.50 %, mientras que de 6 a 40 ocupados disminuye al 55,40 %. Por su parte, tanto comercio como industria presentan guarismos similares (comercio de hasta 5 ocupados, 64,60 % y de 6 a 40 ocupados, 29.60 %) mientras que la industria manufacturera

tiene en hasta 5 ocupados, 67.40 % y de 6 a 40 ocupados, 31.30 % (Observatorio de Empleo, MTESS).

Al mismo tiempo —y no debe obviarse esta consideración— cobra cada vez más relevancia en el mundo moderno la actividad independiente o por cuenta propia y, por ello, no puede dejársela de lado a la hora de su consideración tanto para la cobertura de la protección social como para su inserción en la formalidad, para que no constituya también parte del “otro sendero” (economía sumergida).

Está claro, pues, que el entramado productivo se caracteriza fuertemente tanto por la ocupación autónoma como en micro y pequeña empresa donde la informalidad es elevada, con lo que es obvio que la normativa que rige a las empresas y la presión fiscal que pesa sobre ellas es indudablemente un factor que termina evidenciando la “nominalidad” de la regulación para vastos sectores de la producción, especialmente aquellos de menor capacitación y en actividades de más baja tecnología y mayor incidencia del costo de la mano de obra.

Hoy la innovación y la tecnología vienen al ritmo de una “velocidad acelerada”, definiendo nuevas realidades del proceso productivo y, consecuentemente, aparecen nuevas modalidades de trabajo dependiente que van más allá de las fórmulas convencionales que implicaron los métodos de producción fordista. Ello definirá una nueva generación de empleos, con la “cuarta revolución industrial”, la economía digital y las cadenas de valor.

No solo el ya conocido teletrabajo o trabajo remoto, el tiempo compartido (*time sharing*), sino aun el puesto de trabajo compartido (el *job sharing*: donde trabajadores que pueden realizar tareas en oficina y remotas, operando simultáneamente sobre el mismo puesto de trabajo y hasta con la misma terminal de computación) son realidades de este “nuevo mundo” laboral, que se sumará a actividades más temporales, que por sus características se volcarán en trabajo por cuenta propia o contratos de trabajo temporarios o de plazo fijo.

La cuestión no es meramente resistir o negar la realidad (como los taxistas en muchas partes del mundo que confrontan a UBER sin adecuarse a la nueva realidad tecnológica de la que parte UBER, pero a la vez sin exigirles —como debieran— que cumplan un mínimo de regulaciones razonables para que la competencia sea transparente y el servicio público sea cumplido bajo condiciones lógicas).

Como acertadamente afirma Félix Lonigro —en su artículo publicado en *La Nación* (8.8.2017)—: “Uber no brinda un servicio de transporte, sino

el de una simple intermediación tecnológica para que dos sujetos se contacten entre sí mediante una plataforma digital, con el objetivo de celebrar entre ellos un contrato de transporte que se rige por las disposiciones del Código Civil, en el cual Uber no es parte. A partir de este encuadre, a las autoridades le quedan dos alternativas: regularlo o no. Pues extrañamente, tal como ha ocurrido con otros servicios similares como los que brindan Mercado Libre o AirBnB (cuyos objetivos son los de intermediar entre dos sujetos que, contactados, celebran contratos de compraventa o de alquiler de inmuebles, respectivamente), en el caso de Uber no solo han omitido su regulación, sino que además lo han prohibido”.

El problema de la Argentina aparece no solo desde el punto de vista normativo para dar un encuadre adecuado al trabajo del futuro, sino que la falta de adaptación a tal realidad “emergente” también se refleja en muchas decisiones jurisprudenciales referidos a distintas materias que terminan convalidando una disociación muy fuerte con “el mundo de la economía real”.

*Ese es el marco de nuestro desafío: entender que el futuro ya es el hoy*

Por ende, Estado inteligente, iniciativa privada y una globalización que permita compatibilizar el desarrollo económico con inclusión social son las claves que —conjuntamente con la transformación tecnológica, digitalización de la economía y la creación de más y mejores empleos— constituyen aspectos fundamentales de una estrategia que haga sustentable las adecuaciones necesarias de nuestras economías y que permitan a nuestras sociedades adaptarse a dichos cambios.

### **III. La educación y formación continua como parte de la respuesta**

La velocidad de los cambios que se producen y seguirán operándose tiene correlato e impacto en nuestras sociedades e incluso en la mayor dimensión de la vida política y social.

Por ello, es esencial que estos procesos sean compartidos y asumidos mayoritariamente por nuestras comunidades, para que no haya excluidos ni rezagados, contemplando que los sectores más desprotegidos queden contenidos y puedan reconocer los beneficios de estos cambios productivos que son irreversibles.

Una clara respuesta a este interrogante la tiene que dar un sistema educativo y de formación profesional alineado con estas necesidades: Argentina necesita tomar el ejemplo de los países que mejor han resuelto la “brecha” para generar un puente eficiente entre educación y empleo, entre —en definitiva— las necesidades de la sociedad y las de la empresa.

Plantear los vínculos entre educación, empleo y empresa no constituye meramente pretender orientar una definición de currícula profesional o de “empleabilidad” en temas de formación de recursos humanos exclusivamente o con el fin de proveer mano de obra adecuada para los aludidos cambios. Más allá de ello, implica la definición de una matriz de relacionamiento permanente y activo entre sociedad y Estado, así como la interacción entre la empresa privada y la sociedad en efectivo partenariado público-privado.

Ello obliga a una definición con relación a las políticas de empleo —especialmente de los jóvenes y mujeres— y la coherencia de la formación otorgada con las reales necesidades del mundo productivo.

Tradicionalmente, la asociación de la idea de promover la educación se vinculaba con un concepto prioritariamente individualista. Por su parte, el empresario daba por agotada su contribución a la sociedad cumpliendo su cometido económico, sin que su “valor agregado” tuviera otra referencia que sus respectivos mercados o la exclusiva valoración social de su función de emprendedor. No creemos que ello fuera poco relevante o insuficiente pues es su función natural, pero lo que pensamos es que la dinámica de la sociedad de nuestros días muestra como impostergables otros planos de relacionamiento, acorde con nuevas demandas de la sociedad.

La sociedad tiene prioridades. El empresariado también. Innovación y tecnología imponen permanentes desafíos, pues para ello tienen su propia agenda y requieren de la sociedad reglas de juego y, en lo específico, recursos humanos adecuados, en formación técnica y profesional.

Desde el punto de vista del individuo, el desarrollo de habilidades y oficios presupone la admisión de un cierto acuerdo, de lo que podría denominarse un “contrato social con la educación” para contar con los recursos humanos que hagan posible conciliar las metas productivas de desarrollo económico con las de desarrollo humano.

¿Qué implica ello? Reconocer la necesidad de un sistema educativo moderno y eficiente, el respeto a la currícula y el derecho y el deber social que constituye el cubrir las instancias formativas para que se pueda concretar la efectiva “igualdad de oportunidades”.

No se trata de discutir si la educación debe ser pública o privada o los contenidos específicos de la planificación escolar, temas que corresponden a los especialistas o decisores en la materia. En cambio, es procedente articular los objetivos respectivos de los modelos desde una cosmovisión que conjugue eficiencia en la administración, definición de metas, eva-

luación de resultados (índice de deserción incluido) y grados de satisfacción de los actores del sistema, así como hacer conocer las demandas que el mundo —en particular de la producción— ha de generar y las respuestas que pretende para que la llamada inclusión social a través de una “salida laboral de calidad” se pueda concretar.

Los conceptos de productividad y competitividad, tanto económica como social, el acceso a la tecnología o a la innovación no constituyen valores “compartidos” en nuestra sociedad y ello es una falencia muy clara de nuestro sistema, donde la educación y la formación no han puesto el énfasis adecuado y —por otro lado— el propio empresariado no ha conseguido inculcar la adhesión a tales valores.

No es de extrañar, pues, que nuestro país haya tenido un descenso en la materia y que la permeabilidad social ascendente, que fue el vector fundamental que acompañó el proceso de consolidación institucional y desarrollo económico-social que animaron a las generaciones de 1837 y 1880, haya ido perdiendo vigencia.

El empresario no ha de ser ajeno a las necesidades del mundo educativo y su vínculo mayor es y ha de ser, sin duda alguna, el aporte a la investigación, la innovación y la tecnología. De la misma manera, la sociedad y el Estado deben atender la demanda de un entorno adecuado para la inversión privada como parte del “contrato social” por el desarrollo, tanto económico como social: he aquí el punto de convergencia.

Pero —y que quede claro— en el estado actual de la globalización, no cualquier educación es sinónimo de respuesta sino aquella que contemple la civilización en la que estamos y la incorporación y asimilación de la innovación y la tecnología a la que vamos; con sentido realista y pragmático, basada en evidencias científicas y en experiencias concretas de transformaciones exitosas.

Asimismo, destacamos la urgencia de estas definiciones, pues la velocidad de los cambios hace que el solo hecho de no adaptar la matriz educativa implica “atrasar” al país en el reloj de la historia.

Los países enfrentan presiones competitivas en forma creciente. Algunos sectores económicos han presenciado (y continuarán presenciando) que las operaciones se mudan (relocalizaciones) o los trabajadores se mueven entre países (migraciones).

Para evitar ello, se necesita asegurar políticas efectivas con incentivos para motivar a los individuos a constituir emprendimientos innovadores

en todos los sectores económicos, especialmente aquellos que requieren conocimientos intensivos.

El desafío de los gobiernos democráticos consiste en lograr transformar la economía hacia una de mercado en un proceso también de integración social virtuoso. Se ha convertido en estratégica, especialmente para los países en desarrollo con altas carencias formativas y socioeconómicas, dado que la educación cumple un rol tanto como factor de inclusión social, como facilitador de incorporación al mercado de trabajo, como vehículo de transferencia de conocimientos y calificación profesional.

No hay competitividad económica posible si correlativamente no se promueve, desde la educación, la competitividad social, y por ello, progresar hacia unas competencias más reconocidas globalmente puede facilitar no solo la movilidad, sino también el acceso a nuevas oportunidades, tanto para las empresas como para las personas de todo el mundo.

#### **IV. El desafío del “nuevo empleo”**

La adaptación de los mercados laborales a las nuevas realidades del mundo de la producción, pero al mismo tiempo brindando protección social como definición sustantiva inherente a los sistemas de economía de mercado eficientes, proveerá la red de contención social necesaria.

El mundo del trabajo va a asistir en nuestro país a los mismos cambios que están ocurriendo en el mundo desarrollado y que en forma inmediata se están trasladando a los llamados países emergentes.

No solamente desaparecerán máquinas y tareas del mundo industrial que serán sustituidas por el desarrollo de inteligencia artificial (AI), la robótica, la internet de las cosas (IOT), los vehículos autónomos, la impresión 3D, la nanotecnología, biotecnología, ciencia de materiales, almacenamiento de energía y la computación cuántica.

También este proceso se ha de producir en el sector del comercio y de los servicios haciendo desaparecer trabajos tradicionales y —paralelamente— desarrollando nuevos oficios que cambiarán, fuertemente, la naturaleza del mercado de trabajo.

Esto no es producto de una decisión política o de influencias ideológicas, sino —lisa y llanamente— la consecuencia del impacto de la innovación y del cambio tecnológico: es el *progreso*.



La comunidad laboral y productiva enfrentará un desafío de adaptación, de resiliencia sin precedentes: la cuarta revolución industrial (industria 4.0) será buena o mala en términos de creación de empleo dependiendo de si nos preparamos para ello, y este trabajo tiene el propósito de motivar la reflexión sobre la respuesta que la institucionalidad laboral puede y debe dar a estos cambios (G20 Germany 2017 – Hamburg /Synthesis Report).

La existencia de una fuerza de trabajo remota y dispersa hará que los horarios sean menos relevantes como herramienta de control desde una perspectiva jurídica y de recursos humanos. A su vez, las herramientas más sofisticadas de control de la productividad darán lugar a la mejora de la productividad general, aunque requerirán políticas de recursos humanos inteligentes y rigurosas.

Si buscáramos una expresión que sintetice los fenómenos en vías de producirse —y que en los hechos ya aparecen claramente en el mundo desarrollado—, en parte de verificar que la tecnología propende a sustituir tareas repetitivas, de bajo valor agregado pero que afectan la “cadena” de productividad y hacerlo mediante mecanismos que automaticen dichos procesos.

En tal sentido, innovación y tecnología lideran esta transformación y tal como señala un “Informe de la OIE” sobre el tema: la literatura reciente y las prácticas de la empresa demuestran que las tareas de rutina cada vez más intensivas en tiempo y los trabajos se están automatizando. Sin embargo, lo que determina la vulnerabilidad a la automatización no dependerá tanto de si el trabajo en cuestión es manual o de “collar blanco”, sino de si es rutinario.

## **V. Las nuevas realidades tecnológicas, de innovación y cambio**

La automatización no solo afecta a las actividades que tradicionalmente han estado sujetas a la digitalización en el sector manufacturero, sino también a un diverso y amplio rango de trabajo en otros subsectores. Por ejemplo, la búsqueda hecha por Frey y Osbourne (2013) encontró que los trabajos en transportes, logísticas, así como también los de oficina y soporte administrativo, están en alto riesgo de automatizarse.

Las profesiones de la industria de servicios también son altamente vulnerables a la automatización, a pesar del reciente crecimiento en este sector. Actividades tales como seguros, aseguradores y telemarketers, por ejemplo, podrían estar altamente afectados o aquellos empleos que alguna vez hayan parecido ser imposible de ser automatizados, desde radiólogos a funcionarios (The Economist, 2016).

Esta tendencia se ha intensificado exponencialmente en los últimos años, estimando que cerca del 47 % total de los empleos en US están en riesgo de ser automatizados (Frey y Osbourne, 2013).

Estudios subsecuentes calculan el equivalente al 35 % del personal en el Reino Unido (donde más gente trabaja en campos creativos menos susceptibles a ser automatizados) y el 49 % en Japón.

Fuentes más recientes estipulan que un porcentaje relativamente más bajo de empleos (9 % en países OECD) serán automatizados. En algunas ocasiones, un trabajo específico no necesariamente va a desaparecer, pero varios aspectos del mismo serán automatizados y de esa manera se requerirán menos trabajadores.

Los empleos se irán dividiendo cada vez más en tareas. Este podría ser el caso de actividades tales como: de investigación legal (computarización de las leyes), enviar documentos o diagnósticos médicos.

También crece la preocupación por la “polarización del trabajo”, donde los empleos de habilidad media (tales como fabricación) están disminuyendo, pero tanto los trabajos de baja cualificación como los de alta cualificación se están expandiendo.

El estancamiento de los salarios medios, en muchos países occidentales, se cita ya como evidencia de que la automatización está teniendo efecto, aunque es difícil desentrañar el impacto de la deslocalización que también ha movido muchos empleos de rutina (incluyendo industrias y los *call centers*) a países de bajos salarios en el mundo en desarrollo.

He aquí algunos ejemplos concretos tangibles e inmediatos de la aplicación de nuevas tecnologías hoy en nuestro país:

Hacia fines de este año y después de una inversión cercana a los US\$ 600 millones, una terminal de Fiat empezará a producir sus nuevos modelos. Habrá un salto tecnológico muy grande con la incorporación de 163 nuevos “robots”, que la convertirán en una de las “más modernas de América Latina”. El nivel de automatización en el sector de chapa superará el 80 % para “asegurar la perfección en los puntos de soldadura, lo cual se traducirá en un salto de calidad importante”.

Las nuevas líneas del sector de chapa tendrán un sistema de posicionamiento del techo a través de cámaras que aseguran la ubicación correcta y, además, suman la aplicación automática de adhesivos y un sistema de grabado automático de puertas. En la unidad de pintura trabajarán seis robots para asegurar la calidad en la terminación.

En Renault señalaron que ya vienen sumando automatización y robotización para mejorar productividad y calidad. Por ejemplo, incorporaron 80 vehículos guiados automáticamente (AGV, por sus siglas en inglés), que hacen mucho más fluidos y eficientes los procesos logísticos que van desde el almacén de piezas a las líneas de montaje. “Así se logra entregar las piezas en el momento exacto en el que son requeridas y evitamos el almacenamiento a los costados de la línea”, explicó el vocero y agregó que próximamente contarán con “sistemas de líneas más flexibles: son de diferentes alturas y se adecuan al operador”.

También Volkswagen en su planta de cajas de velocidad cuenta con 59 robots en sus líneas de montaje. En la fábrica señalan que “ayudan” en tareas que —por el peso de las partes a mover— no podrían ser hechas por una persona o en aquellas que significarían un alto riesgo de accidente, por ejemplo, carga de piezas a máquinas de cortes de alta velocidad.

En la alianza Renault-Nissan incorporarán 1000 trabajadores y prevén programas especiales que incluyen la realización de talleres en centros donde las nuevas tecnologías ya están en marcha. “Habrá un grupo de especialistas y técnicos que se capacitarán en plantas de Japón”, mientras que en PCA enfatizaron que “se está capacitando en las mejores prácticas mundiales a los operarios que serán los encargados de montaje” (*La Nación* 10.7.2017).

Por su parte, Pablo Losada en *Clarín Rural* del 5.5.2017 destaca: “El mensaje de las grandes empresas a los productores es contundente: el automatismo de los ‘fierros’ es el hoy y la conectividad es lo que se viene. En este sentido, las realidades entre Argentina y Brasil se empardan...”

“Una de las estrellas de la feria fue el tractor totalmente autónomo... ya es una realidad... y su tecnología de autonomía total se está ajustando paso a paso...”

“Otra de las grandes compañías desarrolla la optimización en dos ejes: el de la máquina o el de un equipo de trabajo, por un lado, y el de la operatoria, por otro. Ya tienen un equipo que tiene incorporadas las herramientas de última tecnología de comunicación ‘máquina a máquina’ de la compañía y, ahora, trae innovaciones vinculadas con el automatismo. Con ellas, se carga la decisión técnica en la computadora inteligente del tractor, los puntos georreferenciados de inicio y fin de la tarea y este comienza a trabajar con el piloto automático. En cabeceras levanta el implemento, gira y vuelve a comenzar. De esta forma, el operador se convierte en un ‘monitoreador calificado’ de las diferentes tareas que hace el tren de trabajo, afirman desde la empresa”.

Otro sistema —también novedoso— “permite el monitoreo de las máquinas agrícolas en tiempo real”.

Es claro, pues, que ese cambio tecnológico al que aludimos se está reflejando y lo hará en el futuro en la organización de las empresas y de la producción y, consecuentemente, ha de llevar a nuevas formas de trabajo, sea dependiente o autónomo.

Teniendo en cuenta el crecimiento del empleo en el sector de servicios, se puede esperar que la automatización impacte las actividades de manera diferente: el crecimiento del mercado en línea para bienes físicos ya está superado por el crecimiento de los servicios *online*, que podría ser un desarrollo aún más grande y más potente que el que tuvo lugar en bienes físicos (McKinsey Global Institute, 2012).

Asimismo, se estima que muchos puestos de trabajo en el sector de la salud y de la asistencia social crecerán casi un 30 % en los Estados Unidos (y el 62 % de los nuevos puestos de trabajo de STEM estarán dentro del sector sanitario) y probablemente en muchas otras economías desarrolladas en la próxima década (MIT Technology Review, 2015).

Los perfiles que serán más demandados incluyen psicólogos de organización industrial, consejeros genéticos, asistentes médicos y terapeutas ocupacionales o físicos.

Sin duda, la disminución del costo del almacenamiento de datos y el aumento de las velocidades de procesamiento harán que los administradores de datos, administradores de bases de datos y administradores de seguridad de TI requieran empleos altamente exigentes. Ya se está desafiando, en muchos mercados de trabajo, a encontrar experiencia calificada en estas áreas.

Hay mucho debate sobre cómo se distribuirán los beneficios de la automatización del empleo, incluso quienes plantean que en la próxima década se perderán en el mundo millones de puestos y se incorporarán nuevos perfiles pues: “La transformación digital afectará el mundo laboral y de eso ya no hay vuelta”.

## **VI. La respuesta institucional a la nueva realidad**

Entre las cuestiones sobre las que más se ha enfatizado a nivel internacional para tener mercados laborales dinámicos e inclusivos se destaca el de promover simples, transparentes y predecibles marcos legales y bajar las cargas fiscales al empleo, facilitando la transición de la informalidad a la formalidad, estimulando la innovación, la empleabilidad y el desarrollo

de oficios utilizando la tecnología para maximizar el acceso y la promoción de habilidades de calidad basados en la educación, sea esta la formal, la técnica, y los procesos de formación continua y, desde ya, promoviendo el emprendedurismo y removiendo las barreras, sean burocráticas, fiscales o de cualquier otra naturaleza, para promover dicha actividad.

Con una visión menos “fin del trabajo” a lo Jeremy Rifkin, Stephanie Vozza, en su artículo sobre “Inteligencia laboral: Las tareas que los robots no pueden reemplazar”, afirma que “La diversidad es clave en el armado de equipos de trabajo. Por más que vivamos en un mundo digital, las capacidades blandas como la comunicación, la resolución de problemas, la colaboración y la empatía están siendo más valoradas que la tecnología, dice Paul Roehrig, jefe de estrategia para la empresa de tecnología Cognizant Digital Business.

‘La capacidad de manejarse con la gente es cada vez más importante en una era en la que tenemos una tecnología poderosa y ubicua’, asegura la ejecutiva. ‘Suena como algo contraintuitivo, pero para ganarle al robot tiene que ser más humano’.

Cuando evalúan sus planes de contrataciones para este año, 62 % de los empleadores considera las capacidades blandas como muy importantes, según CareerBuilder. Pero una reciente encuesta del diario *The Wall Street Journal* descubrió que el 89 % de los ejecutivos tiene dificultades para encontrar personas con estas cualidades.

‘Al realizar las máquinas una parte mayor del trabajo de rutina y de menor valor agregado, se necesita más gente para trabajar en el contexto de lo que la automatización y la Inteligencia Artificial no pueden hacer’.

Y concluye en que: “Si no ha puesto más énfasis en las capacidades blandas, quizá sea el momento de repensar su estrategia para el lugar de trabajo. Enseñar a los empleados las capacidades blandas aumenta la productividad y la retención, según un estudio de la Universidad de Michigan” (*La Nación*, 26.7.2017).

## **VII. El camino a seguir**

Decíamos en el discurso que en nombre del empresariado argentino pronunciaríamos en la Conferencia de la Asamblea Anual de la OIT que: “El director general hace mención en su memoria a que las políticas para promover productos, servicios e infraestructuras más verdes generarán tipos de empleo completamente nuevos a través de innovaciones tecnológicas que responderán a las necesidades de sostenibilidad y que

la transición hacia las fuentes de energía sostenible provocará un efecto de sustitución, lo cual ilustra el efecto cuantitativo sobre el empleo —el reemplazo de empleos existentes por nuevos empleos— y la transición hacia tecnologías menos contaminantes o el pasaje del transporte en camión por carretera al transporte por ferrocarril, entre otros.

Algunos empleos serán eliminados porque o bien irán desapareciendo paulatinamente o porque habrá reducciones de puestos de trabajo, que no serán reemplazados directamente. Otros, quizás la mayoría de los existentes, simplemente se adaptarán a las exigencias de la economía verde, día a día, las prácticas en el lugar de trabajo, las competencias, el diseño de los productos y los perfiles de los empleos se irán reconfigurando”.

Por nuestra parte, mencionábamos que había una demanda de adaptación a los cambios tecnológicos y a la digitalización de la economía, procesos tan necesarios como irreversibles para ser empresas eficientes y competitivas, y que la reconversión productiva como consecuencia de adopción de nuevas formas de organización del trabajo implicaba tomar conciencia de esa transición para que la misma permita el objetivo de conjugar inversión y crecimiento económico con desarrollo social así como mejora de los niveles y de la calidad del empleo.

Muchos son los debates que se han abierto en tiempos recientes tanto para identificar los problemas que la globalización y, en particular, la crisis internacional que se iniciara en 2008 han generado como también la respuesta que desde el mundo del trabajo debería producirse.

Dichas reflexiones no se agotan en el mero campo teórico, sino que constituyen hoy parte central de la agenda internacional, particularmente en la OIT y el G20 y han suscitado —tanto en el campo empresario (B20) como en el sindical (L20)— múltiples intercambios de ideas y propuestas en la búsqueda de consensos plasmadas en documentos conjuntos que pretenden abordar con realismo esta etapa de la humanidad.

Recordemos que aún dentro del propio G20 (o sea, en los países de mayor desarrollo en el mundo) subsiste una mayoría con altísimas tasas de informalidad e índices de desempleo —especialmente juvenil—, así como también formas de discriminación en el trabajo y problemas de productividad, a la par de una brecha acentuada entre los sistemas de educación y formación profesional y los requerimientos del mundo productivo.

Al respecto, los gobiernos de los 20 países más desarrollados acaban de señalar en el Documento Final del G20, de Alemania 2017, que: “El buen funcionamiento de los mercados de trabajo contribuye a sociedades in-

clusivas, cohesionadas y economías resistentes. La digitalización ofrece la oportunidad de crear nuevos y mejores puestos de trabajo, mientras que al mismo tiempo eleva desafíos en cuanto a las habilidades, la protección social y la calidad del empleo”, por lo que “los gobiernos reconocen la necesidad de educar y formar a las personas con las habilidades necesarias para el futuro del trabajo, la importancia de las oportunidades para mejorar las cualificaciones a lo largo de su vida laboral, y ayudarlos a adaptarse con éxito al cambio, en conformidad con la realidad de cada miembro”.

Destacan también “el aumento creciente de la diversidad de empleo, lo que llevará a evaluar su impacto en la protección social y las condiciones de trabajo para controlar continuamente las tendencias globales, incluyendo el impacto de las nuevas tecnologías, la transición demográfica, la globalización y el cambio de las relaciones de trabajo en los mercados laborales” y reconocen “el importante papel de la educación y formación, incluido el aprendizaje de calidad en la integración de los jóvenes en el mercado laboral”.

En esta instancia cabe responder a una de las cuestiones centrales que motivan esta comunicación. Hemos tratado de mostrar evidencias incontestables de lo que ha de significar la tecnología y que concretamente tendrá un impacto sobre el empleo.

Dijimos también que esto requeriría adaptación y que la misma no es el producto de una mera resignación sino de una adecuación teniendo en cuenta dichas transformaciones, el urgente requerimiento de nuevas habilidades y oficios que han de determinar la modernización del sistema educativo y la impostergable necesidad de procesos de formación continua y educación dual, pero también se plantea la cuestión de si las instituciones que conforman nuestro plexo normativo laboral responden a los cambios aludidos.

Adelantamos nuestra visión de la necesidad de una urgente reacción para un “cambio adaptativo” y señalamos que el divorcio entre norma y realidad ya era preexistente y puntualizamos guarismos preocupantes de informalidad particularmente en determinados sectores y regiones.

Pues bien, claramente pensamos que si no se redefinen los institutos que conforman nuestra legislación laboral y siguen basados en un modelo fordista-taylorista, que en todo caso servía para diferentes procesos productivos que respondían a la primera y segunda revolución industrial, pero que ha tenido pobre correspondencia con ulteriores instancias de nuestro desarrollo y mucho menos con las impostergables demandas de la industria 4.0, de la digitalización o robotización.

Es evidente que hay que encontrar el camino hacia la construcción de ese nuevo paradigma que implique tanto el respeto de los derechos fundamentales en el trabajo y la dignidad humana, como el reconocimiento de las nuevas realidades productivas y tal necesidad de superar el divorcio entre norma y realidad.

Una economía digital requiere —hemos dicho— nuevas formas de contratación y organización de la producción y del trabajo: ni la base legal vigente ni el desarrollo convencional histórico son hoy suficientes para ello. El dilema es mantener el dualismo que convalida la desprotección y la informalidad o abordar la nueva institucionalidad necesaria producto del diálogo y consenso.

Es impostergable articular una “institucionalidad laboral” acorde con las circunstancias tecnológicas, económicas y sociales que están generando estos procesos. Queda claro que cuando hay (o ha habido) desajustes o disrupciones, ello tiene un impacto que puede ser en el empleo, en la productividad o en la legalidad, toda vez que se observan ciertas naturales asincronías frente al desarrollo de factores que necesitan de sus tiempos de adecuación y adaptación.

Ahora bien, en el caso de los países industrializados, la evidencia empírica muestra que al alto desarrollo y a su sustentabilidad solo se llega si esos cambios tecnológicos redundan en competitividad, mayor productividad, mejor acceso a bienes y servicios para la población y —consecuentemente— más y mejor empleo.

Pero, para que el empleo nuevo aparezca, la cuarta revolución industrial a la que estamos asistiendo requiere respuestas a tales nuevas formas de la organización de la producción y del trabajo y, consecuentemente, para que haya trabajadores empleables que se conviertan en trabajadores legalmente registrados y socialmente protegidos.

Reiteramos que la innovación y la tecnología aportan aceleradamente (*speed*) a la normativa y práctica laboral las nuevas “realidades” del proceso productivo que afectan los tradicionales métodos de producción fordista y que se encuentran bajo el desafío de la “cuarta revolución industrial”, la economía digital y la integración de las cadenas de valor, pues surge la necesidad de definir la fórmula que resuelva la tensión entre “universalidad” y “protección nominal”.

Lo que el futuro del trabajo nos está planteando es la necesidad de entender y aceptar esta irrupción competitiva, que superen la tradicional —aunque ambigua, incierta y anómica— dualidad del mercado laboral,



---

encarando políticas que posibiliten que aquellas “viejas realidades” y estos “nuevos desafíos” se articulen en soluciones legales y efectivas.

No se trata de resumir la cuestión en forma binaria diferenciando entre modernidad tecnológica o corporativismo conservador, sino conciliar la innovación, la tecnología, la productividad y la competitividad con el desarrollo económico y social, en el marco de una legalidad institucionalmente respetable y socialmente respetada pues, finalmente, de eso se trata. ◆



# SEMBLANZA DE UN INSIGNE JURISTA: ALFREDO COLMO

POR MARIANO GAGLIARDO (\*)

Sumario: I. Preliminar.- II. Vida de Colmo.- III.  
Obras de Colmo.

## **Preliminar**

Colmo es uno de los grandes juristas argentinos de comienzos del siglo XX que desarrolló con amplitud y erudición diversos temas vinculados al derecho.

Resulta difícil por ello elaborar una biografía describiendo la significación de Alfredo Colmo, del cual no se sabe qué admirar más en él, si la solidez de sus argumentos y conocimientos jurídicos, o bien la profundidad y vastedad de su cultura.

Una personalidad abierta a todas las dimensiones del pensamiento. Otorgaba entusiasmo a la virtud y confianza a la verdad.

Hay una íntima armonía entre sus calidades de filósofo (1), sociólogo (2), jurista y hombre de acción, así como el alcance y significado de su obra. Ésta se presenta como la organización sistemática de un saber que no procede sólo del intelecto, sino de las propias experiencias vividas. Es que vivir la teoría implica aceptar en un sentido humano y práctico las consecuencias del discernimiento especulativo.

No pretendemos en estas páginas escribir la historia completa de Colmo, tarea difícil, pues implica identificarse con el misterio mismo de una vida, sino reflejar algunos acontecimientos que jalonaron su existencia, teniendo presente el contexto en el que actuó, mostrando su notable trayectoria.

---

(\*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de agosto de 2017.

(1) "Los estudios filosóficos en la educación oficial", Revista de Filosofía, Buenos Aires, 1915.

(2) "Principios sociológicos", M. Biedma, Buenos Aires, 1905.

Urge compilar su vastísima producción que se encuentra dispersa o, en sus contenidos más importantes, en publicaciones de revistas o en versiones de trabajos aislados. Así, podrá tenerse algún panorama de su labor infatigable, en todos los ámbitos donde se extendió su actividad ininterrumpida y fecunda.

Estas líneas son producto de una obligada síntesis, pues fue tan prolífica y notable su labor que la búsqueda de sus obras, folletos, estudios, sentencias, investigaciones, para su posterior relación y análisis, nos exigieron un esfuerzo de discernimiento para seleccionar los temas más destacados y las obras que consideramos de mayor significación.

Apuntamos, en primer lugar, a los aspectos genéricos y propios de cualquier persona destacada; la biografía de un hombre que ha desempeñado un rol protagónico en una época y en un determinado país, es el compendio de la historia contemporánea que refleja las costumbres y hábitos nacionales, las ideas dominantes, los cauces de la civilización y el curso que la genialidad de los grandes hombres pueden imprimir en una sociedad.

Nada más interesante y conmovedor que la historia y la trascendencia de un hombre de genio. Se lo podrá observar y admirar, ubicado en el lugar más adecuado sobre cuyos destinos se siente convocado a ejercer una poderosa y duradera influencia, en la escena propia donde se preparan y producen los grandes acontecimientos en aras del progreso de la humanidad.

De toda nuestra exposición, que para nosotros, al menos, no era posible que resultase completa, desearíamos que se desprendiesen los rasgos característicos de Colmo. Poseía un espíritu severamente analítico. Sometía a un examen riguroso las cuestiones, desmenuzándolas, para agruparlas y clasificarlas después. Su ilustración era portentosa, no sólo en los problemas jurídicos, sino también en temas filosóficos, históricos y literarios. Su lámpara de estudioso nunca debió apagarse en vigiliass interminables. Su agudeza crítica se ejercitaba en todos los campos. Hay ocasiones en que figura excediéndose en el comentario, pero éste es incisivo sólo en apariencia. Pese a lo categórico de sus juicios, tajantes y sin atenuaciones muchas veces, que aparentaban cerrar la puerta a toda conciliación, careció de esa soberbia. Podrá su estilo, su modo de redactar, preciso, firme, cortante, hacernos creer otra cosa, pero en el fondo estuvo desprovisto de la menor acritud, de toda inclinación a la falta de serenidad o a la desatención. Brillaban en él la prudencia, la ponderación, la ecuanimidad.

Colmo encarnó, por sobre todas las cosas, al pensador, erudito y teórico, analítico sagaz, crítico implacable pero hombre de excelencia.

Repárese que la historia se desenvuelve no en función de procesos naturales, sino acorde al transcurso del tiempo y sucesos específicos, donde el sujeto está comprometido conscientemente en los que puede influir (3).

Historiadores de todos los tiempos que eligieran como objeto de su estudio los acontecimientos de un pasado han concedido valor inapreciable a la tradición oral y a las fuentes transmitidas por ésta. El informe oral muere para la historia en el momento mismo que es olvidado por los oyentes, a menos que se escriba, adquiriendo perdurabilidad.

En la forma escrita se fija la tradición en orden al tiempo y respecto de la forma, dando así lugar a la difusión y proyección de la idea en el espacio (4).

No es vano señalar que con el transcurso del tiempo el elogio de las figuras que calificamos mercedamente de notables se torna difícil. En particular cuando se deben buscar y ubicar antecedentes de personalidades a los que la historia, por los motivos que fuere, no los ha reconocido en la medida en que sus antecedentes lo justificaban.

Señalaré brevemente algunos episodios, tristes, por cierto, que en cierta forma resultaron un obstáculo para elaborar una completa biografía de Colmo.

A partir de la asonada militar del 4 de junio de 1943, superada en septiembre de 1955, el horizonte político e institucional del país se oscureció y los presagios más pesimistas se hicieron realidad. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se eclipsó, pues los momentos hartos difíciles y trágicos que siguieron a tal asonada llevaron a esta entidad al forzado cese de sus actividades académicas.

El año 1943 significó para el país, y en particular para la Academia de Derecho, un período de agobio y asfixia intelectual y moral, donde la ignorancia de los gobernantes fue acompañada de la prepotencia y avasallamiento de las más elementales garantías constitucionales.

No tardaron en exteriorizarse la presencia de la barbarie y desmanes, y la Academia que tenía su sede en la ex Facultad de Ingeniería de la calle Las Heras —en esa época Facultad de Derecho— recibió la sugerencia —más bien una orden—, de uno de sus interventores, sobre la conveniencia de no reunirse más en dicha sede y como paso previo a su desalojo, que no tardó en hacerse efectivo. Su archivo, documentos y biblioteca fueron destruidos.

---

(3) CARR, E. H., "¿Qué es la historia", Ed. Seix-Barral, Barcelona, 1961, p. 182.

(4) BANER, Guillermo, "Introducción al estudio de la Historia", Bosch, Barcelona, 1953, 3a ed. ps. 353/4.

Así, desaparecieron libros y obras irreproducibles donde estaba plasmado un significativo y valioso historial, verbigracia los trabajos y el currículum de Colmo.

Horas aciagas para el país; tiempos de confusión, de inseguridad, de inestabilidad, de contradicciones irreductibles que harían tambalear las construcciones que creíamos inmutables, base de la justicia, de la seguridad, del orden, de la paz social.

Las reuniones de la Academia se volvieron un peregrinaje, inconveniente al que se sumaban las trabas para las sesiones públicas, los permisos policiales negados o tardíamente concedidos, obligando a que las conferencias o reuniones fueran en casas o estudios jurídicos de algún académico.

Cuéntase que el presidente de entonces habría dicho, refiriéndose a los académicos, “no quiero meterme con esos animales sagrados”, pero su conducta posterior desmintió esta intención. Así es que se fijó un límite de edad para la función de académico. El doctor Dell’Oro Maini, a pesar de no alcanzar tal límite, renunció acompañando a sus colegas en un gesto que honra su memoria. Años después, como ministro de Educación, fue precisamente el ministro Dell’Oro Maini quien hiciera resurgir a las Academias mediante decreto-ley del 30-11-55.

Ello no es todo, pues en esas épocas nuestro país, discípulo de la Ilustración de principios del siglo XVIII, que se manifestó por ejemplo en magníficas bibliotecas, entre ellas las del Jockey Club de Buenos Aires, que a través de donaciones o inteligentes adquisiciones representaba un valioso patrimonio cultural que comprendía los temas más diversos. En el año 1953, la sede de la calle Florida de dicha entidad, fue incendiada y devastada su biblioteca. Se salvaron sus completos ficheros, donde existen registradas obras de Colmo, si bien desaparecidas de sus anaqueles.

De allí pues las dificultades y largo peregrinaje que emprendimos por las bibliotecas de la comuna en la búsqueda de material para esta obra. En la biblioteca del Maestro (Palacio Pizzurno), a la cual se destinó —donación mediante— la biblioteca Colmo, existen algunos antecedentes del autor, pues a nuestro pesar, algunos folletos se han traspapelado y otros están mal ubicados o sea casi perdidos.

Afortunadamente, pudimos localizar —en la biblioteca de la Comuna en Palermo, Güemes y Uriarte— una obra *Evocaciones porteñas* de Gastón Federico Tobal, académico de Derecho, donde figuraba la conferencia de presentación de Calatayud para el sitio Colmo.

También localizamos una biografía del uruguayo José Enrique Rodó, en la biblioteca de la Universidad de Montevideo y una monografía sobre la Metodología del Código Civil, editada por Reus, en Madrid, año 1915, en la biblioteca del Real Colegio de Abogados de Cataluña (Barcelona). Estos ejemplares dan cuenta del prestigio internacional de Colmo.

Otras investigaciones y trabajos de Colmo pudimos obtenerlos en bibliotecas privadas y librerías donde existen valiosas antigüedades.

Es oportuno, a esta altura de nuestro trabajo, subrayar que la figura de tan destacado jurista no tuvo merecido renombre o la trascendencia que era de esperar a pesar de sus destacadas virtudes.

Para encontrar razones de esta injusticia debemos retrotraernos a la época que le tocó vivir. Colmo vivió tiempos institucionales difíciles y situaciones complejas que siempre han caracterizado nuestra vida como nación, signadas por acontecimientos felices y nefastos. Colmo nació en 1878, poco tiempo después de la sanción del Código Civil, al que años más tarde dedicaría estudios, comentarios e investigaciones notables. En su juventud, fue testigo de las controversias políticas del año 1880, episodios que afectaron las relaciones entre el Estado argentino y la Iglesia Católica.

Tiempo después, convivió con la gestación y sanción de la Ley Sáenz Peña con incidencia notable en nuestro sistema electoral. La reforma universitaria del año 1918 y la aguda crisis institucional del año 1930 son otros de los acontecimientos esenciales y contemporáneos a la vida de Colmo y que ayudan a comprender el tardío reconocimiento a tan ilustre figura.

### **Vida de Colmo**

Nació en el barrio de Flores el 22 de junio de 1878; murió súbitamente el 5 de junio de 1934, a la edad de 56 años, cuando la cultura en todas sus manifestaciones esperaban recoger mayor fruto de su trabajo. Su trayectoria, no obstante su inesperada muerte, está marcada por destacados logros producto de su honradez, sabiduría, austeridad y elocuencia.

Vislumbrando las distintas etapas que integran su biografía, resulta destacable el dinamismo que caracterizaba su vida plagada de múltiples obras, todas originales y de gran calidad.

Sus primeros años de estudiante anuncian una personalidad brillante. Obtuvo su título de bachiller a los 16 años, cursando libremente y logrando el bachillerato al cabo de dos años y tres meses, con un promedio general de 9,90.

A los 18 años, en 1895, ingresó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, graduándose de abogado en diciembre de 1900, obteniendo en veintitrés materias, veinte sobresalientes, con promedio general de 9,782.

Recibió en el año 1901 sus diplomas de abogado y doctor, obteniendo el Premio Universitario y medalla de oro a la mejor tesis: “De la prescripción en materia comercial. Exposición y crítica del Código”.

Su actuación docente fue distinguida; dos años antes de obtener su título de abogado —corría el año 1899—, obtiene por concurso una cátedra de castellano en el Colegio Bernardino Rivadavia, desempeñándose también como secretario de la Alcaldía de su barrio y escribiente en el Ministerio de Instrucción Pública. En el citado colegio, en el año 1902, obtiene la cátedra de Filosofía. En el año 1903 logra el diploma de profesor de enseñanza secundaria en la Facultad de Filosofía y Letras.

Es designado Profesor de Legislación Educacional en la Escuela Normal de Profesores de Buenos Aires, donde permanece hasta 1904. Poco después, es nombrado secretario de un juzgado civil donde se desempeña hasta 1907. Ese mismo año, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho lo designa profesor suplente de Derecho Civil.

Todas estas designaciones exhibían a un joven lúcido, de formación humanista que ponderaba con inteligencia las cuestiones que se le sometían a su consideración.

El año 1904 es fundamental en la carrera docente de Colmo: tenía 26 años y logra por concurso el cargo de profesor suplente de Sociología en la Facultad de Filosofía y Letras, de donde había egresado el año anterior y en el que dictaría cátedra hasta el año 1906. En esa época redactó y presentó una obra singular denominada *Principios Sociológicos*, que en el año 1906 le significaría su incorporación como miembro de número del Instituto Internacional de Sociología con sede en París. Volveremos sobre esta obra, integrada por 9 capítulos y 371 páginas y que pudimos analizar; si bien Colmo la califica como un trabajo científico y no dogmático, es una verdadera “tesis doctoral” presentada para aspirar a un cargo de profesor suplente.

Dedicado a la docencia civil, resultó un maestro elocuente y sabio; sus lecciones exhibían la fuerza de un gran talento así como la demostración de convicciones arraigadas.

Estos méritos, sumados a su invariable y recta conducta, sin las urgencias del éxito fácil, fueron recompensados con la designación en



---

1910 como profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires.

Desempeñó con notable capacidad y dignidad importantes funciones, verbigracia, cónsul en Toulouse, ciudad que se caracteriza por su intensa vida universitaria que incluye las ciencias sociales, el derecho y la economía, materias que se dictan en el Instituto de Estudios Políticos y en el Instituto de Administración de Empresas.

Entre 1913 y 1914 fue cónsul en Liverpool. Representó al país en esta importante ciudad portuaria y su actuación suscitó reconocimientos de ambos gobiernos.

En 1913, a raíz de sus otros desempeños internacionales, participó del Congreso Internacional de Protección a la Infancia, celebrado en Bruselas. En 1920 fue nombrado delegado a la Conferencia del Trabajo, celebrada en Génova, bajo el auspicio de la Liga de las Naciones; su informe fue incluido en un libro titulado *El Derecho Marítimo obrero*.

A partir del año 1918 fue designado Consejero Titular de la Facultad de Derecho de Buenos Aires e integró las Comisiones de Reglamento, de Enseñanza, del Cincuentenario del Código Civil y la de Publicaciones y Estudios. Fue asimismo director de los "Anales de la Facultad de Derecho".

Se le otorgaron numerosas distinciones. En 1925 fue designado "Doctor Honoris Causa" por la Facultad de Jurisprudencia y Derecho y por la de Ciencias Políticas y Económicas de la Universidad de San Marcos, Lima (Perú). Similar merecimiento le correspondió en la Facultad Jurídica —Escuela de Derecho— de la Universidad de Columbia, Estado de Nueva York, donde concurrió como profesor visitante dictando numerosas conferencias sobre la historia argentina, sus instituciones, analizando desde el punto de vista sociológico y psicológico nuestra idiosincrasia.

La Real Academia Española de Jurisprudencia lo contó entre sus miembros y también fue distinguido por la Sociedad de Americanistas, de la Universidad de Harvard.

El 4 de octubre de 1920, el presidente Yrigoyen lo designó vocal de la Cámara Civil 1º de la Capital Federal, cargo que prestigió hasta el año 1930, cuando fue nombrado profesor titular de Derecho Civil, renunciando el 20 de mayo, para ser designado el 17 de agosto de 1931 como profesor honorario.

El 9 de septiembre de 1927 fue designado miembro titular de esta corporación, sitial que fuera ocupado luego por destacadas figuras jurídicas: Calatayud, Guastavino y, en nuestros días, Jorge Horacio Alterini.

### **Obras de Colmo**

Colmo fue un cultor del derecho, identificado con sus íntimas esencias; los contenidos de sus obras dan cuenta de su capacidad. En sus múltiples obras brilló con luz propia, no sólo por sus conocimientos jurídicos, sino por el prestigio que le otorgaba una sólida formación cultural.

Dotado de una memoria prodigiosa, sus lecturas comprendían las más diversas materias y se manifestaban en sus votos como magistrado, en sus numerosos libros y artículos que dan cuenta de su fino estilo literario que excedían los métodos exegéticos vigentes.

Fue un gran admirador de Francois Géný (1861-1959), notable jurista que fue su contemporáneo, cuyas ideas compartió adecuándolas a su particular visión.

Evidencia de ello es que Colmo dedicó su *Técnica legislativa del Código Civil Argentino* (edición año 1917), “Al Maestro François Géný, ilustre decano de la Universidad de Nancy quien consagró más de 50 años a trabajar sobre la naturaleza y método del derecho positivo”.

Géný, por su parte, en carta dirigida a Colmo, fechada el 16 de marzo de 1921, le expresa su admiración por el conocimiento que tiene de la doctrina jurídica francesa.

Cabe recordar que para Géný uno de los temas que más polémicas generó fue la vinculación entre el derecho y la religión católica. El jurista francés, manteniendo el respeto por la libertad religiosa, con prudencia y discreción, desarrolló la teoría que vinculaba la razón y la creencia en el campo del derecho, sosteniendo el principio de la laicidad del derecho natural (5).

Consideraba que el derecho natural, según su propio fin y razón de ser, posee un carácter universal que incluye a todos los hombres regulando las relaciones mutuas, que presentan un fondo común: la naturaleza interpretada a través de la conciencia y la razón.

Es del caso señalar a propósito de este tema, que Colmo era un liberal progresista, partidario de una ideología ya arraigada a comienzos del siglo

---

(5) GÉNY, F., “La libertad en el Derecho entre certeza e incertidumbre”, Comares, Granada, 2007, p. 57.

XX, pero con un perfil europeo y romántico; agnóstico pero respetuoso de la tradición espiritual argentina.

Una prueba de ello es la detallada cita que en su libro *La Justicia* efectúa de la Biblia, en particular los libros del Antiguo Testamento.

Era un espíritu formado por las lecturas de los autores clásicos, superando los puros razonamientos lógicos, hasta formar conceptos que definen la realidad.

Colmo se preocupa por las condiciones sociológicas de la vida humana que establecen reglas de conducta subordinadas a ideales identificados con la noción del derecho natural. Vinculado a éste se encuentra, en primer lugar, la noción de justicia; luego, los principios de dignidad humana, de libertad, de igualdad y de fraternidad, que inciden en las nociones de familia, de propiedad, de sucesión, etcétera.

Con relación a su posición jurídica considera que la realización del derecho es actuación, movimiento, vida que se desenvuelve merced a la actividad espontánea y reflexiva del hombre en estados que reclaman instrumentos y procedimientos adecuados. La vida del derecho es para él la técnica jurídica, sin que ella pueda ser considerada como un escollo para trabar el desarrollo espontáneo y dinámico del legislador, destacando que “los códigos del mundo no han obedecido a cánones técnicos y no se han dictado peor por eso”.

Colmo entiende que Ihering, en su obra *Espíritu del derecho romano* destaca como la técnica del derecho romano legó los principios capitales de la técnica jurídica, cuyo objetivo no es otro que la simplificación del derecho de manera cuantitativa y cualitativa.

En lo cuantitativo se destaca en primer lugar “el alfabeto” del derecho; en segundo lugar, los denominados párrafos o artículos en los códigos contemporáneos; el tercero es el orden sistemático que conforma el árbol genealógico del derecho para la distribución y metodología de las instituciones; en cuarto lugar, la terminología jurídica que en un lenguaje riguroso traduce de manera invariable las ideas con el empleo del menor número posible de medios para obtener el mayor número de fines.

Desde un punto de vista cualitativo el derecho se relaciona con las instituciones, principios y normas a fin de que sus partes, separadas y limitadas, se reúnan armónicamente en una unidad, de manera que el pensamiento pueda abarcar la parte como un conjunto.

Elogió Colmo el mérito de Ihering en la utilización de la metodología, pues en su plan abarcaba la estructura, ordenación y clasificación. Y esta metodología, que en su momento preocupó a Vélez (6), mereció el calificativo de bastante científico (7).

Sobre el particular, señaló Colmo que en lo sustancial lo relativo a la metodología legislativa no había sido suficientemente considerado ni en los Códigos modernos ni en la misma legislación (8).

Agregaba que hasta esa época lo relativo a la técnica no era una cuestión muy ponderada y sugería que una abundante bibliografía se podía consultar en la obra de Géný —*Science et Méthode en droit privé positif*, t. I y notas en ps. 104/5—. Menciona también a los autores germanos Zitelman y Stammler.

Era tal su preocupación por la técnica que recuerda que todos los códigos son tributarios de la misma y requieren su adecuada aplicación para que resulten obras armónicas y científicas.

Aclara, sin embargo, que las mentalidades superiores no requieren técnica alguna, no porque la técnica sea inútil, sino porque llevan en sí mismos todo el capital intelectual de su genio.

Sostiene que la buena técnica tiene que ser flexible, debe evolucionar, pues responde a una fenomenología, como la jurídica, en perpetuo movimiento y al cual necesita amoldarse para poder interpretarla.

En un artículo publicado en el año 1915, en Madrid (9), resalta la importancia que tiene la metodología en el derecho y, en particular, en la legislación civil aludiendo al silencio que existe sobre el asunto en la generalidad de los autores y tratadistas.

Dice, de manera textual “La parte técnica, el elemento lógico del derecho, no han llamado hasta ahora mayormente la atención, como proscriptos, por los comentarios exegéticos, por los análisis jurisprudenciales, por las investigaciones históricas y por las construcciones sistemáticas, que son las formas dominantes en la expresión de la ciencia jurídica”.

---

(6) “Técnica Legislativa del Código Civil Argentino”, Buenos Aires, 1961, p. 15.

(7) Así, SALVAT, Raymundo L., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, La Ley, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 124, ap. 216.

(8) “Técnica...”, cit., p. 175.

(9) “Sobre metodología en la legislación civil”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 197, p. 457.

En el trabajo referido cita numerosos autores, Géný (10) entre ellos, especialmente su trabajo entonces en preparación resultado de su conferencia, "Science et technique en droit privé positif"; Demogue y su "Notions fondamentales du droit privé"; Alvarez: "Nouvelle conception des études juridiques et de la codification du droit civil".

Todos estos trabajos en la concepción de Colmo expresan la elaboración de la metodología pero están muy lejos de agotarla para imprimir el sello técnico y científico que le corresponde.

Agrega que la técnica jurídica se presenta como el lado artificial de la vida del derecho, lo que es propiamente constituido por oposición a lo que en él es dado; habiendo en ella alguna cosa de lo específico al derecho, en cuanto construcción jurídica debe ser dirigida en vista del mantenimiento del orden social.

#### *a) Obligaciones en general*

Entre los numerosos trabajos jurídicos de Colmo mencionaremos su brillante *Obligaciones en general* (ediciones de los años 1927, 1928 y 1944), obra donde más allá de su contenido, haremos referencia a sus distintos "Prólogos", elaborados en distintas épocas y que varían quizás en función de estados espirituales por los que atravesaba su autor.

En el prólogo a la primera edición de la mencionada obra anticipa que es el resultado de más de diez años de enseñanza de la materia "Obligaciones". Destaca que consultó, entre otros estudios, la doctrina francesa, de la que tuvo amplio conocimiento por su desempeño en Toulouse como cónsul de nuestro país y como vocal de la Cámara 1º Civil de la Capital Federal.

Señalaba en su obra: "no hay nada más evolutivo, más cambiante y más actual que el derecho de las obligaciones... y sin embargo nuestros juristas persisten en los criterios romanistas y medievales de una tradición que pesa como una lápida...".

Agregaba que "Su preocupación de fondo era amoldar el código, sin desvirtuarlo, a las características y exigencias de la vida contemporánea... a fin de que ese código no sea un instrumento de cristalización y aun de

---

(10) En la primer edición de su obra *Obligaciones en general* hemos anotado las siguientes citas al pie de página de página y numerales: sobre voluntad unilateral (p. 33); respecto del método interpretativo (nº 172 bis); acerca del derecho natural (p. 60); relacionado a las fuentes legislativas (nº 143/4); en orden a la condición (p. 75); acerca de la solidaridad (p. 74), etc.

regresión, a objeto de que ese código resulte con elasticidad necesaria para, dentro de sus tendencias de fondo y en la órbita de sus normas generales, acomodarse a la vida, en vez de que sea ésta la que haya de ajustarse a cartabones tan rígidos como anticientíficos”.

Su trabajo —aclaraba— es de derecho y no de Código, pues hay derecho que está fuera de éste. Aún dentro del Código, sus reglas son expresiones del derecho, que, buenas o malas, deben ser justificadas o criticadas, por ello alteró en parte el método del Código, que es tan deficiente y equivocado. Agrega que *procede sistemáticamente, esto es, con organismo y unidad, dentro de cada institución y en el conjunto de las instituciones, y huye del fragmentarismo, que es casuista e infecundo, que es antieducador y que no sirve para nada o poco menos* (cursiva propia) y concluye que el criterio se hace objetivo, pues inspirándose en tantos factores excluye por eso mismo cualquier sugestión, toda unilateralidad y, por encima de todo, el automorfismo.

La primera edición de esta obra fue distinguida con el premio nacional de letras del año de su publicación.

En el prólogo de la segunda edición (marzo de 1928) destaca la importancia que en la nueva versión ha tenido su experiencia judicial, lo que le hizo ver con mayor amplitud que el derecho no es cosa metafísica sino asunto eminentemente humano, de sentimientos e intereses antes que de fórmulas. Porque el derecho está destinado a regir la vida integral, es mucho más que razonamiento y lógica, que es sentimiento, acción y armonía, esfuerzos tendientes a la subsistencia y adelanto del conglomerado social.

La tercera edición de *Obligaciones en general*, impresa en 1944, está prologada por Pablo Calatayud, quien sucediera a Colmo en el sitial académico y en la cátedra. Con los años se estableció entre ambos juristas una relación de amistad.

En esta entrega el prologuista reseña algunos aspectos jurídicos de la obra y describe el perfil de su autor.

Evoca los rasgos notables de su personalidad, señalando que hablaba con claridad, método y voz enérgica; sencillez y elocuencia con la atracción de lo original, propio de un erudito.

Alaba los principios del maestro, aun “cuando los azares de la existencia sembraron su camino de rosas y piedras llenas de asperezas”.

Señalaba que estaba dotado de una memoria prodigiosa, dando a los estudiantes un derecho de realidad original, combinando una difícil

síntesis de los principios inderogables con las exigencias mutables de la vida.

Enuncia en el prólogo algunas sentencias judiciales en donde Colmo sentó doctrina y concluye afirmando que “el Código Civil no es un Código económico; es un Código de vida civil; y la vida civil se compone de cosas económicas, de cosas morales, de cosas intelectuales, de cosas políticas... etc.”

*b) El Código argentino*

Bajo este título se sintetiza una especial —por diversas razones— conferencia de Colmo con motivo del cincuentenario del Código Civil (11).

Inicia su exposición diciendo que el “acto” —conferencia— “debió ser una fiesta intelectual y apenas si es una ceremonia”; “hubo de ser un banquete científico y gracias si se limita a una pobre conferencia...” “y solo alcanza a la volante fugacidad de un conjunto de palabras”.

Sus palabras reflejan, dice, su estado anímico, que lo atribuye al desdén aparente o real, voluntario o forzado que lo vuelve descuidado e improvisador. Porque el acontecimiento del Código Civil merecía mucho más que un discurso para tan importante conmemoración: un libro de estudios de cada uno de los órdenes institucionales del Código “...Eso habría sido el punto de partida para las reformas y mejoras que el Código exige en bienes plurales y fuertes sentidos...”

Cuando se le comunicó el evento —expresa—, pensó que debía consultar a todos los interesados a los que el Código llegan cuales eran las bondades y defectos, e imaginar su futuro. Y salvo algún profesor o tribunal, nadie ha querido suministrar los datos requeridos.

De manera —dice— que lo que debió ser un eco de la objetiva realidad, no es otra cosa que una subjetiva exteriorización, donde el autor trasunta juicios personales y propios.

Advierte que en su ponencia excluirá “efectismos oratorios” o “malentendidos patrioterismos”, pues no se le encargó el panegírico del Código ni de su autor, de allí dice Colmo, que “no tenga que decir si el Código figura entre los mejores del mundo, ni se el doctor Vélez ha sido y es una lumbrera del derecho”.

Destaca que es una obra de muy poco tiempo de labor, tarea exclusiva de un hombre, un gran Código por su riqueza institucional y de prin-

---

(11) “La Revista Notarial”, nov.-dic., 1921-Nº 335-6, p. 109 y ss.

cipios, así como el acierto y previsión de muchas de sus disposiciones y concluye que estamos en presencia de un Código acertado y previsor que en su día no quedó dignamente conmemorado.

*c) Memorial de José Enrique Rodó*

En la semblanza acerca de un historial de Colmo incluimos el epistolario de un intelectual de múltiples facetas como José Enrique Rodó: poeta, filósofo, artista y crítico de arte literario, nacido en Montevideo en 1872 y fallecido en Palermo —Sicilia— en mayo de 1917.

Autor de *Motivos de Proteo*, *Vida Nueva* y *El que vendrá*, entre otras obras, se advierte en él una gran erudición, amplio criterio, ponderado pensamiento, que traduce un espíritu progresivo y una filosofía optimista.

Sus principios no son el resultado de demostraciones científicas, sino de inéditas comprobaciones históricas.

Destaca Colmo en Rodó, sus trabajos de crítica, en particular los de crítica literaria, donde manifiesta sus valiosas ideas, aguda penetración y análisis certero.

Según Colmo, Rodó produce con su espíritu y ejemplo de una alta vida especulativa, de fuerte ciencia, de mucho sentido altamente educador, de buena dosis de observación, de gran pasión por el estudio, de acendrado amor por el trabajo, de cultivada y refinada intelectualidad y de un lenguaje admirable (12).

*d) Principios sociológicos (13)*

Bajo el título *Prelusión*, Colmo anuncia que elaboró una obra que es una “honda” ampliación de un trabajo que bajo el título *Concepto de sociología* presentó en el año 1904 en la Facultad de Filosofía y Letras para optar al título de profesor suplente en la cátedra de Sociología.

En esta oportunidad es adecuado realizar un doble enfoque del estudio que se comenta: primero, una consideración del propio autor acerca de su cometido. Dice, así, que en la época de su redacción existía una imprecisión en el concepto sociológico y una complejidad en el contenido del mismo; en su trabajo realiza una síntesis de principios, de ideas “madres” en una investigación científica y no dogmática. Señala que su obra tiene el solo mérito en la decisión con que aborda problemas que por una singu-

---

(12) Cfr. “El Monitor de la Educación Común”, septiembre 30-1924, año 43, nº 621.

(13) Biedma e hijo, Buenos Aires, 1905.



lar coincidencia necesitan urgente y positiva solución ante los descuidos sobre la materia.

El libro de Colmo es meritorio por el objetivo para el que fue preparado, la edad de su autor, denotando no sólo su capacidad intelectual, sino sus profundos conocimientos, en la que entonces resultaba una árida disciplina. A lo cual se añade la vasta bibliografía utilizada.

Califica Colmo de asombroso el auge de la ciencia sociológica, la que se exterioriza en obras y doctrinas, sistematizadas en el primer tercio del siglo XIX y que resultan analizadas o citadas en su trabajo.

Un rasgo que destaca el autor es que la sociología es una ciencia de síntesis, unificadora en relación a las demás ciencias sociales, siendo su objeto el estudio de la sociedad en conjunto. Ello se sustenta en la formación genética de la sociedad, determinación de los elementos que la constituyen y funcionamiento de los mismos.

Como notas sobresalientes de su estudio se advierte la vinculación de la sociología con la biología, que es donde se nutren sus raíces y arrojando una viva luz sobre los estudios relacionados con el “análisis del hombre moral”.

Más intensas son las relaciones con la psicología, pues al ocuparse esta ciencia del funcionamiento de la mente establece sus principios fundamentales.

Respecto de la relación de la sociología con las ciencias sociales, afirma Colmo que es fuente y base de las ciencias sociales especiales; es como la ciencia madre que marca los rumbos y con arreglo al cual deben desenvolverse sus principios y efectuar sus aplicaciones el derecho, la economía, etcétera.

#### *e) Sobre la didáctica del derecho civil (14)*

En esta oportunidad, vuelve Colmo sobre el tema del título, a raíz del esquema y contenido del programa de derecho, que en suma, no es otra cosa que el “arte de enseñar”.

En cuanto a los principios y espíritu del nuevo programa de Derecho Civil es una obra sujeta a las sabias lecciones del tiempo. Presenta el sistema de derecho civil en su natural organismo, superando el hasta entonces

---

(14) “Reproducción” en *Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 9, nº 17, Buenos Aires, 2011, p. 115 y ss., trad. Liverpool, Birchall, 1913.

fragmentario casuismo. Pretende independizar a cada profesor del rigor de cartabones igualitarios y por consiguiente a hacerles realizables el juego libre de sus tendencias individuales y de sus personales idiosincrasias científicas.

Califica tal sistema de “sintético” porque apuntaba a un programa de instituciones y no de artículos del Código que no tienen sentido sino dentro del conjunto institucional del que forman parte. Pretendía así acostumbrar a profesores y alumnos, saturados de casuismo, aspirando a independizar en lo posible a cada profesor —como queda dicho— del rigor de un método estricto e igualitario.

Cree que no vivimos una época de cambio, sino un cambio de época, dirigida hacia un futuro enteramente distinto, con implicancias profundas para la educación.

El Código Civil “expresa” y no “es” el derecho; no todo el derecho está en el Código. Es que enseñar derecho exige calidades especiales. El profesor que se precie de tal sabe que enseñar el derecho no implica limitarse a la enseñanza del Código Civil.

Mantienen su vigencia las reflexiones de Risolía cuando en su *Prédica Universitaria* (15) decía que la enseñanza del derecho se impartía, en teoría, enseñando gradualmente y analizando y observando la importancia que tienen los hechos; se debe subrayar la función teleológica y el valor ético del derecho; se debe incitar a meditar y discurrir.

Sobre el ideal de la justicia, expresa Colmo, se precisarán los conceptos jurídicos y su terminología; se formularan conceptos generales y esquemas que den noción general y sistemática sobre los asuntos y se ilustrará sobre el derecho positivo, sin el error de caer en la negación propositivista.

En la faz práctica se enseñará a argumentar y expresarse; a concebir y formular la norma general o la disposición particular; a armar y sustanciar el proceso; a seleccionar y aplicar la norma que se aplica al caso; a pronunciar la sentencia, analizarla y corregirla, si cabe, para aproximarla al ideal de justicia.

El programa propuesto quedó dividido en dos partes: coordinación y subordinación del contenido y disposición metodológica de dicho contenido.

---

(15) Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974, p. 43.

La primera es intuitiva y trata de inculcar al alumno lo orgánico y sistemático de medio a fin de la materia civil; ello no excluye las divisiones metodológicas del plan de estudios.

En cuanto a la segunda, alude al método del Código que, como ya se anticipó, se decidió no cambiarlo.

Colmo formula un significativo interrogante: ¿por qué el programa es de derecho y no de Código?

Un programa es una obra didáctica y no legislativa, siendo necesario formular un programa de derecho y no de Código Civil; que tal como se dijera, el Código no constituye el único objeto de estudio, pues reiteramos, el mismo no agota el derecho.

En esta oportunidad, Colmo formula dos sabias afirmaciones: la primera la facultad hace “ciencia”, no es un instituto de Códigos, sino de ciencia jurídicas, para lo cual es indispensable aquella sistematización, unificación y reducción de los principios.

La segunda es el “principio jurídico”, gran objetivo de toda enseñanza de derecho: punto de partida de todo análisis jurídico; “la tarea de deducción y de contraprueba, determinada por las aplicaciones que de aquél se haga, es propia de la ciencia”.

Lo didáctico debe prevalecer sobre lo científico, pues el alumno debe razonar, más que recordar se trata de despertar las aptitudes del mismo; mostrar el derecho en el consenso de todas interferencias, haciendo resaltar lo natural y viviente de su contenido y de su acción; huir del palabrerío y hacer comprender más que conocer, dignificar en suma al derecho, a la institución y al alumno en una obra que debe ser producto de la inteligencia y de la lealtad del profesor.

Unificar, coordinar, generalizar, no es todo un programa ni una ciencia, es el medio que permite alcanzar el fin práctico y cuyo resultado es la simplificación.

No hay programas, sino hombres o, si se prefiere, hay tantos programas como profesores.

La Comisión tuvo que decidirse por un plan y optó por el que correspondía al Código Civil alemán, última expresión legislativa del derecho civil contemporáneo y cuyas raíces son fáciles de encontrar en nuestro mismo Código, en Freitas, en Savigny y en casi todos los pandectistas y civilistas de la época. Hay que agregar a los franceses, aun al moderno Huc,

que siguen al pie de la letra el plan vetusto e incorrecto del Código Napoleón. De éstos, sólo Aubry y Rau y, en buena medida, Baudry-Lacantinerie han adoptado un método científico, si bien un tanto personal y fuera de lo que es casi la *communis opinio* entre los grandes maestros, a cuya categoría aquéllos pertenecen.

Dicho plan comprendía, en síntesis, los cuatro cursos siguientes: 1º Elementos del derecho civil (el derecho y la ley, aplicación y retroactividad de ésta, sujeto y objeto del derecho, actos jurídicos); 2º Derechos reales; 3º Derechos de las obligaciones; 4º Derecho de familia y sucesiones.

Colmo sabía que el alumno aspira al diálogo y a través del cual se le enseñará a descubrir los principios y los conceptos elementales y fundamentales del orden jurídico; a formular las normas, a resolver los casos, a tratar los problemas, a indagar las soluciones, a manejar, en fin, los recursos conceptuales e instrumentales del pensar y del obrar jurídicos.

Recuerda que lo programado son “cursos para estudiantes y no para sabios” y que, por consiguiente, lo didáctico debe prevalecer sobre lo científico. Y se debe acostumbrar al alumno a razonar, más que a recordar: despertar las aptitudes del mismo, mostrar en el consenso de todas sus interferencias, haciendo resaltar lo natural y viviente de su contenido y de su acción; huir del palabrerío dialéctico y formal, hacer comprender más que conocer; asignar a la ciencia lo que le pertenece, dignificar, en suma, al derecho, a la institución y al alumno en una obra de inteligencia, de vuelo, de realidad y de provenir.

Dice Colmo “bien podría poner mi propio ejemplo en apoyo de lo dicho...”. Fui educado, recuerda, “en mi paso como estudiante por la facultad dentro del sistema tradicional que vengo criticando. Así resultó mi cultura: de palabras, de memoria y de insignificancias”.

En cuanto al método didáctico, se exige la activa participación del estudiante en el curso. Opina que hay que comenzar a hacerle comprender el principio, y hasta por hacer que sea él mismo quien lo descubra y lo vea.

No debe olvidarse —dice Colmo— que la misión del profesor, así primario como superior, no consiste en enseñar propiamente, vale decir, en convertir al estudiante en fonógrafo viviente de sus lecciones, sino en orientar, encauzar y dirigir: el profesor no enseña en rigor, educa, que no es lo mismo, sino que es mucho más importante.

Enseñar, dice Colmo, es exponer, explicar, suministrar los resultados que el profesor ha obtenido; servir, en suma, un plato intelectual que no

hay más que deglutir, por mucho que la digestión posterior resulte viciada de hipoclorhidria cerebral y de la pereza nerviosa más pronunciada, cabalmente, en razón de tratarse de cosas inasimilables.

“Educar” es bien distinto. Es despertar inquietudes, es poner en juego el capital intelectual del alumno, es desenvolver las aptitudes de éste; es, en síntesis, contribuir a la aparición de una personalidad.

En otro pasaje de su exposición sostiene la necesidad de los trabajos prácticos de parte de los alumnos que constituye la parte vital del derecho.

Sostiene Colmo que el “derecho no se localiza en los libros, sino en la realidad”. Debe irse a lo vivo y no traicionar el espíritu del estudiante con supuestos de mera abstracción que no traducen la naturaleza; hay que “ver” el derecho y no “leerlo”. Hay que mostrar lo que es en los tribunales, en las instituciones y hasta en la calle.

Insiste en que el alumno debe estar en condiciones de llegar a la verdad oculta: que “él” observe, que “él” experimente, que “él” razone, porque no hay, ni puede haber, otra solución psicológicamente adecuada y educacionalmente decente. Señala que se tiene “como” el presentimiento del valor del trabajo práctico, pero no se posee el sentido de las “nuances”, no se tiene la noción de la justa medida.

Jerarquiza el valor de los trabajos prácticos, sea cual fuere el método fundamental que se siga, la sistematización y un criterio que se encuentran un poco más arriba de lo incidental y pequeño. Para obtener el fin propuesto, dos cosas principales hay que tener en cuenta: habilitar al alumno para poder aplicar las nociones adquiridas; acostumbrarlo a ver en el derecho la realidad positiva de su carácter y vida.

Agrega Colmo que lo relativo a trabajos prácticos no puede llegar a absorber el tiempo y la importancia de la teoría. No hay que olvidar que los cursos son numerosos y que no es posible que todo el mundo pueda concurrir, en cualquiera de los supuestos, con su colaboración. Precisa restringir, entonces, la amplitud correspondiente en los casos —como los de investigación y conferencias verbales o escritas— en que la dificultad se presente.

En suma, que cada profesor deponga sus prejuicios y su amor propio ante las exigencias sagradas de la causa de la educación y se identifique con su materia y con su curso.

*f) Técnica legislativa del Código Civil*

Una de las obras más notables de Colmo, donde exhibe claridad de pensamiento, originalidad, precisión y rigor científico, es *Técnica legislativa del Código Civil*.

No obstante que al decir de Risolía, Colmo inventaría diversas locuciones en un libro de “raro mérito” (sic) (16).

La lectura de la obra manifiesta su dimensión extraordinaria, sobre todo por la época de su redacción y que proyectada en el tiempo se revela como única en su género.

El autor analiza la técnica del Código y concluye: “se dirá que es un Código bueno, hasta excelente”. Respecto a Vélez comenta: “que resulta disculpable su legítimo orgullo: todo aquél que vale es orgulloso, sin que esto importe justificar la ostentación o la vanidad de su orgullo”. Y su trabajo en soledad explica el doble contenido de su Código: “su fuerte valor de fondo y sus numerosos traspies de detalle”.

Colmo considera a Vélez un hombre superior desde el punto de vista intelectual y práctico, y la aprobación a libro cerrado del Código confirma estas excelencias.

A propósito de la técnica, señala Colmo que todos los códigos entrañan el problema técnico de su elaboración a fin de que resulten obras armónicas y eficientes, en las cuales el máximo de los fines pueda ser obtenido con el mínimo de los medios.

Analiza cuales son los objetivos técnicos de un Código, siendo el más importante el de la seguridad de los derechos y de las situaciones jurídicas conexas. Seguridad que no debe llegar a la cristalización, pues un código es no sólo un instrumento de seguridad, sino también un órgano activo en perpetua actividad. En suma —dice—, la evolución del mundo y la vida, determinada por una suma de factores de todos los órdenes, tiene que acarrear una concomitante evolución en el derecho, *so pena* de que éste no responda a su época ni a su medio y de que, así, resulte una traba o una rémora, en vez de ajustarse a las modalidades que debiera traducir, para no llegar a lo más alto de las mejoras que debería preparar y fomentar a fin de ser efectivamente un órgano de previsión y de progreso.

Desde otra perspectiva, resulta admirable y alentador comprobar como a principios de siglo Colmo experimentaba preocupaciones e inquietudes análogas a las que exhiben los especialistas que hoy se enrolan en las más

---

(16) “Derecho y lenguaje”, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, N° 15, p. 10.

progresistas tendencias en el campo de la ciencia jurídica, particularmente con relación al fundamental problema del método.

Acerca de éste último señala que su contenido abarca el plan, la estructura, la ordenación y la clasificación. Y es esta metodología, la que inquietó a Vélez (17) y si bien se ha calificado su método como bastante científico (18), también Colmo se ocupó de la cuestión desde el año 1909, no sin advertir que lo relativo a la metodología legislativa no mereció consideraciones “ni en los códigos ni en la misma legislación” (19).

La metodología —expresa— tiene la *virtud que significa cualquier plan y toda clasificación sistemática de cosas afines* (cursiva nuestra): establece un orden, al subordinar las instituciones con arreglo a sus caracteres más extensos y menos comprensivos; muestra la filiación de las mismas, al hacer resultar cuáles son los géneros y cuáles son especies; patentiza las afinidades y diferencias mutuas; da sentido orgánico e integral al conjunto de todas las instituciones, en cuanto revela la unidad de fondo que implican y a las que deben responder.

La metodología es tan indispensable en un Código —subraya— como en una obra de ciencia, aunque no responden a idénticos fines. Por lo demás, no hay un Código que no tenga su plan.

El análisis de Colmo es una racionalización jurídica. Más allá del análisis cuidadoso que efectúa del Código Civil, analiza lo que denomina “superfetaciones” (transgresiones y/o repeticiones parciales), no sin destacar que la obra de Vélez implica una técnica externa —el medio— y una interna, la más compleja, que abarca claridad en el lenguaje y pensamiento bien expresado, giros y fórmulas que tengan fijeza y sentido invariable de manera que se utilice “un solo término o giro para traducir una idea” y en lo posible un lenguaje que se aproxime al corriente.

### g) *La justicia*

La obra póstuma de Colmo es *La Justicia*. La edición que consultamos es del año 1957.

En su introducción, el autor informa que su libro contiene una serie de artículos publicados en el diario *La Nación* entre los años 1924 y 1927.

---

(17) “Técnica legislativa”, cit., p. 19.

(18) SALVAT, Raymundo L., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, La Ley, Buenos Aires, 1947, t. I, p. 124, ap. 216.

(19) Ob. cit., p. 175.

Anticipa que “el problema de la justicia es de toda majestad” y cuando se trata de una persona que ha sido magistrado durante una decena de años, entonces el deber se hace doble: “al hombre se agrega el funcionario, pues la idea está fecundada en su aplicación, la palabra y la prédica son fruto de hechos y observaciones de hechos con que se amasa la objetiva y compleja realidad”.

Y las ideas que propone son propias, no son sugeridas por lecturas y libros, sino por otros espíritus.

Como todas las advertencias, las máximas breves a las que alude Colmo son las que más enseñan. “El gran libro de la realidad es tan rico que hace innecesarios todos los libros”.

Nuestro autor hizo de la función judicial un culto o en sus palabras: “placer espontáneo que lo elevaba, como el que debe sentir quien, ungido de la fe religiosa comulga ante un altar con el Dios de su creencia”.

En su opinión, la justicia es cosa de hombres, es creación del espíritu humano, es función de la vinculación en sociedad, es regulación de conducta humana y cuando se pretende trasladarla a las cosas, se incurre en un evidente defecto antropomórfico, en cuya virtud se querría que las cosas se condujeran como nosotros en el sentido de nuestros deseos o necesidades, y con flagrante violación de las leyes intrínsecas que determinan sus acciones y reacciones.

A propósito de la “justicia eterna”, la entiende como aquella que gobierna no sólo al Estado, sino también al universo con el triple carácter de invariable, infalible y segura.

En su opinión debe omitirse en la consideración de la justicia todo cuanto exista de extra humano o, *a fortiori*, de súper humano, o de mágico: lo no humano se rige por principios de objetivo determinismo, de riguroso causalismo, en nada de lo cual entra lo psicológico de las aspiraciones e ideales del hombre o lo social de las exigencias de armonía, cooperación y paz de las entidades políticas que éste forma, siempre en demanda de una más adecuada regulación de la conducta; esto es, de una mejora colectiva en el dinamismo y en la progresiva espiritualidad del agregado.

Para él, la verdadera justicia conmutativa jamás puede hacer caso omiso de la justicia de las leyes y códigos de la justicia distributiva.

Quien desee conocer la justicia a través de su evolución histórica deberá trazar la historia del mundo y formular el plan integral del dinamismo hu-



---

mano, pues, “como el sol en lo físico, la justicia sale para todos y está poco menos que en todo”.

La Biblia es para Colmo directa o indirectamente la inspiradora de buena parte de nuestras ideas morales, no sólo en letras y artes, sino también en la misma política de la conducta privada y pública. Cita algunas máximas contenidas en el Pentateuco y en alguna Epístola de San Pablo.

Mucho es lo que hay de la justicia en la historia de la civilización. Ya en la cultura griega, verbigracia, las *Memorias* de Jenofonte; la *Antígona* de Sófocles, se destacan por encima de las leyes humanas, las “leyes no escritas”, leyes eternas que sólo pueden enseñar sobre la divinidad. También mucho es lo que se encuentra en Aristóteles, especialmente en su *Política* y en la *Ética a Nicomaco*, y Cicerón, creador de la conocida frase “summun jus summa injuria”.

Menciona a Santo Tomás, quien contempla la justicia, en particular, en la segunda parte de la *Suma Teológica*.

Adopta la definición de justicia del Digesto romano, que concuerda con la de Cicerón en su obra *De República*, distinguiendo sus varias especies y formas, especialmente la distributiva y la conmutativa. La compara con la equidad y la incluye entre las cuatro virtudes cardinales, juntamente con la prudencia.

En la segunda parte de su introducción evoca distintas y destacadas personalidades, exhibiendo un erudito conocimiento de sus historias y que contribuyeron a precisar el concepto de justicia.

Y de tal manera expresa: “Entremos en el ámbito de la filosofía, si bien con criterio de toda limitación”.

Aclaremos que citamos de la obra de Colmo las notas relevantes de los autores que invoca, habiendo nosotros completado algunos aspectos y singularidades de cada una de las respectivas biografías, de manera de asignar un criterio más orgánico al trabajo.

Comienza su exposición parafraseando a Platón quien —en su obra *La República*— asigna a la justicia la virtud suprema del individuo y cuya persecución es un fin primordial del Estado.

Menciona luego a Aristóteles y su *Política*, en la cual distingue a la justicia material y formal para proseguir con *La Ética Nicomáquea*, donde

evoca la justicia natural y la justicia legal que pueden confluir en la legalidad (20).

El realismo político está presente y representado —entre otros— por Nicolás Maquiavelo (1469-1527), entre cuyas obras destacamos a *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, donde abunda en las invocaciones de principios éticos, que abandona luego en *El Príncipe*, aun cuando describe como mejor forma de gobierno a una república y siendo un notable teórico político del Renacimiento, acuña la máxima: “si una persona desea fundar un Estado y crear sus leyes debe comenzar por asumir que todos los hombre son perversos y que están preparados para mostrar su naturaleza, siempre y cuando encuentren la ocasión para ello”.

Colmo recuerda que Maquiavelo pensaba que “las nociones de moral y de justicia pasan a plano algo más que secundario”.

El otro autor que cita Colmo es Thomas Hobbes (1588-1679), recordado por sus profundas obras sobre filosofía política, historia, geometría, teología, ética, filosofía general y ciencia política.

Destaca entre ellas a el libro *Leviatán*, un manual sobre la naturaleza humana y cómo se organiza la sociedad, siendo el origen del Estado, el pacto que realizan las personas entre sí, mediante el cual se subordinan desde ese momento a un gobernante, quien a su vez procura el bien de todos los súbditos y de sí mismo.

Ve en el hombre “un lobo para el hombre” y ulteriormente postula el principio pragmático que induce a la unión entre los hombres, para evitar “la guerra de todos contra todos” (21).

Los cartesianos fueron más psicólogos y metafísicos y las máximas éticas de Descartes (1596-1650) son de orden individual. Hizo famoso el principio racionalista (*cogito ergo sum*: pienso luego existo).

Su método filosófico y científico, que expone en *Reglas para la dirección de la mente* y más explícitamente en su *Discurso del método*, establece una clara ruptura con la escolástica que se enseñaba en las universidades. Su método se caracteriza por su simplicidad —en su *Discurso del método*, únicamente propone cuatro normas— y pretende romper con los interminables razonamientos escolásticos. Toma como modelo el método ma-

---

(20) Cfr. SOTO, Luis G., “Teoría de la justicia e idea del Derecho en Aristóteles”, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 195 y ss.

(21) COLMO, “La Justicia”, cit., p. 31.

temático, en un intento de acabar con el silogismo aristotélico empleado durante la Edad Media.

Otro autor citado por Colmo (22) es Baruch Spinoza (1632-1677), filósofo racionalista, seguidor —en parte— de Tomás Hobbes, y se lo considera precursor de J. J. Rousseau. Una de sus obras fue *Tratado teológico-político* (1670), donde establece como organizar la justicia. En su libro *Ética*, publicado luego de su muerte, dirá que la justicia sólo surge en el estado civil y no en el natural de las relaciones humanas.

Menciona también a Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716), considerado uno de los grandes pensadores de los siglos XVII y XVIII, y se le reconoce como “El último genio universal”, habiendo realizado profundas e importantes contribuciones a la metafísica, epistemología, lógica, filosofía de la religión, matemática, física, geología, jurisprudencia e historia.

Escribió dos obras relativas a la justicia: *De rationibus juris et justitia* y *Methodus nova descendae docendae que jurisprudentiae*.

Para Leibniz la justicia estricta o conmutativa corresponde al *neminem laedere*; la equidad o legalidad de la justicia distributiva (*suum cuique tribuere*) y la piedad al *honeste vivere*. La justicia llega a ser —para él— la virtud eminente pues entraña la benevolencia, a la que denomina “caridad del sabio”.

También cita a algunos filósofos franceses como Jean de La Bruyère (1645-1696) y François de La Rochefoucauld (1613-1680); son citados por Colmo por haber expresado sus reflexiones sobre la justicia.

El primero fue escritor, ensayista, poeta y abogado; también se desempeñó como preceptor del duque de Borbón y con un estilo directo y particular escribió una serie de escritos vinculados con la justicia y la magistratura y que integran su libro *Caracteres*.

En cuanto al segundo, escribió, entre otros, sus *Máximas*, donde efectuó juicios críticos sobre la función de la justicia.

Se refiere Colmo, asimismo, a Juan Bautista Vico (1668-1744), agudo filósofo e historiador que se propuso formular los principios del método histórico, basándolos en tres premisas: 1) determinados períodos históricos tiene características semejantes entre sí, aunque varíen los detalles; 2) establece un orden en los ciclos históricos: fuerza bruta, fuerza heroí-

---

(22) “La Justicia”, cit., p. 31.

ca, justicia, originalidad deslumbrante, reflexión destructiva, opulencia, abandono y despilfarro; 3) la historia no se repite, no son ciclos cerrados, más bien una espiral creciente que crea nuevos elementos.

Es autor de varios libros, destacándose entre otros, *Principios de la Filosofía de la Historia*, siendo su punto de partida la cuestión de la verdad y establece el nexo entre la verdad y la producción, según el cual la única verdad que puede ser conocida radica en los resultados de la acción creadora, de la producción.

Distingue la justicia de la virtud, si bien ambas nacen de la razón natural tienen un fondo común y en suma se confunden.

John Locke (1632-1704) merece también su atención, como influyente pensador considerado “Padre del Liberalismo Clásico”, seguidor de Bacon, con actuación descollante en la teoría del contrato social. Sus contribuciones al republicanismo clásico se vieron reflejadas en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos.

Su ocupación fue la de médico, pero se destacó como gran filósofo y autor de numerosas obras y ensayos, algunos de ellos de carácter póstumo.

Sostenía que la soberanía provenía del pueblo; que la propiedad, la vida, la libertad y el derecho a la felicidad son derechos naturales de los hombres, anteriores a la constitución de la sociedad.

El Estado tiene como misión principal proteger esos derechos, así como las libertades individuales de los ciudadanos, pero —dice Colmo— (23) “su espíritu liberal y su buen ojo clínico en materia de propiedad, trabajo, poder legislativo no se revelan en punto a justicia”.

Luego es el turno de uno de los filósofos y ensayistas más relevantes, en especial por su construcción de la teoría de la separación de poderes: Charles Louis de Secondant, señor de la Brède y barón de Montesquieu (1689-1755).

Su pensamiento debe ser enmarcado dentro del espíritu crítico de la Ilustración francesa y que se manifiesta en doctrinas sobre la tolerancia religiosa, la aspiración de libertad y su concepto de felicidad en el sentido cívico, si bien se distingue de otros autores de la época por su búsqueda de un conocimiento más concreto y empírico en oposición a la abstracción y método deductivo dominantes.

---

(23) “La Justicia”, cit., p. 32.

---

Autor de las *Cartas Persas* descolló asimismo como filósofo, novelista, sociólogo, poeta y abogado.

Las *Cartas Persas* se publican en el año 1721 donde sostiene que la justicia es toda una función y un poder de Estado, que se correlacionan con los otros poderes y ocupan un lugar de preeminencia.

Es el turno de Voltaire (1694-1778), en las preferencias de Colmo, siendo su nombre real François Marie Arouet, notable ensayista y filósofo.

Entre otras obras redactó en 1764 *Tratado sobre la tolerancia* y luego su *Diccionario filosófico*; Colmo (24) nos recuerda que llegó “a intervenir como el abogado” en el caso Calas y el de La Barre, que estaba acusado de impiedad, defendiendo la tolerancia y la libertad frente a todo dogmatismo y fanatismo.

Alcanzó la celebridad a raíz de sus escritos literarios y filosóficos. No veía oposición entre una sociedad alienante y un individuo oprimido, idea defendida por Rousseau y creía en un sentimiento universal e innato de la justicia, que tiene que reflejarse en las leyes de todas las sociedades.

De Locke toma el principio de su moral: la labor del hombre es tomar en su mano su propio destino, mejorar su condición, garantizar, embellecer su vida con la ciencia, la industria, las artes y con una buena política de las sociedades. Así la vida no sería posible sin una convención donde cada uno encuentra su lugar. A pesar de que se expresan por leyes particulares en cada país, la justicia, que asegura esta convención, es universal.

Admira también Colmo a Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) y sus ideas políticas, las que influyeron en gran medida en la Revolución francesa. Desarrolló las teorías republicanas y el crecimiento del nacionalismo. Se destacó como escritor y filósofo. Su figura de pensador radical y revolucionario está expresada en dos frases suyas, una contenida en *El Contrato social*: “el hombre nace libre pero en todos lados está encadenado” y la otra es de *Emilio*: “el hombre es bueno por naturaleza”.

En el *Contrato Social* sostiene que el poder que rige a la sociedad es la voluntad general que mira por el bien común de todos los ciudadanos. Este poder sólo adquiere vigencia cuando cada uno de los miembros de una sociedad se une mediante asociación bajo la condición de que cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general y cada miembro es considerado como parte indivisible del todo. Plantea que la asociación asumida por los

---

(24) Ob. cit., p. 33.

ciudadanos debe ser “capaz de defender y proteger con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada uno de los asociados, pero de modo tal que cada uno de éstos, en unión con todos, solo obedezca a sí mismos y quede tan libre como antes”.

El contrato social le abre paso a la democracia de modo tal que todos los miembros reconocen la autoridad de la razón para unirse por una ley común en un mismo cuerpo político, ya que la ley que obedecen nace de ellos mismos. Esta sociedad recibe el nombre de República y cada ciudadano vive de acuerdo con todos. En este Estado son necesarias las reglas de conducta creadas mediante la razón y reflexión de la voluntad general que se encarga de desarrollar las leyes que regirán a los hombres en la vida civil.

Para Rousseau es el pueblo, mediante la ratificación de la voluntad general, el único calificado para establecer las leyes que condicionan la vida civil. Comparte la idea de que toda justicia viene de Dios y hay una justicia universal emanada de la sola razón y a pesar de reconocer que la justicia debe ser reducida a términos sociales y civiles por el hombre, no le asigna función eminente.

La misión protectora de la sociedad para dicho autor, creada por el “pacto social”, se agota con las leyes y su ejecución, lo que no deja de extrañar en quien afirma que el tránsito del estado de naturaleza al estado civil se resuelve para el hombre en la sustitución del instituto por la justicia. Es que para Rousseau, dirá Colmo (25), la función judicial es un mero aspecto de la ejecutiva.

Otro autor y filósofo citado es Immanuel Kant (1724-1804), cuyas obras principales son *Crítica de la razón práctica*, centrada en la ética; la *Crítica del juicio* en la que investiga acerca de la estética y la tecnología y *La metafísica de las costumbres*.

Filósofo prusiano de la Ilustración, es el primero y más importante representante del criticismo y precursor del idealismo alemán; ha sido considerado como uno de los pensadores más influyentes en la historia de la filosofía universal.

Decía que la experiencia, los valores y el significado mismo de la vida serían completamente subjetivos si no hubiesen sido subsumidos por la razón pura y que usar la razón sin aplicarla a la experiencia nos llevaría inevitablemente a ilusiones teóricas.

---

(25) Ob. cit., p. 34.

No define el derecho sino por su exterioridad y se manifiesta más categóricamente en el derecho a castigar, función reparadora, pues el derecho, expresión y base de libertad, debe restablecer cualquier libertad violada, sin ninguna consideración final y por el solo hecho de que se la ha afectado.

Luego de este breve panorama doctrinario y con las aclaraciones efectuadas, una lectura profunda de los distintos autores citados dan cuenta que en la época de redacción de la obra central, su autor —Colmo— revela ser un erudito en todos los grados del saber y que nos ilustra, aun hoy, en una materia de permanente actualidad.

A propósito de su obra *La Justicia*, destacamos algunos contenidos, donde Colmo en cuanto esclarecido pensador, rescata en la tradición y en la justicia el auténtico marco moral del “deber ser” de una sociedad.

El capítulo primero lo dedica a “la función de la justicia”. En el desarrollo de su análisis nuestro autor se manifiesta como un inquieto humanista, que más allá del virtuosismo con que manejó la ciencia en la cual era un insigne especialista, buscaba descender y ascender a las verdades últimas del ordenamiento jurídico, según las exigencias morales del obrar ciudadano y acorde al destino transcendente del hombre en su vida individual y social.

Opina que la justicia es expresión de vida. Y esta no tiene nada de unilateral: por lo mismo, la caracterización simplificada debe ser comprensiva, de latitud bastante que nada deje fuera de su ámbito y de precisión adecuada que excluya la indeterminación o lo vacío del sentido.

Cuando se comprenda —concluye Colmo sobre este tema— que por encima de pequeños textos menos mal concebidos que expresados, están los aludidos grandes principios, sedimento ineludible de cualesquiera leyes; cuando se sea capaz de una jurisprudencia superior y creadora, que contemple el derecho en lo complejo de su dinamismo, bien lejos del espíritu formulista y del errado simplicísimo, según el cual todo se resuelve en la operación lógica de un silogismo, en cuya virtud se encasille el caso ocurrente en tal o cual precepto legal y cuando todo ello se practique se tendrá una noción más cabal de la justicia.

Y cuando se logre hacer entrar en la conciencia colectiva, mediante decisiones que prevengan o impidan las contiendas o que resuelvan las que subsistan con criterio que siempre sancione la verdad efectiva y haga comprender lo peligroso de los pleitos y lo firme de las soluciones priva-

das, entonces se habrá realizado un ideal: la mejor justicia es la que tiende a hacer inútil o innecesaria a la justicia.

En el capítulo segundo, bajo la denominación “Administración de justicia” y otros temas trata la “justicia negativa”; la “justicia objetiva” y la “justicia preventiva”.

Bien señala que “la administración de justicia” por encima de todo es un asunto de ética, de austera honestidad y de permanente acomodación del derecho a la moral sobre la base de un intenso sentimiento de justicia. También subraya que es un asunto de cultura, de ilustración, de talento, de noción del derecho dinámico y vivo de los intereses y la realidad, muy por encima del derecho, palabra y fórmula.

Elabora el concepto de la que denomina “justicia negativa” recordando a Nietzsche quien decía: “detesto las morales que dicen no y se resuelven en prohibiciones de no robar, no matar y todo el resto”.

Asigna a la sentencia un profundo valor y la justicia negativa, sobre todo la que pronuncia inconstitucionalidades, es de carácter excepcional.

A propósito de la “justicia objetiva,” señala que no marchara rectamente y se desautorizaría sin remedio, pues traicionaría a su principio informador.

Y la justicia inflexible que aplicara a toda la misma norma entrañaría una positiva injusticia: *summum jus summa injuria*.

Cierra el capítulo diciendo que independizar al magistrado de cualquier influencia es tarea primordial, pues la experiencia nos prueba que no todos están en condiciones de lograrla por ellos mismos; un fallo tendrá mayor mérito cuando más impersonal sea y la justicia será tanto más alta y antigua cuanto más objetivamente se cierna, allá en la región superior, ajena a los perjuicios y subjetivismos, de lo consiguientemente cierto y de lo esencialmente parejo.

En el título “justicia preventiva” advierte que no es de hoy el dicho de que prevenir es mejor que reprimir. Tal máxima la vincula Cesare Beccaria a la justicia penal, su valor —general— es indudable. Bien dice que litigar es un mal de no escasa intensidad, además de la pasión que suele entrañar en los pleitos con derechos contrapuestos e insume tiempo y gastos, acarrea la natural preocupación por la solución final, que no es raro que se resuelva en una especie de acertijo. Impedir un juicio y sobre todo un pleito, si ello es posible, es un gran remedio. Por lo mismo, la justicia que



no propenda a hacer innecesaria la justicia es una justicia a medias, vale decir, una justicia deficiente y mala.

En el capítulo tercero, con el título “Importancia de la Justicia”, trata aspectos que hacen a la significación del tema esencial, “Importancia de la Justicia”, donde la actividad del magistrado entraña “la virtud altruista por excelencia”.

*h) El tema universitario y la educación*

Los estudios y ensayos de Colmo no sólo se limitaron al esquema y análisis detallado del Código Civil, disciplina por la que profesaba una profunda y marcada dedicación, sino que sus preocupaciones por otras ciencias no reconocieron fronteras.

La vasta materia universitaria y lo relativo a la educación fueron motivos de su interés. A estos temas le dedicó distintos ensayos donde bregaba y reiteraba que en la enseñanza de cualquier disciplina se ha de empezar por un análisis sereno de su estructura y de sus principios, destinados a una persona moralmente sana, en la que su naturaleza excede la dimensión de sus cometidos y que su pasar por este mundo, es para un destino trascendente que no se agota ni concluye en sí mismo.

En sus obras sobre lo que denomina “Universitaria facultad de derecho” no sigue una cronología precisa, advirtiéndose a través de la narración sobre diversas asignaturas su erudición.

La multiplicidad de ensayos sobre la materia citada corresponde a la primera década del siglo XX.

Corría el año 1905 y a floraba una tendencia, sin mayor fundamento, para suprimir la universidad y limitar a las diversas facultades los estudios universitarios.

Esta tendencia ideológica condujo a que Colmo en 1906 elaborara un ilustrado estudio: ¿Universidades o facultades? (26), que enfrenta la opinión que persigue la disolución de la universidad y dando cauce a un proyecto pontífice que buscaba otorgar autonomía financiera y científica a las facultades, suprimiendo, así, el consejo superior y rectorado universitario.

Pero la universidad, al igual que toda organización, supone un régimen único y así un criterio fundamental también único para desarrollar su vida académica.

---

(26) Coni Hnos., 1916.

La autonomía es una cosa ponderable, mas no siempre. Hay que poder y saber usar de ella. Hablar de autonomía del corazón respecto a los pulmones, resulta un exceso y desvarío. En nuestra vida institucional más honda y más amplia los ministerios no conocen ese régimen: hay vinculaciones recíprocas, congruentes, correlaciones y subordinación conjunta a la dirección fundamental del primer magistrado.

Pero en realidad, más que autonomía se pretendía independencia, lo que no es autonomía, sino completa extrañeza de objetiva independencia, que no es lo mismo. Y no existe razón para ello y tal era la idea por la que luchaba Colmo.

Universidad significa lo universal de los estudios superiores, el complejo de las ciencias que forman las mentes más que doctas, capaces de abordar los problemas más hondos y vastos de la vida humana.

La independencia de las facultades no tiene un aspecto formal.

Agrega Colmo: “si no logro convencer pues es difícil desarraigar prejuicios, queda planteado lo delicado que es el tema”. Agregaba “quiero para mi país universidades que sean la fragua de los hombres que han de regir los destinos del mismo, con amor, con respeto, con ilustración y que así sean foco de los sentimientos más altos del hombre en las virtudes solidarias y en el patrimonio hondamente sentido, manantial de ciencia que dignifica y que al idealizar enaltece y es cuna de los profesionales que ejercen, más que una función social, un sacerdocio colectivo, al regentear intereses, honras y vidas de toda una población”. Y parafraseando a Renan dice: “concluiré en mi voto: quiero universidades de las cuales pueda decirse: *La batalla de la incuria argentina se ganó en las universidades nacionales*” (cursiva nuestra).

La enseñanza del derecho, sostiene una vez más, debe responder al objetivo de formar profesionales y desarrollar el conocimiento científico, posibilitando de tal manera la investigación y el progreso técnico.

El derecho es ciencia y arte: la Facultad de Derecho es un instituto de ciencias jurídicas no de Códigos para lo que se impone la sistematización, unificación y reducción a principios.

La ciencia del derecho estudia el amplio campo del derecho en aras de instaurar una tutela de la vida y otros valores humanos.

Y el derecho en cuanto ciencia requiere un método que guíe a la verdad, y en cuanto arte exige una técnica que procure su realización.

El método jurídico tiene dos significaciones: es el cauce para clarificar y definir los principios y conceptos del derecho y es el método integral que abarca todas las expresiones del derecho, inclusive el esfuerzo y la preponderancia de lo didáctico.

A propósito de la instrucción, educación y enseñanza del derecho, misión del profesor primario como superior, no es tarea del mismo convertir al estudiante en un fonógrafo viviente de sus lecciones, sino en orientar, encauzar y dirigir.

Educar es movilizar el capital intelectual del alumno, desarrollando las aptitudes del mismo; es, en síntesis, contribuir a la eclosión de una personalidad que se manifiesta y afirma.

Comentaremos a continuación algunos pasajes de *La cultura jurídica y la facultad de derecho* (27), obra que comenzó a escribir a fines de 1912 y donde procura determinar la conducta del universitario “en la formación, que naturalmente le incumbe en las relaciones que le son propias, de los hombres dirigentes del país y a la luz de criterios de todo orden”. Confiesa que los preparativos del trabajo debieron ser modificados en más de un sentido: “para darle tono más científico, para imprimirle mayor organismo, para intensificar el análisis y para ampliar las demostraciones y los mismos desenvolvimientos de las premisas”.

Sin perjuicio de lo expuesto, “en su caso, se aporta al efecto buena intención y consagración decidida”: “la facultad, la universidad y la educación constituyen mi gran obsesión —decía— y mi cariño más espontáneo, nada de más importante para la consolidación y la compleja preparación de todas las clases de su caótico elemento étnico, que la tarea educacional de la formación y de la integral cultura de sus hombres”.

Lo que sostiene Colmo no es un principio aislado, ni el corolario de una intemperancia circunstancial: es parte de un problema mayor llamado universidad argentina, y su solución se alcanzará en la medida en que se resuelvan convenientemente las cuestiones que hacen a la estructura y organización de aquélla.

Las circunstancias en cuya virtud tanto necesitamos la cultura jurídica —consideraba— es para cimentar la ciencia jurídica, dar impulso a la investigación de los consiguientes problemas, tanto más difíciles cuando convienen a un país en formación y sin horizontes definidos en el derecho y en las leyes, promover la alta cultura universitaria para salir del fárrago

---

(27) OTERO, 1915.

de los estudios “colegialescos” y de los subalterno de la actividad eminentemente curial de los practicones vulgares, sedimentar un ideal científico y filosófico que aproxime a las síntesis orgánicas y superiores del pensamiento; es querer algo bien sano y levantado, y es dar oídos a exigencias ambientales que claman contra una cantidad profesional que es la antítesis misma de la selección y de la calidad.

Nuestra universidad —agregaba— debe hacer sentir su acción en el funcionamiento y en la eficiencia de la Facultad Jurídica.

Recuerda que en los países de buena tradición, la universalidad “universitas”, universalidad del conocimiento y de su respectivo estudio, es un templo de ciencia, un taller de investigación de los problemas que conciernen a cada nación.

La universidad exige que se piense —sostenía— y se proceda con espíritu universitario y, entre otros factores, se debe enaltecer la verdad, la libertad y la justicia.

Su misión pedagógica es formar al hombre culto y hábil, el hombre de saber y de virtud que honra al país.

Cabe concebir, a su juicio, a la universidad como una institución en la que se acumula y transmite el más cercano saber heredado y en el que se posibilita, con motivo de la investigación, nuevas vías para el conocimiento de la verdad; los instrumentos para dichos logros no son misteriosos sino datos de la realidad: la investigación, la ética, el estudio, la meditación, la observación, el respeto, las buenas costumbres y la experimentación.

Tal es —dice Colmo— lo que acontece en Alemania, Francia, Inglaterra o Estados Unidos, donde existe una alta y honda misión educadora que en ellos desempeña la universidad, al formar los hombres dirigentes de todas las clases sociales, cualquiera sean sus especialidades: economía, política, artística, científica, etc.

De allí que la ciencia, que es la actividad y raíz indispensable de cualquier orientación y obrar colectivo, figure en primer término entre sus funciones y fines.

El análisis y la observación de Colmo a principios del siglo XX respecto de las universidades de los países mencionados demuestra que la formación meramente profesional, especialista e interesada no requiera necesariamente del medio ni del claustro universitario; el que las instituciones respectivas sean universitarias responde a la circunstancia de lo socioló-

gico, de lo filosófico, de lo sintético y general de la ciencia, vale decir, a la posesión de una cultura que les muestre la ciencia en toda su plenitud y en sus diversas fuentes e interferencias con las restantes, y que requieren una educación y una dosificación que las aproxime a la unidad superior y amplia de la verdad y de la ciencia.

Piensa el autor, que nuestra universidad se encuentra bastante lejos de haber empezado a cumplir con esa misión. Hasta ahora no ha sido otra cosa que un organismo oficinesco y burocrático para cosas externas o para cosas accidentales. Nuestra facultad —por caso la de Derecho— es una casa cerrada para la vida y para el mundo, con los cuales no tiene en principio contacto alguno. De allí que las autoridades académicas y docentes vean en sus deberes para con ella una función administrativa que debe ser llenada en las horas reglamentarias. Mientras que, por caso, en Estados Unidos los establecimientos universitarios son focos de confraternidad y unión, caldo de cultivo de sentimientos e ideales que resultan luego toda una propulsión nacional, son centros de educación y de formación de hombres y ciudadanos inspirados en los intereses más perdurables y nobles del país y son órganos de democracia, de vida desinteresada, de actividad nacional, a favor no sólo de los alumnos, sino del pueblo en general, que así se vincula con ellos y que por eso no los olvida y les hace luego el presente de sus actividades, de sus personas y de sus óbolos generosos para fundaciones de todo orden en pro del engrandecimiento de los mismos o de la simple mejora de cualquier servicio.

Otro de sus notables análisis se titula “El nuevo programa de Derecho Civil” (28), a raíz de la entrada en vigencia en el año 1911 de un nuevo programa de Derecho Civil, oportunidad en la que justificó su propuesta y disintió con las observaciones que le efectuara Eduardo Payones.

Sus comentarios, en sustancia, versaron sobre la alteración de fondo de la propuesta de la materia misma, el espíritu de dicho contenido, método y su enseñanza.

*i) El nuevo programa de Derecho Civil*

El análisis del tema central surgió con motivo de un nuevo programa de Derecho Civil, puesto en vigencia a mediados de 1911 de aplicación gradual y progresiva, con el propósito de unificar y coordinar los cuatro programas parciales de los años en que la enseñanza estaba dividida en la facultad.

---

(28) Anales de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho, UBA, 1912, t. II, p. 203 y ss.

Tal programa significaba una alteración de fondo de la materia y su espíritu y el método pedagógico.

Se buscaba, en suma, coordinar las afinidades entre las materias distribuidas en los cuatro años de Derecho Civil. Se aspiraba para ello a elaborar una obra didáctica y no legislativa, lo que significa confeccionar un programa de derecho y no de Código Civil, pues este cuerpo no contiene todo el derecho civil.

Se precisa hacer ciencia —pues la Facultad de Derecho es un instituto no de Códigos sino de “ciencias jurídicas”—, para lo cual es indispensable la sistematización y unificación de los principios que las inspiran.

En ese trabajo, en razón de haber integrado parte de la comisión que proyectara tal programa, Colmo se propone hacerse cargo de la única crítica que conoce y en dos sentidos: para restablecer la verdad de los supuestos de hechos de la reforma y para demostrar el escaso valor que puede acordarse a las observaciones dirigidas a ella.

Los reparos esenciales los efectuó el doctor Eduardo Prayones en su trabajo titulado “Las reformas en la Facultad de Derecho”, de las que trata sólo algunas, al no ser partidario de las enmiendas. No obstante, dice Colmo “que el doctor Prayones ha sido conducido a confundir más de una situación, a olvidar otras, y hasta crear algunas”, “Procuraré, dice, restablecer la verdad objetiva —la verdad simplemente, pues que no hay más que una— y luego hacerme cargo de las observaciones de nuestro crítico”.

Se convocó a una asamblea de profesores (titulares y suplentes) que designó una Comisión Reformadora integrada por los profesores Paz, Prayones y Colmo.

En definitiva, se acordó —entre otros puntos— que el programa debía ser sintético, de derecho y no de Código, de curso y no de examen.

Observa Colmo que apenas se ha tocado el programa de Derecho Civil, imprimiéndosele un carácter menos casuista y más científico que el que tenía.

En términos duros, Colmo califica las opiniones de Prayones de “una obra de puro discurso, de mera oratoria, de simple erudición fría y falsa”.

En palabras de Colmo, las consecuencias del panorama son sombrías, pues “desprecia el Código” y se inspira en la legislación extranjera; enseñanza teórica de palabras, de ideas, mas no del derecho vivo y real, en ejercicios prácticos adecuados; equivocarse en la interpretación del Código,

que debe estar inspirada en el “culto de la ley”, en el respeto de la disposición escrita y en la intangibilidad del pensamiento del legislador; exigir del alumno un “esfuerzo estupendo de memoria” para recordar múltiples teorías, pero sin aportar jamás una sola idea, un pensamiento propio.

Se declara partidario decidido de los criterios elaborados por autores modernos para quien debía respetarse la ley, pero haciéndola vivir.

Recuerda que Prayones dice “para enseñar derecho civil hay que tener el culto de la ley” y se pregunta: ¿a qué se llama el culto de la ley? ¿Cuándo puede decirse que no se la respeta? Desde el momento en que no se la aplica a la letra, ya se la ha violado. Dice querer conocer un solo juez que se atenga al texto literal de la ley. Es que el pensamiento del legislador está expresado con palabras. ¿Con qué criterio se determinará el sentido de éstas?

Responde que en cualquier sistema interpretativo es absolutamente indispensable recurrir a elementos exteriores al Código. Y entonces así nadie puede escapar a la observación de que ha violado la ley.

Por lo demás, no es nuevo decir que la enseñanza teórica exige “un esfuerzo estupendo de memoria”, proposición que puede ser verdadera y al mismo tiempo no contener la menor dosis de verdad.

A criterio de Colmo, para alcanzar la noción de derecho, el fin consiste no en saber cómo se preceptúa la ley, sino en saber “por qué” se ha legislado así y no de otro modo; vale decir, en conocer “por razones” de dónde se impusiera en todo buen método de enseñanza el empleo de la apreciación sistemática del Código.

El programa presentado por Prayones no era sintético, tal como se había prefijado, y de manera categórica dice Colmo que si el pensamiento educacional de Prayones no resulta revelado por su trabajo “declara con franqueza que no comparte su gusto intelectual”.

Las observaciones de Prayones también son categóricas, verbigracia “que el programa analítico exige competencia, y que el programa sintético es el mejor aliado y el mejor escudo para la ineptitud docente”.

La réplica de Paz y Colmo son terminantes: “No hay peor consejero que el amor propio que se cree sin ninguna razón lesionado. Es la pasión que ciega y conduce hasta el agravio bien gratuito. El crítico tiene la opinión de ineptos de sus recipiendarios”.

Y en lo que hace al fondo del asunto, argumentan que Prayones no tiene una noción muy clara entre programa de clase y programa de examen. En el primero deben consignarse lo fundamental de la materia a tratar, respetando las tendencias científicas de cada profesor. Hay que permitir las iniciativas individuales y el consiguiente juego de la personalidad; nada más fecundo que la multiformidad de los criterios y de las personas. La monotonía —dicen— es la anestesia de la inteligencia y de la misma conciencia. La variedad es una ley hasta vital.

Mientras que en el programa de examen es otro el criterio, evitándose la posible sorpresa del alumno.

Los caracteres de este programa son:

Sintético: se pretendía un programa de instituciones y no de artículos de Código, no tienen el menor sentido sino dentro del conjunto institucional del que forma parte.

De derecho, pues se ha querido insistir en que el Código Civil “expresa” y no “es” el derecho: porque se ha procurado ampliar los horizontes de la enseñanza, en el sentido de que no todo el derecho civil está en el Código y por ello precisa indagar también otras fuentes.

De curso, porque se puede separar lo del examen, por lo mismo que responden a dos naturalezas diferentes.

### *j) Epílogo*

Colmo fue un gran jurista y ciudadano, lejos de la persona que busca el éxito fácil. Puso su cultura al servicio del país y su exquisito intelecto dejó frutos que aún aprovechamos. Comprendía como muchos que se imponía en el país un clima de seguridad, de continuidad, de certidumbre que posibilitara nuestro crecimiento inspirado en la cultura. También fue un educador esclarecido que hizo honor a las funciones que ocupó.

Abandonó la profesión de abogado para consagrar sus mejores esfuerzos al estudio del derecho.

Su intelecto superior se manifiesta —entre otros antecedentes— en el conocimiento de la obra de Vélez Sársfield. Como escritor se advierte elegancia en el estilo, profundidad en los análisis. Supo ser leal en su vida pública a los principios rectores de su pensamiento y a las enseñanzas que impartió desde su cátedra. Su conducta nunca contradujo lo que sostuvo con su pluma o enseñó con su palabra.



---

Demostró en su obrar diplomático que era un político capaz de dar señorío y presencia al país y congregar en su persona esa síntesis que pocos alcanzan entre los arquetipos o ideales y las cosas según su ineluctable realidad.

Alguna vez se dijo que “Hay demasiada sabiduría desparramada en los siglos para que nadie pueda pretender originalidades absolutas o descubrimientos no susceptibles de superación”.

Colmo otorgaba entusiasmo a la virtud y confianza a la verdad.

Virtud en su vida, verdad en su obra, ello basta para considerarlo un ejemplo en nuestra historia.

Al igual que Horacio en el S. I a.C. Colmo hubiese podido decir con justo título “sapere aude”: atrévete a saber. ◆



# FUENTES, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

POR JORGE HORACIO ALTERINI (\*)

Sumario: 1. Textos involucrados. 2. Inconsistencias parciales de las rúbricas. 3. El Código Civil y Comercial rige situaciones jurídicas. 4. Fuentes del derecho. A. La ley como fuente formal. B. La Constitución Nacional y los Tratados. C. La jurisprudencia. D. Las circunstancias del caso. E. Usos, prácticas y costumbres. F. El derecho. a) Los principios generales. b) Supuesto de la equidad. G. Quid de la doctrina. 5. Interpretación del derecho. A. Precisión imprescindible. B. Las palabras de la ley. C. Finalidades de la ley. D. Analogía. E. “Las disposiciones que surgen de los tratados”. F. Principios y valores. G. La sistemática. 6. Aplicación del derecho

## 1. Textos involucrados

La importante problemática sobre la que versará la exposición fue afrontada por el Código Civil y Comercial en sus arts. 1° y 2°, a través de contenidos polémicos que variaron en el supuesto del art. 1° desde la redacción originaria efectuada por los autores del entonces Anteproyecto hasta la versión definitiva sancionada por la ley 26.694. En cambio, el art. 2° del Anteproyecto y el art. 2° del Código Civil y Comercial son idénticos.

Por de pronto, corresponde destacar que el Capítulo 1 del Título Preliminar donde constan los dos textos mencionados, se titula “Derecho” y el Capítulo 2 “Ley”, lo que revela que en seguimiento del Proyecto de Código Civil de 1998 allí se distinguió correctamente el género de la especie, pues

---

(\*) Comunicación del académico en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de noviembre de 2017.

la Ley es solo una de las fuentes del Derecho, aunque sin duda la de mayor fuerza vinculante.

Para ponderar las mutaciones experimentadas en el proceso legislativo por el art. 1º, tanto las que mejoraron el primitivo texto, como las que lo perjudicaron y aun las fraseologías que se repitieron en ambos, es menester la pertinente reproducción.

En cuanto al contenido de los artículos en análisis, el art. 1º del Anteproyecto de la Comisión Redactora decía: "*Fuentes y aplicación*. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

El art. 1º convertido en ley expresa: "*Fuentes y aplicación*. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

El texto del art. 2º, igual en el Anteproyecto y en el Código es el siguiente: "*Interpretación*. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento jurídico".

## **2. Inconsistencias parciales de las rúbricas**

La lectura de las rúbricas de los arts. 1º y 2º muestran que ellas no responden a una ordenación lógica, pues la primera de las normas está encabezada por la referencia a "fuentes y aplicación" y la segunda por el vocablo "interpretación", y un eslabonamiento expresivo consistente hubiera indicado que luego de la identificación de las "fuentes" se pasara a la etapa de la "interpretación" y recién con posterioridad a la "aplicación". Incluso la única faz de la "aplicación" que se extrae del art. 1º aparece cuando acude a la expresión "leyes que resulten aplicables", pero como veremos algunos párrafos más adelante, esa inserción es descolorida.

### 3. El Código Civil y Comercial rige situaciones jurídicas

a) Ambos textos del art. 1° se inician con la referencia a “Los casos que este Código rige...”, lo que ha despertado una objeción, pues bien se ha dicho que “...antes que una herramienta para resolver “casos” el código legisla *relaciones y situaciones jurídicas* (...). Además, para que la confusión terminológica sea aun mayor, el artículo 3° (...) dispone que “el juez debe resolver los *asuntos* que sean sometidos a su jurisdicción” y ya no los “casos” referidos en el art. 1°”(1).

El legislador se ocupa de la regulación de determinada situación jurídica y si se genera algún problema o cuestión a su respecto, quien resuelve en definitiva el caso o asunto que se presente es el juez. El legislador traza preceptivas y si se generan conflictos en torno a sus alcances, que las partes no pueden superar por sí mismas, es el juez quien resuelve el caso que se le plantee.

Más allá de la alusión a “casos” y no a “situaciones jurídicas”, tanto la redacción del Anteproyecto como la de la Ley incurren en obviedades que pecan de ingenuas, así cuando aluden a que los casos son los “este Código rige”, dado que naturalmente no podían ser otros distintos que los regidos por este Ordenamiento.

b) Opto por hablar simplemente de “situaciones jurídicas”, pues pienso que induce a confusión que se las contraponga con las “relaciones jurídicas”, como lo hace el Código Civil y Comercial en los arts. 7° y 257 a 259.

En tanto la situación jurídica es de por sí muy abarcativa, en su generalidad comprende también a las relaciones jurídicas.

Se hubiera avanzado en la clarificación de la temática a través de acudir a la alternativa de “relaciones jurídicas” y “poderes jurídicos”, o con la lúcida visión de Roubier hablar simplemente de “situaciones jurídicas”(2).

Con el alcance sugerido, una situación jurídica es el emplazamiento de la persona en determinado ámbito jurídico, en el cual se ubica como sujeto de relaciones jurídicas y de poderes, y sometido a alguno de ellos o a ambos.

---

(1) Dictamen del Diputado de la Nación Pablo G. Tonelli “Acerca del Proyecto de nuevo código civil y comercial”, Buenos Aires, 2013, p. 9.

(2) Véanse las ideas propuestas por Roubier en el marco de los trabajos de intentos reforma del Código Civil francés, citadas por Aída Kemelmajer de Carlucci en “Las situaciones jurídicas preexistentes, a un año de la vigencia del Código Civil y Comercial (Varios personajes en busca de un autor), LA LEY 2016-D, 1085, aunque la autora no extrae las implicancias interpretativas que propicio.

#### 4. Fuentes del derecho

##### A. La ley como fuente formal

Cuando se menta a la ley como fuente formal<sup>(3)</sup> genuina, se lo hace también de una manera singular, pues se puntualiza que las normas con ese carácter son “las que resulten aplicables”, lo que no era necesario señalarlo pues claro está que no podrían ser fuente las que fueran inaplicables.

##### B. La Constitución Nacional y los Tratados

a) El art. 1° del Anteproyecto invadía el ámbito propio del art. 2° –la interpretación– y apuntaba: “La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República sea parte”.

El art. 1° del Código Civil y Comercial puntualiza con mejor técnica que los “casos” –o mejor las situaciones jurídicas– deben ser resueltos según las leyes “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”.

El Anteproyecto fue desconcertante, porque pese a haber enmarcado al art. 1° como escenario de “fuentes y aplicación”, hizo tema con la “interpretación” incluida en el art. 2°.

Esa última observación no le alcanza al Código Civil y Comercial, e incluso es mejor la conexión que este último efectúa con relación a la Constitución y a los tratados, pues recuerda que la aplicación de la ley debe ser “conforme” a ellos.

Hace ya muchos años Linares enfatizó en que era necesario que la ley no quedara “...en colisión con una parte fundamental del orden jurídico: la constitución. Una construcción dogmática (...), debe tener en cuenta también la ley fundamental y concertarse con ella en una aplicación armonizante o ‘constructiva’ aunque nadie lo haya solicitado. Las leyes deben aplicarse ‘constitucionalmente’, válganos la expresión por lo didáctica”<sup>(4)</sup>. Agregaba en nota: “Este es un recurso hermenéutico denominado construcción, interpretación concertada o armonizante, que incluye la Constitución y le da prevalencia. Es propio de todo sistema constitucional...”<sup>(5)</sup>.

---

(3) En la árida problemática de las fuentes del derecho, me inclino por la división en fuentes formales y fuentes materiales, las primeras con virtualidad vinculante y las segundas como elementos que de manera mediata o indirecta contribuyen a modelar las fuentes formales, o sea las obligatorias.

(4) LINARES, Juan Francisco, “Aplicación de la llamada ley clara”, *La Ley*, 141-968, p. 978.

(5) En su nota 23, p. 978.

b) La conformidad con los Tratados que reclaman las dos versiones del art. 1° no es más que una resonancia de las directivas de la propia Constitución. En el art. 75 inciso 22 de la Ley Fundamental se establece que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” y con relación a los tratados y convenciones de derechos humanos que enumera proclama que “tienen jerarquía constitucional” y que también la tendrán los que determine el Congreso de la Nación mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En realidad, la única fuente hasta aquí prevista es la Ley, la que debe ajustarse a las gradas normativas de nivel superior, también de raigambre legal, de la Constitución y los Tratados.

c) Con buen criterio el texto del Anteproyecto insistió en la prevalencia de todos los tratados sobre las leyes, sin limitarse como el Código Civil y Comercial a los de derechos humanos. No se nos escapa la especial sensibilidad que generan los tratados de derechos humanos y que alguno de ellos está en la cúspide de la normativa en el nivel de la Constitución, pero no debe olvidarse que también priman sobre las leyes los tratados que aborden temáticas distintas a las de los derechos humanos(6).

d) El art. 1° del Anteproyecto incluyó una nueva e improcedente referencia a la interpretación cuando mencionó lo que se tendrá en cuenta “a tal fin”.

Aunque no estaba en juego la interpretación, acertó en presentar a la jurisprudencia con un rol especial en materia de fuentes.

### C. La jurisprudencia

a) Con palabras de Castán Tobeñas: “En su acepción originaria (conforme a su derivación de las voces *prudentia iuris*), la palabra *jurisprudencia* significa *conocimiento del Derecho*: los romanos lo definieron *Divinarum atque humanarum rerum noticia, iusti atque iniusti scientia*”. Advierte que actualmente tiene un sentido mucho más restringido que apunta al criterio constante y uniforme que se infiere de un conjunto de sentencias, y con vocación didáctica concluye: “Frente a este sentido de la jurisprudencia...”

---

(6) Conf. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, en RIVERA, Julio César, MEDINA, Graciela (Directores) y ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, tomo I, p. 58: “El legislador, al reemplazar el texto del proyecto ha reducido esa sujeción únicamente a los tratados de derechos humanos, alteración técnica y conceptualmente inconveniente, si se repara que excluye de esa necesidad de conformidad de las leyes a una importante porción de convenciones...”

dencia, que es sustancialmente el propio de los pueblos del Continente europeo, el Derecho inglés ha creado, como institución que llena en parte sus mismos fines, pero que tiene características distintas, la del *precedente judicial*. En el sistema, en efecto, del *Precedente judicial vinculatorio*, propio de los países anglosajones basta una sola sentencia (*Leading-Case*) para vincular al Juez. Por el contrario, en el sistema de la *jurisprudencia constante*, dominante en la Europa occidental, solo dos o más sentencias son capaces de crear jurisprudencia”(7).

b) El Código lamentablemente prescindió en su art. 1º de cualquier alusión a la jurisprudencia.

Siempre he creído en la importancia de la jurisprudencia en la gestación del derecho. Antes de la ley 26.583 ni siquiera dudo de que la producida en un fallo plenario era de aplicación obligatoria en el fuero en el que se dictó, y por tanto en ese ámbito asumía el carácter de fuente formal por sus alcances vinculantes para otras situaciones jurídicas afines a la que motivara dicha sentencia.

Entre las distintas argumentaciones que sostenían ese criterio me satisfizo invocar como decisiva la justificación de Bidart Campos: “Todo cuanto en la interpretación del derecho aplicable conduzca razonablemente a que en los procesos judiciales sobre casos análogos las sentencias los resuelvan acogiendo una igual interpretación del derecho aplicable, tiene para nosotros el valor de un test aprobatorio de la constitucionalidad. A la inversa, es inconstitucional interpretar y aplicar la misma ley a casos semejantes de manera diferente (...). La igualdad ante la ley se eclipsa inconstitucionalmente cuando no deriva de una verdadera igualdad ante la jurisdicción. Entonces, ¿cómo podrá vituperarse la obligatoriedad de los fallos penarios, si su mecanismo aplicativo viene, precisamente, a garantizar que la misma ley sea objeto de una misma interpretación judicial en casos análogos?”(8).

En cuanto a la incidencia de la ley 26.583, también me incliné por discrepar con la operatividad de la pretendida derogación del mecanismo de la jurisprudencia plenaria, pese a las confesados intenciones de esa ley. El propósito de prescindir de los fallos penarios era nítido, tanto que al mismo tiempo que tal ley dispuso crear distintas Cámaras de Casación con sede en la Capital Federal (arts. 1º y ss.), el art. 11 substituyó los arts. 288 a 301 atinentes al dictado del fallo plenario en el marco del recurso de

(7) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, 9ª edición, Reus, Madrid, 1955, tomo I, volumen I, pp. 336-337.

(8) BIDART CAMPOS, Germán, “La jurisprudencia obligatoria”, *La Ley*, 2001-F, 1492.



inaplicabilidad de la ley, y el art. 12 derogó el art. 302 sobre la formación de ese fallo por autoconvocatoria del Tribunal respectivo y también el art. 303 acerca de la obligatoriedad de los fallos plenarios.

Es cierto que la derogación de los fallos plenarios no se subordinó expresamente al efectivo funcionamiento de las Cámaras de Casación, pero lo que es evidente es que hubiera sido un despropósito legislativo ostensible que se cambiara un sistema de unificación de la doctrina jurisprudencial –el de los fallos plenarios– por otro que debe suponerse que se creía mejor –el de las Cámaras de Casación– y mientras este último no llegara a ponerse en funcionamiento, se careciera de todo procedimiento de unificación.

Rechazo que se le pueda enrostrar tal proceder irracional e irrazonable al legislador, como si hubiera renegado de la búsqueda de resoluciones concordantes frente a situaciones equivalentes, para no desvirtuar “la verdadera igualdad ante la jurisdicción” por insoslayables exigencias éticas y constitucionales en las que enfatizara Bidart Campos.

Por lo que llevo dicho debo concluir en que perdura el mecanismo de los fallos plenarios y su obligatoriedad porque corresponde considerar frustrada en los hechos la eliminación que programara la ley 26.583.

c) En tanto la jurisprudencia puede hasta llegar a asumir el carácter de fuente formal, es observable que el art. 1° del Código omite referirse a ella, aun reducida a fuente material.

Igual silencio, como ya se vio, no se le puede endilgar al Anteproyecto, pero la referencia a la jurisprudencia había aparecido en un contexto expresivo equívoco, pues apuntó que lo era “en consonancia con las circunstancias del caso”.

#### **D. Las circunstancias del caso**

La correlación con las circunstancias del caso que realizara el Anteproyecto era valiosa, pero se la distorsionó visceralmente al limitarse tal ligazón únicamente con la jurisprudencia.

Siempre debe hacerse mérito de las “circunstancias del caso”, como bien surgía del Código Civil derogado en su art. 16(9) y no tan solo cuando juega la jurisprudencia.

---

(9) Art. 16 del Código Civil derogado: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del dere-

En la redacción final del art. 1° no hay mención alguna de las circunstancias del caso, aunque ellas informan a numerosos artículos del Código vigente (arts. 267, 276, 330, 552, 580, 794, 974, 1053, 1165, 1251, 1312, 1484, 1719, 1785, 1881, 1973, 2246, 2629 y 2651).

Volveré sobre esta temática al tratar de la equidad.

### E. Usos, prácticas y costumbres

Al igual que la ley también encasillan como fuente formal los “usos, prácticas y costumbres”.

Al tiempo de procurar distinguir las costumbres de los meros usos y prácticas, puede predicarse que mientras las costumbres se nutren como uno de sus requisitos fundamentales de la conciencia de su obligatoriedad, los usos y prácticas están más allá de esa conciencia y unidos a la azarosa sucesión uniforme, continua y duradera, aunque no sea general, de proceder circunstantiales no inspirados por un supuesto valor vinculante.

En palabras de Fontanarrosa: “La diferencia esencial entre la costumbre verdadera y propia, y estos usos, reside en que a estos últimos les falta el elemento psicológico, la convicción en quienes la practican de que sea necesaria su observancia como derecho (*opinio iuris*)” (10).

En el contexto que indicaré para que se verifique la fuente formal unida a la reiteración de proceder bastará ese elemento objetivo sin que deba sumársele el requisito subjetivo de la conciencia de su obligatoriedad, que es propio únicamente de la costumbre(11).

El contexto invocado presenta dos alternativas simétricas tanto en el Anteproyecto como en el Código Civil y Comercial: “Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

---

cho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

(10) FONTANARROSA, Rodolfo O., *Derecho comercial argentino*, 9° edición, Zavalía, Buenos Aires, 2001, tomo I “Parte General”, p. 54.

(11) Comp. HIGHTON, Elena I., “Título preliminar del Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Número Extraordinario “Claves del Código Civil y Comercial”, 2015, pp. 45-47.

La misma autora, en sugerente y particular postura, afirma: “Debe valorizarse esta fuente [léase la costumbre], que se enuncia como una manifestación de democracia directa” (p. 47).

En la primera de las alternativas “los usos, prácticas y costumbres” son legitimados por ley, o sea *secundum legem*, o por la voluntad de “los interesados” que se refieren a ellos, o sea *secundum voluntatem*; es destacable la importancia de la alternativa de que la aduzcan los interesados, que ya aparecía en el inc. a) del art. 6° del Proyecto de 1998(12), a la manera de las reglas II(13) y V(14) del Código de Comercio derogado.

También el art. 1° *in fine* reconoce como fuentes formales a los usos, prácticas y costumbres “en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Si la ley guarda silencio acerca de determinada situación jurídica, el vacío lo pueden cubrir estas manifestaciones consuetudinarias supletorias de la ley, o sea *praeter legem*.

La referencia al “derecho” que consta en materia de usos, prácticas y costumbres demuestra que esa noción, al ser más amplia que la de la ley, da pie a detectar otras fuentes más allá de las explícitamente mencionadas, únicamente la ley y los usos, prácticas y costumbres.

## F. El derecho

### a) Los principios generales

Creo que es difícil negar que con la referencia genérica al derecho implícitamente se aprehenden, por lo menos, a los principios generales del derecho.

Con respecto a estos principios se discurre clásicamente si atañen a los principios conectados con el derecho natural o a los resultantes del derecho positivo.

Un ejemplo de la vinculación con el derecho natural lo aportó Vélez Sarsfield. La fuente inmediata del art. 16 del Código Civil derogado era

---

(12) Art. 6° del Proyecto de 1998: “*Usos y costumbres*. Los usos y costumbres son vinculantes: a) Si las leyes, o los interesados, se remiten a ellos. b) Si se trata de situaciones no regladas legalmente. El tribunal debe establecer de oficio el contenido del uso, sin perjuicio de su facultad de requerir la colaboración de las partes y del derecho de éstas de alegar y probar su existencia y contenido”.

(13) “II. En las materias en que las convenciones particulares pueden derogar la ley, la naturaleza de los actos autoriza al juez a indagar si es de la esencia del acto referirse a la costumbre, para dar a los contratos y a los hechos el efecto que deben tener, según la voluntad presunta de las partes”.

(14) “V. Las costumbres mercantiles pueden servir de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, y para interpretar los actos o convenciones mercantiles”.

el art. 15 del Código sardo de 1838(15) y, como lo recuerda Vélez en su anotación respectiva, era “conforme al art. 7º del Código de Austria,” que alude a los “principios del derecho natural”(16).

En la antípoda, el art. 12 del Código Civil de italiano de 1942 apunta a los “principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”.

Una expresión de perfil ecléctico es la del Código Civil peruano de 1984, que en el artículo VIII de su Título Preliminar propicia la aplicación de “los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”.

Seguramente cuando se alude a los principios generales que se tienen en mira como integrando el derecho, sin arrimar precisiones, los mentados son ambos, o sea, los unidos al derecho natural y los del derecho positivo.

La mención a los “principios”, sin connotación alguna, aparece en el art. 2º del Código Civil y Comercial bajo el epígrafe “interpretación”. Sin embargo, en los Fundamentos del Anteproyecto se puntualiza que “...deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico”.

Si para los principios —al menos para los principios generales del derecho— se reconoce que “son normas de integración”, es evidente que, como dirección conceptual expresa o implícita ellos deben sumarse como fuentes formales a la ley y a la costumbre, pese a que son silenciados en el art. 1º, y que según lo que se infiere de los Fundamentos dichos principios se corresponderían con los principios generales del derecho, pues cuando se los reconoce como “normas de integración” se señala: “Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento...”.

## **b) Supuesto de la equidad**

Si bien tanto el Código Civil y Comercial como el Anteproyecto silencian una directiva general que remita a las circunstancias del caso, las que se-

---

(15) Ver DE SAINT JOSEPH, Anthoine, *Concordance entre les Codes Civils Étrangers et le Code Napoléon*, Deuxième édition, Librairie du Conseil d’Etat, Paris, 1856, tome I, p. 2.

(16) Op. cit. en nota anterior, p. 3.

gún el art. 1° del Anteproyecto serían gravitantes solo respecto de la jurisprudencia, la trascendencia de ellas es innegable y cobijan la equidad(17).

Pienso que las múltiples remisiones del Código Civil y Comercial a las circunstancias del caso, que ya citamos, son implícitas invocaciones de la equidad, la que también es recibida explícitamente en textos especiales. Se alude a la “equidad” en los arts. 1652 y 1750; al vocablo “equitativo” en los arts. 332, 650, 1068, 1098, 1718, 1742 y 1785; al término “equitativa” en los arts. 464, 1267, 1268, 1564, 2507; y a la expresión “equitativamente” en los arts. 1255 y 1261.

Bien dice Castro y Bravo que el “supuesto de la aplicación de la equidad es la *inadecuación* (carencia de equidad) entre un caso concreto y la regla que parece regularlo; la inadecuación no resulta ni de la regla ni del caso, sino del hecho de que la regla positiva está limitada o corregida por un principio de Justicia; es este que determina la falta de equidad e impone que el caso se regule no por esa regla, sino por el principio de Justicia. La equidad no es más que una manifestación del mecanismo funcional de los principios generales, la exigencia de acudir a los principios superiores (*altiora principia*) de Justicia, para decidir un caso para que el que resulta inadecuada (según el principio general correspondiente) la regla legal”(18).

Es que la equidad puede perfilarse como uno de los principios generales más robustos. Dije: “La equidad, según la etimología del vocablo que proviene del latín *aequitas*, que significa igualdad, procura alcanzarla, y

---

(17) La idea de la equidad como justicia en concreto fue diáfananamente demostrada por Aristóteles, quien afirma que lo equitativo es lo justo, incluso “...mejor que lo justo no porque sea de otro género. Por tanto, lo justo y lo equitativo son lo mismo; y siendo ambos buenos, es, con todo, superior lo equitativo. Lo que produce la dificultad es que lo equitativo es en verdad justo, pero no según la ley, sino que es un enderezamiento de lo justo legal. La causa de esto está en que toda ley es general, pero tocante a ciertos casos no es posible promulgar correctamente una disposición en general (...) cuando la ley hablare en general y sucediese algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo estuviera ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado. Por tanto lo equitativo es justo, y aun es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley. Y ésta es la naturaleza de lo equitativo: ser una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general” (ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea. Política*, versión española e introducción de Antonio Gómez Robledo, 19ª edición, Editorial Porrúa, México, 2000, p. 71).

(18) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*, reedición, Editorial Civitas, Madrid, 1984, p. 426.

como lo señala la Real Academia Española de la lengua responde a la idea de una ‘bondadosa templanza, habitual propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia...’ (1ª acepción) o recrea la ‘disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece’ (5ª acepción). Si la equidad nos conecta con la templanza, con la vocación de igualdad, con la moderación, con la búsqueda de la justicia, con el equilibrio, es inequívoco que se constituye en un principio general del derecho...”(19).

### G. *Quid de la doctrina*

El art. 1º del Código Civil y Comercial nada dice sobre la cuestión de si la doctrina es o no fuente del derecho, e incluso el art. 2º la silencia en materia de interpretación.

En la actualidad no sería consistente encuadrar a la doctrina como fuente formal del derecho; sin embargo, en otros tiempos se le reconoció ese carácter en algunas comunidades, con la consiguiente obligatoriedad de las opiniones respectivas(20).

Aunque descarto que sea una fuente formal, no es irrazonable reconocer sus aportes como fuente material del derecho.

Deben rescatarse algunas de las importantes funciones que cumple la doctrina para el conocimiento del derecho, para su interpretación y aplicación, para la producción de otras fuentes, incluso formales, y que se constituye en una herramienta para la evolución y transformación del derecho

Todo ello me llevó a pensar en el acierto de Savigny de presentar a la doctrina como “derecho científico” y de Geny de destacarla como “autoridad”(21).

Mi inquietud se vio alentada por la disposición del art. 1º del Código Civil suizo de 1907, que reza: “La ley rige todas las materias a las cuales se

---

(19) ALTERINI, Jorge H., “La equidad en la interpretación y en la integración del derecho civil peruano”, *La Ley*, 2016-C, 762.

(20) Ver ALTERINI, Jorge H., “La doctrina como fuente del derecho”, *Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 31/5/2012, 1; *La Ley*, 2012-C, 1166.

(21) Ver SAVIGNY, M. F. C., *Sistema de derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, F. Gónzaga y Compañía, Madrid, 1878, T I, pp. 47 y 49; GENY, Francisco, *Derecho privado positivo*, a la memoria de Monsieur C. Bufnoir, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, Reus, Madrid, s/f, p. 410.

refieren la letra o el espíritu de cada una de sus disposiciones. A falta de una disposición legal aplicable, el juez pronuncia según el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, según las reglas que él establecería si tuviese que hacer acto de legislador. El se inspira en las soluciones consagradas por la doctrina y la jurisprudencia”.

Igualmente, es ilustrativo el Código Civil uruguayo, que en su art. 16 norma: “Cuando ocurra un negocio civil que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso”.

## **5. Interpretación del derecho**

### **A. Precisión imprescindible**

El art. 2° del Código Civil y Comercial, bajo el epígrafe “interpretación”, regula tan solo la interpretación de la ley, sin arrimar ninguna reflexión que explique por qué se circunscribe el tema de la interpretación a la ley en un Capítulo que se asienta sobre la distinción del “Derecho” como género de la “Ley” como especie.

Lo congruente hubiera sido ocuparse explícitamente de la interpretación del “Derecho”.

### **B. Las palabras de la ley**

El artículo en análisis postula que la ley debe ser interpretada, ante todo, “teniendo en cuenta sus palabras”.

La confianza mayúscula en el mandato de las palabras de la ley tuvo acaso su mayor manifestación en la escuela de los glosadores en los siglos XI y XII, que puso el acento en la interpretación gramatical, aunque con los desbordados matices que ha descrito Carlos Cossio: “...para tratar de interpretar un texto, se recurría a distintas operaciones. Se recurría, por ejemplo, a sinónimos, de manera que ante un texto legal que ofrecía dudas, se reemplazaba una palabra por un sinónimo, para ver cómo quedaba el sentido. Además de esta técnica, se utilizaba en gran escala la etimología, es decir que se recurría a la interpretación por medio del origen idiomático de la palabra. También se recurría a ejemplos fraseológicos, para demostrar la constancia de la significación en la pluralidad de los casos; y, por último, se recurría a los llamados textos paralelos, operación que consistía en tomar frases de libros célebres, en primer término, la Biblia desde luego, para hacer ver que en esos textos de gran autoridad en

el mundo de la cultura, la palabra iba empleada como quería el intérprete que se interpretara en la ley”(22).

Para propender a la deseada claridad legal, el Código chileno postula en el art. 20 que: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido literal y obvio, según el uso general de las palabras: pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal”, que no es más ni menos que inclinarse por el lenguaje natural, siempre que específicamente no se haya priorizado el lenguaje legal. Precisa en el art. 21: “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

Se ha discutido si el lenguaje de la ley debe ajustarse al natural u ordinario –como lo sostuvieron los clásicos franceses–, o a la orientación germana alineada con el lenguaje técnico. El rigor de la disyuntiva es falso, porque es evidente que el legislador debe procurar una expresión sencilla, a la que todos puedan tener acceso; no obstante, si el lenguaje común es discordante con el sentido técnico-jurídico que quiere adjudicársele al vocablo, no puede prescindirse del tecnicismo, sin perjuicio de que se procure igualmente una razonable legibilidad(23).

Es parangonable la interpretación de la ley con la de un acto jurídico, pues la ley en sí misma es un acto jurídico, por lo cual, *mutatis mutandis* los lineamientos expuestos se corresponden con los que el primer apartado del art. 1063 del Código Civil y Comercial predica sobre el “significado de las palabras” en los contratos, que según el art. 957 son actos jurídicos bilaterales patrimoniales: “Las palabras empleadas en el contrato deben entenderse en el sentido que les da el uso general, excepto que tengan un significado específico que surja de la ley, del acuerdo de las partes o de los usos y prácticas del lugar de celebración conforme con los criterios dispuestos para la integración del contrato”.

### C. Finalidades de la ley

Otra de las pautas que marca el Código Civil y Comercial para la interpretación de la ley son “sus finalidades”.

En los Fundamentos del Anteproyecto se lee que “...se deja de lado la referencia a la intención del legislador. De ese modo la tarea no se limita

(22) COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 116.

(23) Ver ALTERINI, Jorge H., “Hacia la recodificación civil en la Argentina”, en *La Codificación: Raíces y Prospectivas*, Educa, tomo III, Buenos Aires, 2005, pp. 198/199.



a la intención histórica u originalista, sino que se permitir una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación”.

Por contraposición a la calificada como interpretación arqueológica, se ha recomendado una hermenéutica adecuada a la singularidad del derecho vivo, a la que Thomas Alexander Aleinikoff califica como interpretación “náutica,” por presentarla como un símil con un viaje. La ley haría las veces de un barco que es preparado por el legislador para su navegación. “El curso inicial de ese viaje está determinado con relativa claridad, pero una vez que el barco es botado, el desarrollo real del periplo, sus puertos de escala y su destino final, dependerán de elementos tan diversos como el tiempo, la aparición de obstáculos imprevistos, la pericia del capitán, etcétera. Ciertamente el punto de partida —el legislador— puede mandar mensajes a los viajeros, pero el modo exacto en el que se desarrolle el viaje, dependerá tanto de él como de los que se encargan de capitanear la nave”(24).

Acaso los redactores del Anteproyecto hayan querido adjudicarle algún rol en la interpretación también a la que llaman “intención del legislador” histórica u originalista, pues apuntan que la hermenéutica “no se limita” a ella.

Es atinada la observación del Académico Tobías que se hace cargo de que lo “arqueológico” tiene alguna incidencia, pues “...no son descartables en determinadas circunstancias los debates parlamentarios, los trabajos de la Comisión o las exposiciones de los miembros informantes”(25).

También aquí existe cierto paralelismo con la finalidad de los contratos. El art. 1065 dice: “*Fuentes de interpretación*. Cuando el significado de las palabras interpretado contextualmente no es suficiente, se deben tomar en consideración: (...) c) la (...) finalidad del contrato”.

Dado que la finalidad puede visualizarse con un perfil objetivo o subjetivo (art. 281, Código Civil y Comercial), no es aventurado conectar el primero de esos aspectos con la llamada interpretación “náutica,” mientras que el plano subjetivo armoniza mejor con la hermenéutica designada como “arqueológica”.

---

(24) Ver la descripción de su tesis en RODRÍGUEZ PRIETO, Manuel Jesús, “La interpretación de las leyes y las circunstancias del caso. Una mirada estadounidense”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 94, apartado III.

(25) TOBIÁS, José W., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, tomo II (Director del tomo: José W. Tobías), p. 22.

### D. Analogía

Vélez Sarsfield incluyó a la analogía como una de las fuentes cuando dijo en el art. 16 que “se atenderá a los principios de leyes análogas”.

En los Fundamentos del Anteproyecto se expresó: “Se menciona a las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar la libertad al juez en los diferentes casos”.

Ante todo, es menester reproducir una lúcida distinción que recoge Albaladejo: “El procedimiento analógico es cosa diferente de la *interpretación extensiva*. Esta supone un caso no comprendido en la letra de la disposición de que se trate, pero sí en su espíritu; y como quiera que la interpretación debe llevar a aplicarla *directamente* a todos los casos comprendidos en su espíritu, su aplicación abarca, sin necesidad de analogía, también el caso que cae dentro de este, aunque salga fuera de la letra. La analogía, diferentemente, presupone que el caso en cuestión se halle fuera del espíritu de la disposición de que se trate. Por cuya razón no se puede aplicar esta, pero sí el principio en que se inspira”(26).

Se ha planteado una eventual diferencia significativa entre la analogía *legis* y la analogía *iuris*. Para desmitificar la supuesta distinción, es ilustrativo acudir a la matización que hace suya Tobías: “...se ha observado con razón que ambos procedimientos lógicos no difieren cualitativamente entre sí, pues solo impropia se podría considerar que en la *analogía legis* existe una relación entre lo particular y lo particular: la aplicación de la norma que regula el caso no previsto supone haber determinado su *ratio* (en el doble sentido del principio del que deriva y de la finalidad que ella persigue), que es lo que permite el paso del caso no contemplado al contemplado. Una vez determinada la *ratio* de la norma existente se la aplica al caso no contemplado; en esto consiste el procedimiento de la analogía. Así, ambos procedimientos solo difieren en el diverso grado al que se recurre (en un caso al principio del que deriva la norma particular y en el otro al principio general del derecho —a veces inducido de un conjunto de normas—), siendo la diferencia exclusivamente cuantitativa. Con ese alcance, es decir, sea cuando se recurre a la *ratio* de una norma particular, o sea, a un principio que se infiere de un conjunto de normas, se puede decir que el recurso a las leyes análogas abarca ambos procedimientos”(27).

(26) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, decimosexta edición, Edisofer, Madrid, 2004, tomo I “Introducción y parte general”, p. 122.

(27) TOBIÁS, op. cit., p. 24.

Con intención simplificadora, que no por ello de problemática defensa, entiendo que en la interpretación extensiva la clarificación adviene del rescatar el espíritu de la propia norma interpretada. En cambio, en la interpretación analógica el resultado hermenéutico se alcanza a través de dilucidar el espíritu de otra norma determinada (analogía *legis*) o el de un conjunto de normas (analogía *iuris*).

### E. “Las disposiciones que surgen de los tratados”

El camino hacia el encuentro de la solución por vía analógica podría explicar que pese a que la Constitución Nacional y todos los tratados tienen jerarquía superior a las otras leyes, y por ello en el orden jerárquico ocupan la primera grada de las fuentes formales del derecho, reaparezcan en el art. 2° del Código Civil y Comercial como criterio hermenéutico la ponderación de “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”, o mejor de los tratados en general<sup>(28)</sup> y obviamente también de la Constitución Nacional.

Se trataría de una suerte de interpretación analógica que procura identificar el espíritu de los tratados —y también de la Constitución Nacional— y una vez individualizado hacer mérito de ese espíritu y decidir cuál es el derecho que debería aplicarse.

### F. Principios y valores

Aunque me pronuncié en favor del criterio de que los principios generales obran como fuente del derecho, pues están implícitamente incluidos en este último, el Código Civil y Comercial acude en el escenario de la interpretación al sustento de los “principios” —sin connotación alguna— y también de los “valores”.

Para Alexy los principios, sin más, son “...mandatos de optimización (...) normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas”<sup>(29)</sup>.

Sustenta la diversidad entre principios y valores en que “...en las colisiones de principios de lo que se trata es de qué ha de ser en definitiva lo debido mientras que en la solución de una colisión de valores a lo que se responde es, en definitiva, qué es lo mejor. Una pauta que dice qué es lo debido, es decir, qué es lo ordenado, lo prohibido o lo permitido, tiene un

---

(28) Conf. VÍTOLO, Daniel R., “Principios Generales del Título Preliminar del nuevo Código”, *La Ley*, 2016-C, 700.

(29) ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2° edición, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 162.

carácter deontológico. En cambio, si dice qué es bueno o malo o mejor o peor, tiene un status axiológico. Por lo tanto, principios y valores son lo mismo, una vez con ropaje deontológico y otra con ropaje axiológico”(30).

Efectivamente, los principios nos ubican dentro de los designios impuestos por el derecho y los valores nos reconducen a las improntas de raigambre ético.

### **G. La sistemática**

La parte final del art. 2° del Código Civil y Comercial, siempre con referencia a la interpretación de la ley, sin la debida generalización a la interpretación del derecho, establece que ella debe ser realizada “de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Se puntualiza en los Fundamentos del Anteproyecto: “Se hace referencia al ordenamiento jurídico, lo cual permite superar la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto”.

Cossio recuerda que “...el ordenamiento jurídico es una totalidad y que un caso nunca se resuelve aisladamente por una de sus partes o disposiciones aisladas, sino que siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento jurídico, aunque haya una mención legal expresa, porque esa mención legal expresa está comprimida, modificada o cobrando sentido por el conjunto de otras disposiciones, de la misma manera como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie que reposa, a pesar de tomar contacto con ella solo en un punto”(31).

Reflexiones como las expuestas son compartibles cuando median fuentes de igual jerarquía, pues si hay distintos rangos jerárquicos entre las fuentes involucradas necesariamente habrán de predominar las que ocupan los lugares superiores.

Por las razones indicadas, no me parece feliz la expresión a la que acudieron los miembros de comisión reformadora en los Fundamentos del

---

(30) ALEXY, op. cit., p. 164.

(31) COSSIO, op. cit., p. 117.

Anteproyecto cuando sostuvieron que debería existir un “diálogo de fuentes”. Dialogan quienes están situados en gradaciones iguales, pues de no ser así habrá que sujetarse al monólogo de quien ostente una posición más relevante. La Constitución Nacional no dialoga con una ley inferior.

Porque las cláusulas de un contrato tienen en principio jerarquía semejante, allí sí se explica que cuando el art. 1064 del Código Civil y Comercial postula la “interpretación contextual”, lo haga en estos términos: “Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, y atribuyéndoles el sentido apropiado al conjunto del acto”.

## 6. Aplicación del derecho

Ya transitadas las fuentes del derecho y los módulos para su interpretación —en particular los de la ley—, se arriba a la etapa final de la aplicación.

También aquí subyace la idea sesgada del Código Civil y Comercial que parece tentado a circunscribir la aplicación a la de la ley y no a la del derecho, y el mensaje traicionaría una intención distinta.

La comisión reformadora vertió una apreciación que podría despertar equívocos: “La aplicación de la ley significa delimitar el supuesto de hecho y subsumirlo en la norma, es decir, una deducción”(32).

Exhibir a la aplicación como una suerte de procedimiento deductivo silogístico, omitiendo las muy necesarias precisiones, rememora la tantas veces cuestionada expresión de Montesquieu en cuanto al mecanicismo de la función del juez al que cataloga como mero “instrumento que pronuncia las palabras de la ley”, pues los jueces en esa opinión serían “seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”(33).

Sugestivamente Vigo se pregunta: “¿silogismo deductivo judicial?”. Y concluye: “Afirmar esto nos remite a creer que los jueces se enfrentan a ‘casos fáciles’ que son instancias individuales de los genéricos previstos en la ley, y en realidad, lo habitual o normal es que los casos a los que los jueces se enfrentan en los procesos son ‘difíciles’, que como tales es posible arbitrar más de una solución razonable en el derecho vigente y válido”(34).

---

(32) Idéntica idea es recogida por HIGHTON, op. cit., p. 43

(33) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducción del original en francés de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Atalaya S.A., Barcelona, 1991, p. 120.

(34) VIGO, Rodolfo L., “Comentarios al Capítulo I del Título Preliminar”, en *Análisis*

Manuel Atienza le sumó a la dicotomía casos fáciles-casos difíciles a los que designa como casos trágicos, donde la reducción al deductivismo no solo es insuficiente, sino también francamente disvaliosa: “En la teoría estándar de la argumentación jurídica se parte de la distinción entre casos claros o fáciles y casos difíciles; en relación con los primeros, el ordenamiento jurídico provee una respuesta correcta que no se discute; los segundos, por el contrario, se caracterizan porque, al menos en principio, cabe proponer más de una respuesta correcta que se sitúe dentro de los márgenes que permite el derecho positivo. Pero lo que parece quedar excluido con este planteamiento es la posibilidad de una tercera categoría, la de los casos trágicos. Un caso puede considerarse trágico cuando, en relación con el mismo, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral. La adopción de una decisión en tales supuestos no significa ya enfrentarse con una simple alternativa, sino con un dilema” (35).

La idea deductivista es más compatible con la aplicación de ley y siempre que medien “casos fáciles”. Si se expande la noción de “aplicación de la ley” a la más correcta de “aplicación del derecho”, esa visión se difuma, pues –verbigracia– los principios no se deducen, sino que se inducen.

Se enlaza directamente con la etapa de la aplicación cuando mirando al juez, y por generalización a todo quien deba pronunciarse sobre una situación jurídica, se dispone en el art. 3° del Código Civil y Comercial que debe hacerlo mediante una “decisión razonablemente fundada”.

La riqueza y precisión de ese artículo hubiera sido mayor si en vez de aludir a una decisión “razonablemente fundada”(36) o a “explicaciones suficientemente razonables”(37), exigiera que la decisión fuera “razonable y suficientemente fundada”. Debe tratarse de una decisión suficientemente fundada que conduzca a un resultado razonable(38). ◆

---

*del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 65.

(35) ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2008, p. 219.

(36) Como dice el art. 3° del Código Civil y Comercial, y los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial.

(37) Con la lectura del actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ver su “Presentación del Proyecto” en *Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por el Decreto Presidencial 191/2011*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. IV.

(38) Véase ALTERINI, Jorge H., “Relatividad de los derechos en concreto. Antijuridicidad circunstanciada. *Quid* del llamado abuso del derecho”, LA LEY 2014-C, 1012 - Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. 03/06/2014.

# EL PROCESO DE DIVORCIO CONFORME EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. LOS PRINCIPIOS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

POR ENRIQUE M. FALCÓN(\*)

## 1. Principios y sistemas en el Cód. Civ. y Com.

De la letra de la ley (art. 1º del Cód. Civ. y Com.) no surge que los principios sean una fuente de derecho, sino que aparecen como medios de interpretación de la ley (art. 2º Cód. Civ. y Com.). En esta comunicación veremos que el mismo ordenamiento menciona a los principios como fuente de derecho, específicamente en el art. 2600 (1) y en muchas otras normas con distinto alcance y sentido (2). El que se emplee el mismo término para referirse a cuestiones distintas sin hacer la debida diferenciación se origina por el hecho de no tener presente la vaguedad y ambigüedad de los términos del lenguaje a los que se suman y agregan los términos jurídicos. Los fundamentos del Anteproyecto dicen al respecto que “No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico”. Esto es correcto, lo que no es correcto es no advertir que la palabra “principios” tiene, por lo menos, dos acepciones que regularmente se confunden. En ambos casos, se trata de *reglas de conducta*, pero resulta ser que algunas reglas son fundamentales y otras son contingentes. Estas últimas no son en realidad principios, sino sistemas de aplicación orgánica de un determinado conjunto de reglas.

Ahora bien, en realidad un principio es una regla que no admite la regla contraria. Por ejemplo, el principio de la defensa en juicio no admite una regla en la que se prive a la parte de dicha defensa, el principio ético no admite que el proceso se desarrolle de una manera antiética. Pues bien, estos principios, que tienen una sola cara, se muestran en tres grupos.

---

(\*) Comunicación del Académico, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de noviembre de 2017.

(1) Cód. Civ. y Com., art. 2600: Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

(2) Cód. Civ. y Com., arts. 8, 9, 22 a 24, 31 a 42, 104, 314, 315, 358, 389, 401, 402, etc.

El primero, como enseñó Clemente Díaz, está constituido por los presupuestos políticos que determinan la existencia de un ordenamiento jurídico, en especial, para el autor citado, la existencia de un “ordenamiento procesal cualquiera” (3). Las reglas de este tipo de principios están en la Constitución Nacional (4). Por ejemplo, el juicio previo (la presunción de inocencia o “*nulla poena sine iudicio*”), la bilateralidad de la audiencia, la igualdad ante la ley, el debido proceso adjetivo, etc. Un segundo grupo son los principios objetivamente establecidos por la sociedad, que devienen con el tiempo, en muchos casos, en principios constitucionales. Tales son, por ejemplo, los principios de moralidad y de verdad. Por último, podemos mencionar los principios derivados o fundados en reglas o leyes científicas. Sin duda son aplicables las ciencias formales (la Lógica y la Matemática) y los principios establecidos firmemente por la ciencia al momento de conocer la causa (como, por ejemplo, el ADN, la velocidad de la luz, etc.). *En este sentido, estos principios son fuentes del Derecho.*

En cambio, los sistemas –que también como dijimos son reglas de conducta— constituyen directivas que pueden realizarse o utilizarse de ese modo o de otro, sin mengua de los derechos de las personas. Puede suceder que un sistema sea mejor que otro, también que con el tiempo un sistema sea desterrado, pero, en general, es una opción del legislador. Así, cuando las normas infraconstitucionales disponen que determinado grupo de normas se regirá por tales principios, lo que está diciendo es que el continente dentro del cual se mueven esas normas debe ser *interpretado*, aplicando los sistemas generales a las que llaman principios. Lo que sucede es que, en general, se mezclan los verdaderos principios con los sistemas, lo que confunde la cuestión al llamarlos de la misma manera y hace innecesaria la reiteración cuando ya se han fijado los principios en sentido estricto pues, si un principio está en la Constitución Nacional, nada le agrega que se reitere en una norma infraconstitucional que, de todos modos, no puede violar el principio constitucional, el que es aplicable por ser una fuente del derecho primaria. Los sistemas tienen otra particularidad.

---

(3) DÍAZ, Clemente A. –*Instituciones de Derecho Procesal*, I- Introducción, p. 212, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968.

(4) Una observación que debe hacerse en este aspecto cuando, en el art. 1º, se habla de los “tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Se trata de una redundancia innecesaria porque, ya sea que dichos tratados están incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) o estén previstos por sobre las leyes (art. 31 CN), inevitablemente los hace fuentes del Derecho. Además, el orden del art. 1º deberá ser: “Las fuentes del Derecho son: La Constitución Nacional, las leyes...”. Otra cuestión, que no se menciona en el art. 1º y que es esencial, es que, como dice la misma Constitución, los tratados de Derechos Humanos (y todos los demás, por supuesto) lo son “en las condiciones de su vigencia”, lo que se refiere a las reservas y demás observaciones hechas a los tratados.



Se pueden enunciar como reglas a aplicar en un determinado conjunto de normas, para que el sistema orgánico general de las mismas tenga la coherencia lógica necesaria y debida. Pero también, si no se enuncian, pueden ser extraídos de ese conjunto de reglas (5).

Cuando comenzamos a examinar el Código Civil y Comercial en materia de divorcio no podemos dejar de atender el art. 706, que dice:

El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

En primer lugar, esta norma, cuando nos habla de “principios”, no solo los ve como elementos de interpretación, sino que también son fuentes. Todo este conjunto parece presentar algún tipo de confusión en el ordenamiento civil y comercial.

Un examen más detallado nos permite ver, conforme lo ya explicado, que el art. 706 del Cód. Civ. y Com. reitera principios constitucionales: *tutela judicial efectiva, buena fe y lealtad procesal, acceso a la justicia, interés superior del niño y personas vulnerables* (6). En cambio, son sistemas que pueden considerarse muy buenos, pero no esenciales, la *intermediación, oficiosidad, oralidad, y acceso limitado al expediente, resolución pacífica de los conflictos, jueces especializados y contar con apoyo multidisciplinario*. Pero la enumeración, que en muchos aspectos ya se aplicaba antes del Código Civil y Comercial, incluyendo otros “principios” (sistemas) como el de gratuidad, permitió que la justicia obre sin aplicar varios de los siste-

---

(5) En algún modo, Eisner ha desarrollado esta idea al decir que son múltiples las formas que pueden adoptarse para regular el mecanismo procesal, con el cual se piensa dar a cada uno lo suyo y son o pueden ser diversas las orientaciones a las que obedecen. Esas orientaciones son las que nos van a explicar los sistemas procesales y, dentro de esos sistemas, cuáles son las pautas directrices; entonces, aquí veremos los principios formativos o rectores del proceso (EISNER, Isidoro -*Planteos procesales*, La Ley, Buenos Aires 1984, pp. 48/49).

(6) Por otro lado, véase que no está mencionado el principio del plazo razonable, previsto en el del Pacto de San José de Costa Rica y de los arts. 11.2 Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin embargo esa regla debe ser aplicada.

mas propuestos, lo que no indica que las soluciones dadas por los jueces hasta este momento sean por ello injustas. Tengamos en cuenta, además, que parece que la norma del art. 706 no podrá aplicarse en su totalidad en tanto no se reformen los Códigos procesales que no se adecuan a sus principios (por ejemplo, la “oralidad”).

## 2. El divorcio en el Cód. Civ. y Com.

Vayamos ahora al Divorcio. La palabra divorcio, como todos sabemos, significa la disolución o separación por el juez competente de las personas unidas en matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal. Este concepto, en la actualidad, comprende solo el divorcio vincular. Se trata de una institución exclusiva para el matrimonio, pues no hay divorcio en las Uniones convivenciales, ni en ningún otro tipo de relación humana. Dejaremos de lado la evolución del divorcio en Argentina recordando solamente que, en su origen, el Código Civil en el art. 198 disponía: “El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial”.

El divorcio es solo una de las causas de la disolución del matrimonio pues, como es de toda obviedad, el art. 435 del Cód. Civ. y Com. incluye dos causales más, que son la muerte de uno de los cónyuges y la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento. No obstante, también se regulan dos figuras que completan este cuadro, las cuales, al igual que el divorcio, “la separación de hecho sin voluntad de unirse y la *decisión judicial de cualquier tipo* que implica cese de la convivencia, y que excluyen el derecho hereditario entre cónyuges” (art. 2437, v.gr. exclusión del hogar por violencia familiar), constituyen elementos de la separación de los cónyuges. Por otra parte, la ley 26.994 que aprobó el Código Civil y Comercial estableció una serie de normas complementarias para la aplicación del citado ordenamiento. En lo que nos interesa ahora, el art. 8°, Primera dispone:

En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular. Si la conversión se solicita de común acuerdo, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve, sin trámite alguno, con la homologación de la petición. Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres (3) días. La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación.

En el nuevo sistema del divorcio del Cód. Civ. y Com. desaparece el modelo de causales subjetivas, incluida la causal objetiva, al igual que la separación personal o de cuerpos y el divorcio sin manifestación de causa por presentación conjunta. En cambio, se establece un nuevo requisito que es fundamental para la admisibilidad de la demanda de divorcio y que es una *propuesta*. Así, se pasa del divorcio *sanción* al divorcio *remedio*. Los fundamentos del Anteproyecto muestran esta línea adoptada:

“El avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial. (y agrega) El Anteproyecto amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio. La mirada rígida sobre las relaciones humanas familiares, bajo la excusa de considerar todo de orden público, contraría la noción de pluralismo que pregona la doctrina internacional de los Derechos Humanos. En efecto, existe un derecho a la vida familiar y, consecuentemente, la injerencia estatal tiene límites”.

No me queda claro si la intromisión del juez en la formación posterior del *convenio*, sin hacer referencia a que dicha intromisión se debe dar en caso de vulnerables o de alguno de los cónyuges que evidentemente se encuentre en la situación del art. 332 (7), no constituye una contradicción con los criterios de autonomía de la voluntad mencionados en el Anteproyecto. Pero sigamos con las cuestiones que ahora nos interesan relacionadas con el divorcio

Lo primero que se observa es que no se establecen *plazos* para pretender el divorcio. Aunque resulte ridículo pensarlo, el divorcio podría presentarse al día siguiente de casarse. Hay que tener en cuenta, no obstante, que de acuerdo con el modelo del Cód. Civ. y Com., en el marco del matrimonio los cónyuges se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común, basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad y que ambos deben prestarse asistencia recíproca (art. 431), pero no existe deber de cohabitación. Naturalmente, al no haber causales para el divorcio, la infidelidad no aparece sancionada en ese campo, ya que el cónyuge agraviado puede pedir el divorcio en cualquier momento y solicitar alimentos si correspondiera. La fidelidad en el matrimonio es un deber moral, pero la violación de las reglas morales puede dar lugar –en ciertos casos– a una reparación económica, aunque la misma tendrá que estar relacionada con un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su

---

(7) En el caso de los mayores que no son incapaces por alguna enfermedad mental u otra circunstancia anómala, la protección judicial es superabundante porque para ello ya tienen un abogado, cuya intervención es necesaria (art. 56 CPCCN).

ruptura (art. 441), aunque en el tema de la moralidad (siempre relacionado con lo económico) su compensación económica condicionará los criterios que debe seguir el juez para otorgarla y establecer su monto (art. 442).

### **3. El proceso de divorcio. Cuestiones generales.**

Hemos visto que, por el momento, no todos los Códigos procesales están en condiciones de cumplir con los “principios”, es decir con los sistemas que establece el Cód. Civ. y Com. para los procesos de familia. En tal caso, debe considerarse que estos principios (sistemas) son reglas programáticas y no operativas. De modo que los Códigos, como el nacional, que no tienen proceso oral, adecuarán sus reglas lo mejor que puedan al nuevo sistema, hasta tanto se dicte un nuevo Código. Este nuevo código puede ser un Código Procesal Civil y Comercial o un Código Procesal de Familia, como ya existe en algunas provincias. El Cód. Civ. y Com. no establece reglas específicas para el trámite del proceso de divorcio, porque se ha considerado que no resulta necesario ni apropiado avanzar más sobre las reglas procesales locales. Sin embargo, la falta de incursión sobre el aspecto procedimental que se ha hecho en otros campos del Código produce algunos problemas interpretativos, sobre todo porque incluye reglas que dejan baches en el procedimiento y que dan lugar a las más diversas soluciones judiciales. Veamos ahora el procedimiento a seguir, con un ejemplo en el CPCCN:

1) *Proceso ordinario.* Dada la organización del CPCCN, los procesos de divorcio y nulidad de matrimonio se articulan por vía del proceso de conocimiento ordinario, ya que, conforme con el art. 319 de dicho ordenamiento, “Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autorice al juez a determinar la clase de proceso aplicable”. Sin embargo, dada la nueva legislación sustancial, habrá que adecuar este sistema a ciertas reglas que previene el nuevo sistema del Cód. Civ. y Com.. En el sistema de la provincia de Buenos Aires, el tribunal seguirá el procedimiento del art. 848 CPCC (BA), en lo pertinente, imponiendo al trámite el proceso sumario. Para ver el funcionamiento del nuevo sistema debemos responder por lo menos a cuatro preguntas:

- i) ¿Cómo funcionan las medidas cautelares?
- ii) ¿Se aplica o no la mediación familiar obligatoria previa?
- iii) ¿Cuál es el plazo de traslado de la propuesta?
- iv) ¿Es posible reclamar daños y perjuicios en los procesos de divorcio?

2) *Preliminares*. Sin perjuicio de las preguntas antecedentes, también deben examinarse algunos otros aspectos en esta materia:

i) *Competencia en el divorcio y la nulidad de matrimonio*. La competencia en materia de divorcio y nulidad de matrimonio está prevista en el art. 717 del Cód. Civ. y Com., que expone:

En las acciones (léase procesos) de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta. Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo.

ii) *Legitimación*. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges (art. 437). Resulta claro y fuera de toda discusión los sujetos legitimados, ya que solo ellos tienen un interés jurídico sobre una materia propia y exclusiva. Además, el Cód. Civ. y Com. admite la presentación individual o de ambos cónyuges, presentación conjunta, que sigue los criterios del art. 336 CPCCN, pero no para el sistema que tenía previsto el art. 67 bis de la ley 2392 y su continuación por vía del art. 236 del actual CPCCN. La línea que prevé el Cód. Civ. y Com. es diversa.

3) *Las medidas cautelares*. La extinción de la comunidad conyugal da lugar a medidas cautelares que resultan ser muy específicas. Pero, además, el art. 479 dispone: “En la acción de separación judicial de bienes se pueden solicitar las medidas previstas en el artículo 483”. Y este art. 483 establece las medidas protectorias en la indivisión postcomunitaria cuando expresa:

En caso de que se vean afectados sus intereses, los partícipes pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, las siguientes: a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada; b) su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro; su desempeño será regido por las facultades y obligaciones de la administración de la herencia.

Respecto de las medidas cautelares, en particular el Cód. Civ. y Com. no ha efectuado una diferenciación importante con el CCivil, y las medidas cautelares pueden ser previas al proceso o luego de iniciado éste. Respecto de las mismas dispone que, deducida la acción (pretensión) de

nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble; b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges; c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal; d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos, conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro; e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433 (art. 721). Este primer campo corresponde a los sujetos de la relación. El art. 722 regula la situación respecto de los bienes: “Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial. También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares. La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración”.

4) *La mediación familiar*. La mediación familiar, en el sistema nacional de la ley 26.589, está establecida solamente para cuestiones patrimoniales (art. 5º, b), pero, en este caso, la propuesta que contiene cuestiones patrimoniales y no patrimoniales debe ser examinada en su conjunto porque una separación hace en muchos casos que se frustre el resultado final, ya que los temas de la propuesta se imbrican e interrelacionan unos con otros, de manera que la separación llevaría a la incoherencia que, en caso de no lograrse la mediación sobre las cuestiones económicas, obligaría al juez a esperar su solución o bien a realizar otra audiencia ante el magistrado, tomando de nuevo la totalidad de la cuestión. Dice Guahnon, con quien coincido, sobre este tema:

La petición de divorcio no está sujeta a la mediación obligatoria (conf. art. 5º, inc. 6, de la ley 26.589) ni a la etapa previa en las jurisdicciones donde está prevista, como en la provincia de Buenos Aires (conf. art. 828 del CPCCBA), más allá de que existan tribunales de familia en esta provincia que, ante la petición de divorcio, remiten el expediente al consejero de familia a fin de que fije una audiencia. Ahora bien, como necesariamente dicha petición de divorcio debe ir acompañada de una propuesta reguladora, en la cual puede no haber conformidad de las partes respecto de los efectos del divorcio (atribución de la vivienda, distribución de los bienes

comunes, plan de parentalidad, alimentos, etc.), surge la cuestión de si se exige o no el cumplimiento de la mediación previa respecto de tales cuestiones, pues el hecho de que la ley exija a los cónyuges el acompañamiento de una propuesta o convenio —según el caso— a los únicos fines conciliatorios y como recaudo de admisibilidad de dicha petición no podría transformarse en una vía para dilatar una sentencia que, aun frente a los desacuerdos o conflictos que se susciten entre ello respecto de las propuestas o acuerdos, deberá ser indefectiblemente dictada (conf. art. 438, párr. 4º, del Cód. Civ. y Com.) (8).

#### 4. El proceso de divorcio. El trámite

El divorcio puede ser pedido de manera unilateral o de manera conjunta (art. 437). En la demanda, ya sea individual o conjunta, se debe incluir *una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición*. Se trata de una acumulación de pretensiones (art. 87). Este modelo lo que hace es establecer un sistema secuencial de acumulación, por lo que la pretensión de más importancia (la propuesta) es la que rige el procedimiento. Ahora, debemos agregar a lo explicado respecto de la exclusión de la mediación en este proceso que dicha exclusión se apoya en el hecho de que la propuesta de la que derivará el convenio regulador es más integral que la simple división de bienes, pues comprende la totalidad de la relación familiar, que no puede escindirse en lo patrimonial y lo no patrimonial. Pero esta acumulación de pretensiones, a diferencia de la prevista en el art. 87 CPCCN, es una acumulación ordenada por la ley como requisito de admisibilidad de la demanda. Claro que el Código no establece el contenido mínimo de la propuesta (sino solo del convenio, at. 439 Cód. Civ. y Com.), lo que puede obligar al juez a ordenar que se incorporen otros elementos que considere pertinentes, aún antes del traslado, cuando la propuesta sea evidentemente incompleta.

a) *Divorcio individual*. Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta. Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en los que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia. En ningún caso el desacuerdo en el convenio (sic: entre las propuestas) suspende el dictado de la sentencia de divorcio. Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regu-

---

(8) GUAHNON, Silvia -*Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2016, pp.165 y 166.

lador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local (art. 438). Es fundamental que, si se cumple el requisito de admisión de la demanda que es integrarla con la propuesta, no existe ningún impedimento para que se dicte el divorcio inmediatamente, una vez contestada la demanda o vencido el plazo para ello. La determinación final de la propuesta acompañará el divorcio o seguirá su trámite de manera independiente. Sin perjuicio de lo expresado, se tendrán en cuenta las reglas sobre división de bienes. Ya hemos visto que el procedimiento a seguir es el del proceso ordinario (en el proceso nacional; en el de la provincia de Buenos Aires será el sumario) con las modificaciones del Código Civil y Comercial.

1) *Etapa introductiva.* Así, la primera cuestión que debemos analizar es la demanda. Ella se integra con la petición de divorcio y la propuesta, la que debe ser acompañada por los elementos que la funden, según ya veremos. Aquí hay que considerar el plazo del traslado, de estas dos partes de la demanda y sus efectos: 1) el divorcio, 2) la propuesta regulatoria. El primero (el divorcio) se traslada solo a los fines de conocimiento de la otra parte (ya que el divorcio no es controversial) y el segundo es el que debe considerarse. El divorcio y la propuesta constituyen dos pretensiones acumuladas por ley y, en consecuencia, el plazo de la mayor es la que gobierna el proceso. De manera que, en el sistema del CPCCN, el plazo de traslado es de 15 días (art. 338 CPCCN). El demandado tiene *la carga* (no el deber ni la obligación) de contestar la propuesta, pero la falta de contestación no importa el rechazo de la contestación (pues la demanda sólo requiere la propuesta con requisito de admisibilidad) ni tampoco inmediatamente se hará lugar a la propuesta presentada por la otra parte, pues dependerá de lo que considere el juez al respecto. Una vez que la parte contraria contesta la propuesta (allanándose a la misma o contradiciéndola) o vencido el plazo de contestación de la demanda, el juez de oficio o a petición de parte dictará la sentencia de divorcio, la que se notificará al demandado (ya ahora, en el sistema nacional y en todos los que tengan notificación electrónica, por esta vía).

2) *Examen de la propuesta.* Es ahora cuando el juez, examinando la propuesta o ambas propuestas, ordenará, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros elementos que se estiman pertinentes. Con o sin elementos a acompañar (salvo que se hayan pedido bajo apercibimiento de tener por desistida la pretensión), o sin la contestación del demandado, el juez fijará una Audiencia para ver si se llega a un acuerdo total o parcial. Si las propuestas coinciden o se llega a un acuerdo sobre las mismas, tenemos el *convenio regulador*. Pero para la determinación de las



propuestas y formación del convenio regulador, se presentarán entonces tres situaciones:

i) Ambas partes están de acuerdo. El juez observa el convenio y, si no encuentra inconveniente, lo aprueba tanto en lo que hace a las relaciones, los alimentos, la ocupación de la vivienda, las cuestiones de parentalidad y comunicación y la división de bienes.

ii) Las partes no están de acuerdo y faltan elementos. De oficio o a petición de las partes, ordenará que se incorporen otros elementos que se estiman pertinentes. Una vez incorporados estos, puede suceder que se tengan todos los elementos para resolver y, si no hay acuerdo de partes, el juez resolverá respecto del convenio regulador (de manera similar a la indicada en (i)).

iii) Puede suceder también que, integrados estos elementos o porque son necesarias más pruebas para la determinación de los bienes, las participaciones en sociedades u otro tipo de situación que no resulte ostensible, el juez ordene el ofrecimiento de pruebas en un plazo determinado y disponga, una vez ofrecidas, la producción de las mismas en los términos del proceso ordinario o el que corresponda según indique cada sistema provincial en particular. Y de allí, sin perjuicio de la posibilidad de resolver las cuestiones que estén en condiciones de ser resueltas, por ser independientes, o necesarias (alimentos, vivienda, etc.), entraremos en una etapa similar a la que correspondía en el sistema del Código Civil de División de bienes. Y esto es así porque el mismo Código Civil y Comercial dispone: “Disuelto el matrimonio, a falta de acuerdo entre los cónyuges separados de bienes o sus herederos, la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias” (Art. 598).

iv) En este caso podrán dictarse medidas cautelares y, finalmente, se dictará la sentencia sobre el convenio con las implicancias que correspondan a la misma. No se trata de la sentencia de divorcio que, como vimos, debió dictarse oportunamente, sino de la sentencia que a la luz de las propuestas y de las pruebas realizadas dicta el juez, convirtiendo esas propuestas en un convenio regulador.

3) *Actuación del demandado. Reconvención. Falta de legitimación para obrar.* Un aspecto que no se ha examinado en este sistema del Cód. Civ. y Com. —y que justifica el traslado por 15 días en el proceso ordinario— es el de la reconvención por nulidad de matrimonio. Ciertamente que, si frente al divorcio se plantea como reconvención la demanda por nulidad de matrimonio, el pedido de divorcio no puede proceder, aunque se haya presentado la propuesta, porque la nulidad de matrimonio es una cues-

ción prejudicial respecto del divorcio, ya que si se admite la nulidad del matrimonio las partes no pueden divorciarse. La parte demandada no puede articular ninguna defensa contra el divorcio, porque el mismo es un derecho de quien lo pide, derecho que no puede ser objetado en modo alguno como tampoco puede ser renunciado, cuestión que el art. 436 Cód. Civ. y Com. desarrolla expresamente al decir: “Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito”. Sin embargo, si le cabe al demandado tanto la nulidad de matrimonio cuanto la defensa de “falta de legitimación para obrar”, prevista en el art. 347 inc. 3º, sea o no manifiesta (a diferencia del CPCCN que requiere que sea manifiesta pues, de lo contrario, se considerará en la sentencia definitiva), pues en este proceso debe considerarse de manera inmediata y resolverse, no hay otras cuestiones intermedias que tratar. Y esta defensa (que el Código Procesal incluye equivocadamente bajo el título de excepción previa), va más allá de los supuestos de la nulidad de matrimonio, pues se da cuando no existe vínculo jurídico entre actor y demandado y, en tal caso, debido a que para divorciarse hay que estar casado, la defensa podría ser que el demandado esgrima que no se han casado, o que no ha prestado consentimiento para el acto, aspecto que puede darse en el matrimonio a distancia (art. 422 Cód. Civ. y Com.) (9), o porque no se ha probado que el matrimonio exista (10). O bien que se trate de un homónimo. En estos casos, primero deberá resolverse la defensa de falta de legitimación para obrar o la nulidad del matrimonio.

b) *Divorcio por presentación conjunta*. Este no es el supuesto del Código Civil con sus reformas, donde se reguló el divorcio mal llamado “de mutuo acuerdo” o por “presentación conjunta”. Aquí, la presentación conjunta se orienta dentro del sistema del Cód. Civ. y Com.. Se trata de una presentación en los términos del art. 336 CPCCN (11), que debe adaptarse al

---

(9) Cód. Civ. y Com., art. 422.- El matrimonio a distancia es aquel en el cual el conyugado ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado.

(10) Cód. Civ. y Com., art. 423.- El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Cuando existe imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad. La posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio. Si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio.

(11) CPCCN, art. 336 (texto conf. ley 25.488). - El demandante y el demandado, de

sistema controversial de las propuestas en su caso. De manera que, si ambas partes piden el divorcio, podrán acordar todos los temas y presentar conjuntamente un acuerdo, que ahora en conjunto se llama “convenio regulador”. Igualmente se fijará la audiencia, pues el juez debe verificar que no existe perjuicio para el interés familiar en dicho convenio. También puede suceder que ambas partes pidan el divorcio, pero que no acuerden total o parcialmente sobre el eventual convenio regulador. En tal caso, podrán indicar en el mismo escrito o en escritos separados las propuestas de ambas, señalando los temas a los que han llegado a un acuerdo y los que están en disputa. En tal supuesto, el juez tomará las medidas que correspondan en los términos que ya hemos expresado, es decir, el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes y las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia

c) *El contenido de la propuesta. El convenio regulador.* Por último, veamos el contenido de la propuesta. Como ya adelantamos, el Cód. Civ. y Com. establece cuál es el contenido de ese convenio regulador, pero no de las propuestas, aunque las mismas tienen que apuntar en el mismo sentido, ya que la suma concordante de ambas o lo que decida el juez, en su caso, constituye el convenio regulador. Queda pendiente el hecho de la presentación de una propuesta que a todas luces resulte una farsa y la posibilidad de intimar su construcción seriamente bajo apercibimiento de tener por inadmisibles el pedido de divorcio. Más allá de lo expresado, el convenio regulador debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, la distribución de los bienes y las eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges; el ejercicio de la responsabilidad parental, en especial, la prestación alimentaria; todo siempre que se den los presupuestos fácticos contemplados en esta Sección del Cód. Civ. y Com., en consonancia con lo establecido en los títulos I (matrimonio) y VII (responsabilidad parental) del Libro 2º del mismo. El contenido que se regula en el Cód. Civ. y Com. es necesario, pero mínimo, de manera que no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges (art. 439), pues la enumeración es ejemplificativa y no taxativa. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio. El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente (art. 440). No obstante, no es necesario que todas esas cuestiones

---

común acuerdo, podrán presentar al juez la demanda y contestación en la forma prevista en los artículos 330 y 356, ofreciendo la prueba en el mismo escrito. El juez, sin otro trámite, dictará la providencia de autos si la causa fuere de puro derecho. Si hubiese hechos controvertidos, recibirá la causa a prueba y fijará la audiencia preliminar prevista en el artículo 360.

estén presentes en el convenio, pues algunas, como las compensaciones económicas, pueden plantearse con posterioridad. Si los cónyuges están de acuerdo en la propuesta, salvo que el juez advierta lesión para uno de ellos o perjuicio para otros integrantes de la familia, especialmente aquellos a los que se debe la responsabilidad parental, tiene que homologar el convenio. En cuanto a las garantías, a pesar de lo expresado en el art. 440, la exigencia de las mismas por el juez puede ser de oficio o a pedido de parte. Estas garantías son de diverso tipo, tanto para asegurar las relaciones patrimoniales como el cumplimiento de los deberes que surgen de la parentalidad (comunicación y custodia).

### 5. Daños y perjuicios en el divorcio.

En el Código Civil se admitía la reparación de daños y perjuicios en la nulidad de matrimonio (art. 225 CC), criterio sostenido en el art. 429 inc. c) con los demás agregados que provee el nuevo ordenamiento del Cód. Civ. y Com.. Ahora bien, en el Código Civil nada se decía respecto de los daños y perjuicios en el divorcio, lo que dio lugar a una gran discusión doctrinaria que en el sistema federal y nacional fue solventada por el plenario del 20 de setiembre de 1994, que admitió el daño moral que podía pedirse en el divorcio (12). Además, algunos fallos agregaron que, en lo restante (es decir, en los daños y perjuicios), si uno de los cónyuges incurre en alguna causal de las taxativamente enumeradas por el art. 202 del Cód. Civil, está cometiendo un hecho ilícito, porque viola deberes derivados del matrimonio que son susceptibles de dar lugar a la sanción civil del divorcio, pero si ese ilícito además causa un daño objetivamente cierto a la persona del inocente, no existe impedimento alguno para penetrar en el campo aquiliano y disponer que se enjuge el perjuicio con las sanciones propias de ese ámbito (13). Estas decisiones tuvieron sus contrarias, como el voto de Kiper en el plenario mencionado (14) y en la doctrina y jurisprudencia provincial (15). Como el daño moral y eventualmente los

(12) En nuestro derecho positivo es susceptible de reparación el daño moral ocasionado por el cónyuge culpable, como consecuencia de los hechos constitutivos de las causales de divorcio (CNCiv., en pleno, 20-IX-94, "G., G. G. c/ B. de G., S. M.", Doctr. Jud., 1994-2-1171). La indemnización por daño moral en el proceso de divorcio ha de quedar reservada a conductas del cónyuge que, además de representar la violación de deberes matrimoniales, impliquen auténticos agravios al otro cónyuge, sin limitarse a ser solo expresiones de pérdida del vínculo afectivo (C. Nac. Civ., sala E, 2-5-2011-M., M. v. A., J.).

(13) Juzgado Civil, Familia y Sucesiones de Tucumán, N° 1 -20/3/2012-"I., E. A. v. R., M. E. D. V.", Newsletter.REF-Abeledo Perrot.

(14) CNCiv. en pleno, 20-9-94, G., G.G. c/ B. de G, S. M., LL. 1994-E-538.

(15) CULACIATI, Martín M. -Causales de divorcio y perspectivas jurisprudenciales, Rev. JA. 2012-I- fasc. 13, 28—3-2010, p. 51. Hemos eliminado las notas del autor. Es im-

daños y perjuicios se fundaban en las causales del divorcio, causales que han sido eliminadas, el nuevo código prescinde de los daños y perjuicios y el daño moral como consecuencia del divorcio. Ello no quiere decir que si hubiera otras causales de reparación conforme las reglas de Responsabilidad Civil (arts. 1708 y sgtes. Cód. Civ. y Com.), que comprenden además la función preventiva, la revisión de la punición excesiva, la función resarcitoria, el daño resarcible, etc., no pueda demandarse los daños y perjuicios. Pero allí habrá que acomodarse a las circunstancias de estas normas y no al hecho del divorcio y relacionarlo con la compensación económica y otros acuerdos a los que se haya llegado en el divorcio. ◆

---

procedente la reparación del daño moral por los hechos configurativos de las causales subjetivas del divorcio, pues aparte de que el legislador ha regulado en forma autónoma todo lo atinente al régimen del matrimonio, no hay razones para pensar que haya omitido (por un mero descuido) lo relacionado con la reparación de los daños producidos por los hechos constitutivos de aquellas, máxime si se pondera que trató expresamente lo relativo a los daños causados en los casos de nulidad de matrimonio y no lo hizo en el caso de la separación personal y del divorcio (C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, 3/3/2009, D., M. C. v. B., M. A.).



*IN MEMORIAM DEL ACADÉMICO  
RODOLFO MORENO*

EN VÍSPERAS DEL CENTENARIO DEL CÓDIGO PENAL

POR JORGE REINALDO VANOSSI(\*)



(\*) Comunicación del académico presidente Jorge Reinaldo Vanossi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 7 de diciembre de 2017.

### I. SEMBLANZA DEL HOMBRE

Un gran señor munido de principios que practicaba, dotado de ideas e ideales sustentados en un gran valor ético y moral. Al mismo tiempo, un renovador, mirando siempre hacia el futuro, sin dejar de avizorar los riesgos que se corren en cada emprendimiento de la vida.

Un hombre de ley. Un caballero de señorío y de palabra. Un hombre con fuerte personalidad de ciudadano. Un estadista. Un político cabal. Un legislador sabio y propositivo, con fortaleza y sapiencia en los debates. Un académico con honor y merecimientos reconocidos. Un docente hecho y derecho. Sensible ante la realidad aunque nunca capitulante ante la adversidad por cansancio o por la fuerza o por la contrariedad.

Un capacitado para las más altas jerarquías a las que estaba destinado a acceder, pero que las mezquindades políticas le vedaron la llegada. Una personalidad de honra y honor que optó por su retiro y guardó silencio hasta el fin de sus días, presenciando con tristeza la decadencia de la República y la devaluación de la democracia.

Un adicto —“enérgico y nada maleable”— al respeto constitucional; que no fue comprendido a su debido tiempo. Un vidente de la necesidad de los cambios que la época exigía y que, de haber podido llevarlos a cabo con la fuerza de su investidura, seguramente habrían ahorrado a su amada Patria los desbordes que desquiciaron a la Nación y que minaron los contenidos éticos de la vida social y de los imperativos cívicos inherentes a la ciudadanía, como contención de los atrevimientos surgidos del afán demagógico del autoritarismo y del populismo.

### II

La multifacética figura de Rodolfo Moreno requiere una sucinta descripción de su origen y ulterior trayectoria; así debe ser, pues el hombre es producto de su origen y es desarrollo de su actuación que, en este caso, se trata de un nutrido *cursus honorem* que lo ha proyectado a jerarquías superiores.

Nacido el 20 de marzo de 1879, su lógica pertenencia será a la generación siguiente a la de la famosa “generación del ochenta”; o sea, a la generación “del Centenario” —de la Revolución de Mayo— y que fueron protagonistas de grandes realizaciones en los más variados órdenes de la vida nacional(1).

---

(1) Hijo del ingeniero civil —de su mismo nombre— que era nacido en Chile (argentino por opción) y graduado en la Universidad de Buenos Aires, para ser lue-



Su pertenencia al conservadurismo político no lo inhibió de abrazar las posturas más progresistas con miras al perfeccionamiento de nuestras instituciones en todos los órdenes, en procura de lo que calificaba como la necesidad de producir un “saneamiento social”, habida cuenta de que, a su entender —dentro de un pensamiento liberal—, “no se podrá intentar con éxito la defensa *completa* de la sociedad mientras no se extirpen los focos verdaderos de la enfermedad” (*sic*). Y así lo demostró, con coherencia, en su paso al frente de la gobernación de la provincia de Buenos Aires al retornar de su misión diplomática en el Japón, entre los años 1942 y 1943, llevando a cabo su voluntad en pro del saneamiento electoral, la construcción de obras públicas de interés general de la población, cárceles “sanas y limpias” (art. 18 de la Constitución Nacional) que no llegó a completar, a causa de la renuncia al cargo, y que le impidió proseguir con la tarea empeñada debido a mezquindades políticas que desembocaron en un cambio de rumbo para la Nación.

### III

La sólida formación del doctor Rodolfo Moreno comenzó con su educación —primaria y secundaria— y el acceso a la Facultad de Derecho porteña a los fines de abrazar la carrera de abogacía, de donde egresa como abogado en el año 1900, decidiendo proseguir sus estudios en la misma casa para obtener el “Doctorado en Jurisprudencia” con su tesis sobre “Proteccionismo industrial”, obteniendo diploma de honor ese mismo año. Pero no se limitó a ello, ya que se orientó también a la enseñanza —de literatura en el Colegio Nacional platense—, siendo profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de

---

go catedrático en la Facultad de Ingeniería en la UBA y decano en su gemela de la Universidad de La Plata; también tuvo actuación política en la Legislatura bonaerense y desempeñó el Ministerio de Hacienda y Obras Públicas de esa provincia. Su madre fue Rosalina da Rocha Miró (oriunda de Río de Janeiro). Se casaron en Buenos Aires en julio de 1877. El apellido compuesto del padre era “Moreno Montes de Oca”. Corresponde señalar que tanto el padre como el hijo tuvieron activa participación en la masonería argentina. Alcibíades Lappas, en su *Diccionario*, resalta la actuación de ambos y pondera los rasgos políticos de Rodolfo hijo como jurista y político, destacando que “De principios eminentemente democráticos y liberales rompió con el propio gobierno nacional cuando éste mantenía relaciones con los gobiernos totalitarios del Eje Roma-Berlín” (*sic*). Se “inició en 1905 (cfr., ob. cit., p. 288, Buenos Aires, 1966) en la Logia ‘Obediencia a la Ley’, que había encabezado Domingo Faustino Sarmiento. También Hipólito Yrigoyen —de quien Moreno era un enconado crítico opositor— perteneció a la masonería (‘Logia Docente’) y durante su presidencia dio promulgación al Código Penal de la autoría de Rodolfo Moreno”.

la misma Universidad, donde también formó parte del Consejo Académico y se desempeñó como secretario.

Más adelante, pasa a ocupar la cátedra de Derecho Penal, como profesor titular, en la Universidad de Buenos Aires, que sería su vocación definitiva en la ciencia jurídica, habiéndose iniciado como suplente ya en noviembre de 1907. Luego, en mayo de 1917 obtiene por concurso la titularidad de la cátedra de Derecho Privado en el curso de Doctorado.

Como reconocimiento a esa consagración científica y docente, sería elegido académico titular de la “Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, electo el 13 de febrero de 1925. No sería este su único galardón, por cuanto sus obras publicadas en el ámbito del derecho trascendieron y lo llevaron a ser incorporado como miembro de la “Academia de Ciencias Sociales y Políticas” de Filadelfia y de la “Academia de la Historia” de Illinois. Formó parte también del tradicional Colegio de Abogados de Buenos Aires.

Su obra escrita es numerosa y valiosa, cabiendo mencionar —entre otras— a *La ley penal argentina* (1903); *Los tribunales de la costa sud* (1909); *Funcionamiento de las cámaras de apelación* (1914); *Proyecto de Código Penal y sus antecedentes* (1922); *Legislación penal y carcelaria* —del mismo año—; *El problema penal* (1933); *Ideas de gobierno y política activa* (1934); *La cuestión democrática* (1937); *Más allá del oriente* (1946), editado por Sudamericana, donde relata su actividad diplomática en Japón y retrata la sociedad y la política al iniciarse la Segunda Guerra Mundial con la intervención de ese país en la agresión del eje.

No fue ajeno a la actuación periodística al ejercer la redacción del diario *El Tiempo* y, también, como director de *La Argentina*.

Su mayor empeño y aporte fue sin duda su densa obra, *El Código Penal y sus antecedentes* (año 1922), con un contenido de siete tomos(2).

---

(2) En la nómina de publicaciones de los trabajos de Moreno, el Prof. Silva Riesstra incluye estudios de derecho penal, derecho civil y derecho constitucional: “Cuestiones penales. El Código Civil de Suiza. El Código Penal y sus antecedentes. El problema penal. Enfermedades en la política argentina. Fundamento de un proyecto de Código Penal. La cuestión democrática. La ley penal argentina. Derecho de reunión y afealías de municipalidades. La democratización del derecho privado. La filiación. La ley orgánica de las intervenciones. La ley penal argentina. La moneda del futuro. La seguridad social. Las penas en la reforma de nuestra ley penal. Las personas en el derecho civil comparado. Legislación penal y carcelaria. Nuevas orientaciones del derecho civil. Proteccionismo industrial. Proyecto de ley de organización de la Justicia en materia penal”.

## IV

El Código más famoso había sido hasta entonces el debido a la autoría de Carlos Tejedor, que se sancionó para toda la Nación en 1886 y estaba inspirado en el ideario de la escuela “clásica”.

Pero ya en 1890 estaba sobre el tapete la propuesta para propiciar la reforma penal. La Comisión encargada de esa tarea quedó integrada por los doctores Norberto Piñero, José Nicolás Matienzo y Rodolfo Rivarola, quienes presentaron su trabajo al ministro de Justicia en junio de 1891, con un Proyecto de trescientos cincuenta y dos artículos y una “exposición” de motivos de doscientas cuarenta y dos páginas, siendo puesto a estudio por la Cámara de Diputados en 1895. Entre las opiniones favorables, se destacaba la de Rodolfo Moreno, que apuntó: “Confieso que hubiera encontrado más acertado que la sanción de reformas parciales, la adopción, en general del Proyecto Rivarola, Piñero, Matienzo, que es inmensamente más completo que el Código vigente. Sobre todo, lleva la ventaja de obedecer a un plan razonado, metódico, y no ser una serie de disposiciones tomadas de distintas partes, y por distintas personas, como esos trajes muy viejos de algunos pordioseros, que tienen muchos remiendos de diferentes colores, clases y épocas” (cfr. Moreno, *La ley penal argentina*, p. 65).

En 1900 surge un nuevo proyecto de Código que dio lugar a críticas, entre ellas, las observaciones formuladas por Rodolfo Moreno en 1903 sobre complicidad, penas, hurto, robo y otros, poniendo de relieve las deficiencias que encierran; estudiando en primer término el fundamento de la “responsabilidad”. Y otro Proyecto se presenta seis años después. En varias oportunidades Moreno también observó algunas contradicciones en cuanto a la aplicación de la pena de muerte, tan discutida al respecto, y decía: “De manera, entonces, que el propósito tenido en vista por la Comisión del Senado cuando decía que debía ‘mantenerse la disposición vigente, como un medio de limitar en lo posible la pena de muerte’, falla por su base, porque ese mantenimiento en nada lo evitará, desde el momento que los incisos en estudio aplican esa pena sin tener en cuenta las atenuantes; se limitan al hecho. Creo por todo esto, que la reforma se ha excedido, pues sus mismos autores han pensado en limitar la pena capital, dejando, sin embargo, al Código en condiciones contrarias a sus propósitos” (cfr. Moreno, *La ley penal argentina*, p. 185).

Cabe destacar y subrayar lo que los investigadores Lucio Pérez Calvo y Sebastián María Steverlynch han señalado acerca de la producción de Rodolfo Moreno en cuanto a la imbricación penal y la realidad política de su tiempo:

“Si bien todas sus obras son destacables, merece un capítulo aparte *El problema penal*, que data de 1933, en la que enumera las problemáticas delictuales de su tiempo, que son de novedosa actualidad, las que emanan, según su criterio, de ‘los focos de mala vida’, explayándose sobre ciertos criterios de los criminales y sus organizaciones, contra quienes, dice, debe existir una defensa constante y enérgica, enumerando entre los elementos tolerados, consentidos o estimulados los ‘guapos de profesión, los batidores, la trata de blancas y jugadores de oficio’.

”En ese mismo libro, traducido a varios idiomas, afirma que, para poder destruir las organizaciones criminales y producir el saneamiento social de sus miembros, es necesario chocar con muchos intereses creados, pero la nobleza y utilidad de su propósito justifica el empleo de toda la energía precisa para atacar el mal en sus raíces: ‘no se podrá intentar con éxito la defensa completa de la sociedad mientras no se extirpen los focos verdaderos de la enfermedad’.

”Otro comentario que resulta de interés lo da sobre los profesionales de la política: debido a la incultura de malas prácticas, el matón profesional suele jugar un rol importante en los partidos políticos que disputan el predominio electoral; este guapo de comité es un sujeto que no trabaja, no sabe hacerlo, no tiene profesión, y vive acompañando a los caudillos. Personajes que, lamentablemente, siguen existiendo en la actualidad (denominados ‘punteros’) y continúan proyectando fechorías a sus adversarios y gozando de completa inmunidad.

”Otro tipo delictual analizado en su obra es el ‘batidor’, como se denominaba al sujeto que delataba ante funcionarios policiales a sus compañeros de actividades ilegales, así la policía, por medio de sus confidentes, monitoreaba los movimientos de individuos a quienes se sindicaba como peligrosos. Moreno lo reprueba como procedimiento de custodia social, ya que ‘este contacto fraterno de la policía con los exponentes de mala vida es más probable que pervierta a los primeros que reforme a los segundos’.

”Y también se adelanta con la llamada ‘trata de blancas’, hoy denominada prostitución, en cuanto considera que constituyen un peligro social las organizaciones dedicadas a ello, no sólo como ‘lacra’, sino como una incubadora para toda clase de delitos que siempre se hallan presentes en los episodios de bajo fondo”(3).

También puede afirmarse su proximidad con el “positivismo” en el planteo de sus ideas penales. Era una época en que la “penología” esta-

---

(3) Cfr. Revista *Todo es historia*, Buenos Aires, febrero 2017.

ba “a la moda” y, así se manifestaban, por ejemplo: la “eugenesia”, como estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientados al perfeccionamiento de la especie humana; la influencia del “determinismo” como doctrina según la cual las acciones humanas están unidas y determinadas por la cadena de acontecimientos anteriores; el “positivismo” en sus diversas acepciones como tendencia a valorizar preferentemente los aspectos materiales de la realidad, y el sistema filosófico que admite únicamente el método experimental y rechaza toda noción *a priori* y todo concepto universal y absoluto(4).

Deseo recordar que el profesor Dr. Juan Silva Riestra —a quien llegué a conocer en mis años de estudiante— se expresaba con elogios y admiración sobre la sabiduría penal de Rodolfo Moreno, tal como consta en la historia de las Cátedras que publicara la *Revista del Instituto de Historia* cuando decía: “Ha sido uno de los hombres que más ha estudiado Derecho penal entre nosotros alternando las tareas de la cátedra con el ejercicio profesional y con muy frecuente actividad parlamentaria. En 1908, refiriéndose al positivismo decía que esta escuela ‘encuentra el fundamento del derecho penal en la necesidad que tiene el cuerpo social de defenderse a fin de continuar su existencia. La necesidad de reprimir, para nuestra conservación como organismo social, es tan indiscutible como la de conservar el cuerpo. En cambio, la de reprimir porque el hombre debe responder de sus actos, se parece más a una hipótesis religiosa sobre premios y castigos cuya discusión sería mejor dejar para el terreno de la moral y no para el jurídico’...”

Cabe señalar que esa tendencia “positivista” se fue explayando en adelante, con la formación de la “Sociedad de Antropología jurídica”, para difundir los postulados de la escuela “positivista”, la que perduró durante muchas décadas con numerosos epígonos: uno de ellos, Eusebio Gómez, confeso militar “con fe inmovible en las filas del positivismo criminológico”(5).

La euforia se prolongó —más allá de los fallidos proyectos de 1924, 1926 y 1928— hasta que surgiera un movimiento tendiente a superar el positivismo criminológico, iniciándose el cultivo de la “dogmática penal”, avanzándose paulatinamente desde el normativismo y el causalismo ex-

---

(4) No confundir con el neopositivismo: “movimiento contemporáneo que, por influencia del círculo de Viena, destaca la importancia del análisis del lenguaje y de la metodología científica” (DRAE).

(5) Véase, de Enrique Ramos Mejía, la conferencia pronunciada en la Universidad Nacional de Córdoba (14/8/1981) sobre “La Ciencia Penal argentina antes y después de Sebastián Soler”.

plicativo de la captación de los fenómenos, a incorporar la influencia de la “filosofía de los valores”, penetrando en el concepto psicológico de la culpabilidad la exigencia de un elemento valorativo. El gran cambio se produce en el “salto” que produce la obra de Sebastián Soler en 1940, al señalar que un hecho es antijurídico cuando entra en conflicto con “el fin que el derecho persigue”, resultado de un juicio sustancial, pero dentro de los límites del derecho y sin recurso a conceptos sociológicos o metajurídicos (*sic*). A tal punto llega Soler, que al sostener que el concepto de “culpabilidad” no es puramente psicológico, hay un elemento normativo por la vinculación del sujeto con el orden jurídico pero penetrando la exigencia de un elemento “valorativo”, y toma de Mezger la “reprochabilidad” personal de la conducta antijurídica en el conjunto de los presupuestos de la pena.

En definitiva, para Soler la “tipicidad” requiere que no se traduzcan en vagas definiciones genéricas, como único modo de ajustarse al principio constitucional de la legalidad, por respeto al art. 19 de la Constitución; prescindiendo de temas recargados de doctrinarismo extralegal(6).

La historia del Código —aún vigente— tuvo sus idas y venidas, que vale la pena recordar. En efecto, pues habían pasado diez años desde el proyecto de 1906 sin que el Congreso se pronunciara al respecto. Y fue Rodolfo Moreno quien en 1916 —a la sazón diputado en ejercicio— lo reavivó con serias modificaciones. El presidente de la Cámara procede entonces a nombrar una Comisión, que preside Moreno e integran Antonio de Tomaso, Jerónimo del Barco, Delfor del Valle y Carlos Pradera, procediéndose a la consulta de profesores y magistrados, entre quienes se contaron Juan P. Ramos, Octavio González Roura, Tomás Jofré y Jorge Eduardo Coll, entre otros. Así, el 16 de julio de 1917 se elevó el trabajo de Rodolfo Moreno, que transitaba de los patrones de la “escuela clásica” hacia los criterios “positivistas”, adoptando innovaciones provenientes hasta de los modelos de Noruega, Suiza y Alemania. En el texto se proponen: “reducirse el número de penas, darles elasticidad y tender a su individualización, variarse el criterio legal de la responsabilidad, sujetar a reglas especiales la imputabilidad de la minoría, preocuparse de la reincidencia, crear la libertad condicional revocable y la condena condicional, y modernizar la legislación sobre tentativa y participación. Estima, asimismo, que debe suprimirse el libro sobre faltas que presentaba el Proyecto de 1906; dictarse normas sobre aplicación de la ley penal; abolirse la pena capital; incorporarse el exceso en los límites impuestos por la autoridad o la necesidad; enunciarse las causas de extinción de acciones y penas; disminuirse el mínimo de pena del homicidio; introducirse las penas paralelas, etcétera”.

---

(6) Ídem, ob. cit. *supra*.

El Proyecto fue aprobado “a libro cerrado” el 22 de agosto y girado al Senado, en el que Pedro Garro, Joaquín V. González y Enrique del Valle Iberlucea formulan despacho, que en lo fundamental mantiene el Proyecto Moreno con elogios a la “política criminal”, con algunas modificaciones, como el mantenimiento de la pena de muerte. De vuelta a la Cámara originaria, tras algunas correcciones, diputados insisten en la abolición, por lo que el Proyecto vuelve al Senado (como Cámara revisora), pero diputados no acepta las modificaciones senatoriales, por lo que el Proyecto es finalmente promulgado por el presidente Hipólito Yrigoyen el 29 de octubre para que entrara en vigencia el 29 de abril de 1922.

Así “salió del horno” el Código Penal, con sus trescientos dos artículos (más seis disposiciones complementarias). Los primeros comentarios motivaron adhesiones, al propio tiempo que se generaron críticas (Juan P. Ramos) y demás impresiones (José Peco). El auge del “positivismo” estaba a la vista con la noción de la “peligrosidad”, aunque al mismo tiempo hacía migas con el “neoclacisismo” en la política criminal y recogía doctrinas de la escuela italiana que había anticipado el Código de 1889 de aquel país europeo; mas se le reprochaba la mayor preocupación por las penas antes que el delito (*sic*). Silva Riestra recuerda que Julio Herrera sostuvo que “sería uno de los mejores Códigos que existían en el mundo”(7).

En cuanto a los aspectos esenciales del Código, me remito a una breve enunciación, que destaca: “En rápida síntesis diremos que, en cuanto a su sistemática, tras referirse a la aplicación de la ley, se ocupa de las penas antes que del delito; es amplísimo en la admisión de la extractividad de la ley más favorable al reo; no legisla sobre extradición; no define al delito; se pronuncia, tácitamente, por la clasificación bipartita de las infracciones; agrupa bajo el común denominador de ‘eximentes’, causas de inimputabilidad, inculpabilidad y justificación; escoge la fórmula psiquiátrico-psicológico-jurídica en punto a la inimputabilidad de los enfermos mentales; establece en catorce y dieciocho años de edad los límites para asignar un diverso tratamiento a la delincuencia de los menores; no proporciona expresamente el concepto de dolo y ha de buscarse el de culpa, en la parte especial; no discrimina al detalle las circunstancias de atenuación y agravación; desconoce el concurso aparente de las leyes: separa el encubrimiento de la participación; admite la prescripción de la reincidencia; no acoge las penas de muerte ni las que restringen la libertad de residencia; contiene inorgánicamente diseminadas diversas medidas de seguridad; incluye la condena

---

(7) En *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, Facultad de Derecho UBA, nro. 8, Buenos Aires, 1957.

de ejecución condicional de acuerdo al sistema continental europeo, y la libertad condicional, mas no el perdón judicial; no legisla sobre faltas”(8).

En torno a la “exposición de motivos” presentada por Rodolfo Moreno y que la Comisión Especial de Legislación Penal y Carcelaria aconseja la sanción por la H. Cámara de Diputados para la Nación Argentina, es bueno conocer los párrafos que arrojan el conocimiento de los grandes fundamentos del Proyecto de Código Penal, a saber:

— Se dice que el proyecto de 1891 en reemplazo del vigente había “complicado el problema” a causa de no preocuparse de las “concordancias”, por lo que se destruyó el conjunto de ambos cuerpos:

— “El Código pudo modificarse, teniendo en cuenta su conjunto al introducirle disposiciones nuevas, pero nunca debieron zurcirse al articulado existente preceptos que respondían a otra unidad. Esas mezclas, en materia legislativa producen los resultados que hemos tenido oportunidad de palpar en la aplicación de nuestro código represivo”.

— “Ha sido un pensamiento dominante en el seno de la Comisión, el de hacer obra práctica y eficiente. En materia penal, las teorías, las opiniones y los enunciados, abundan. En códigos de otros estados se han ensayado instituciones que seducen porque revelan culturas superiores encaminadas a resolver el problema de la delincuencia. Pero, muchas de ellas, explicables en países de población compacta e instrucción difundida, no podrían aplicarse entre nosotros por falta de elementos necesarios para hacerlas efectivas”.

— “Esto no quiere decir que deban abandonarse los propósitos de perfección porque, a medida que progrese podrian crearse los organismos necesarios para el mejoramiento de las instituciones. El proyecto no excluye en ningún caso. Se limita a consignar preceptos susceptibles de aplicarse en la hora actual con los medios existentes y susceptibles también de hacerse prácticos con elementos más complejos.

”En este sentido, el proyecto marca un camino que debe seguirse en progresión ascendente. La ley teórica, que se sabe de antemano no será aplicada por imposibilidad circunstancial, desprestigia al poder que la sanciona y al núcleo para el cual se promulga”.

---

(8) Extraído de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, tomos correspondientes a los vocablos “Derecho penal”, “Código Penal” y “Positivismo”. Véanse, además, los tomos iniciales de las obras de penalistas que se han publicado a partir de 1922.



— “Las orientaciones del derecho penal han sufrido una verdadera transformación desde que los positivistas italianos aplicaron reglas y procedimientos científicos al estudio de esta rama de las ciencias jurídicas”.

— “La tarea científica no se interrumpió, sin embargo, y los estudios hechos con más cuidado, mejor examen y menos ligereza, han demostrado que era necesario hacer mucho en materia represiva, si no para suprimir el delito, por lo menos para defender mejor a la sociedad contra sus ataques.

”El crimen es un fenómeno social, que acompaña como acontecimiento fatal a todas las agrupaciones humanas. Suprimirlo, mientras la naturaleza humana mantenga sus actuales caracteres, es imposible. Todo lo que puede hacerse es estudiarlo y buscar los medios de hacerlo lo menos frecuente posible, tratando también de que no se repita con relación al sujeto que una vez lo realizó.

”Un delito demuestra la existencia de un individuo peligroso o inadaptable al medio en que vive; luego, los esfuerzos sociales deben tender, no a expiaciones ni a la imposición de sufrimientos con relación al autor, sino a tomar las medidas necesarias para que el individuo peligroso no repita el acto antisocial.

”Todo esto no depende sólo del código penal, sino de un sistema legislativo que prevenga en todos los aspectos de las actividades sociales.

”El código, sin embargo, puede tomar una serie de precauciones, partiendo siempre del peligro que represente el sujeto para la sociedad, pues la libertad individual no debe restringirse sino teniendo en cuenta las necesidades del medio social en que los sujetos viven”.

— “La ciencia ha cambiado esos principios y, considerando que el delito es un fenómeno social, ha tomado para las represiones un punto de vista también social. ¿Qué es lo que conviene a la sociedad? ¿Cuáles son sus deberes frente al hecho del criminal? Eso es lo que debe consultarse principalmente, porque, desde el momento que el fenómeno es social, y que se relaciona con causas sociales, el criterio para afrontar las soluciones debe ser también social. Esto sin perjuicio de que la pena se aplique adaptándola de la manera más precisa a la situación y condiciones de la persona que debe recibirla, pues individualizando y dando a cada uno lo que más conviene, se llena el fin social de la represión”.

— “Con todo eso, un código penal no debe embarcarse en escuelas, ni aceptar teorías, por atrayentes que sean, porque ese es el mejor medio

de incurrir en sectarismos y por consiguiente en errores. Pero tampoco conviene por tradición y por temor a innovaciones conservar términos e instituciones que han fracasado y que todos reconocen como inconvenientes”.

— “Es sabido que uno de los propósitos que se persiguen en la sanción del código penal, es el de unificar todas las leyes dispersas de carácter represivo que existen sobre la materia. Los proyectos de 1891 y 1906 y los fundamentos dados por el Diputado Moreno al presentar el suyo, demuestran lo disperso y hasta contradictorio de nuestra legislación represiva y acreditan la precisión de modificar esa situación anómala.

“Por eso, en el proyecto se han incluido las disposiciones de la ley federal que prevé los crímenes contra la Nación, las del Código Penal y las de las diversas leyes que lo han modificado. Pero no basta eso. Es necesario que toda la legislación actual y la que se dicte en adelante conteniendo represiones, se vincule al Código, el que debe fijar en esta materia la dirección y contener los principios a los cuales se sujetarán todas las disposiciones que se dicten”.

— “Hoy nos encontramos con que el Código tiene un criterio en materia de complicidad y de encubrimiento y que él se modifica por la ley N° 4189 en sentido general; pero que más tarde se cambia de manera particular para ciertos delitos en la ley N° 7029, como lo hace también entre otros asuntos en lo relativo a la pena capital para las mujeres.

“Deseamos así una manera de legislar uniforme y que si se dicta una ley cualquiera que contenga represiones, después de la sanción del Código, esa ley pueda referirse al mismo”.

— “La Comisión, de acuerdo con los principios más adelantados en materia penal, entiende:

”1° Que el número de penas debe reducirse, porque es innecesario colocar en la ley enunciados que no serán cumplidos;

”2° Que deben tenderse a la individualización de la pena, en vista de que cada caso es diferente, debiendo estudiarse el hecho, sus circunstancias y el sujeto, para apreciar el peligro social que representa el delincuente;

”3° Que conviene a esos efectos, consignar penas elásticas y dar a los jueces amplias facultades para que puedan aplicarlas dentro de términos bien amplios;

"4º Que debe variarse el criterio legal de la responsabilidad, sin engolfarse en los tradicionales problemas del libre albedrío que complican una ley sin necesidad;

"5º Que debe autorizarse la reclusión de los individuos absueltos por razones personales cuando sean peligrosos y hasta que cese la situación de peligro;

"6º Que la imputabilidad de los menores debe sujetarse a reglas especiales, teniendo en cuenta el porvenir de los mismos;

"7º Que la reincidencia debe ser motivo de especial preocupación a fin de impedir en cuanto sea posible, la repetición de delito por el mismo sujeto.

"8º Que la gracia otorgada a los penados irrevocablemente, después que cumplieron con buena conducta una parte de la pena, es más conveniente reemplazarla con la libertad condicional revocable;

"9º Que la condena condicional, o sea la suspensión de la pena para delitos leves, es de todo punto necesaria;

"10º Que la tentativa y la participación criminal deben legislarse con espíritu moderno, abandonando definiciones vetustas que dificultan la aplicación de la ley a los casos que se presentan".

— "El proyecto sometido al estudio de la Comisión es el que presentó el doctor Rodolfo Moreno (hijo), o sea el de 1906, con las modificaciones que le introdujo dicho legislador, teniendo en cuenta las leyes dictadas posteriormente.

"El doctor Moreno, una vez impreso el proyecto con sus fundamentos y la exposición de motivos de la Comisión de 1906, promovió una encuesta requiriendo opinión sobre el mismo, a los profesores de Derecho Penal de las Universidades Nacionales y a los jueces, fiscales y defensores de toda la República, encargados de aplicar y usar el código represivo en sus diversas funciones.

"La encuesta significaba someter el proyecto a la crítica de los más capacitados por sus estudios en la materia y recoger una serie de observaciones acerca del mismo. Todos los grandes países, cuando han tratado de dictar sus códigos, que son expresión de justicia y de cultura, han empleado ese procedimiento, requiriendo las opiniones que pudieran servir para los mejores resultados".

Por lo tanto, de los párrafos que anteceden se desprende, muy claramente, que los Códigos (Penal, Civil, etc.) están nutridos de una vertiente “sistémica” por tratarse de un conjunto de normas pertenecientes a la totalidad de un sistema (general, por oposición a parcial) que es lo relativo y atinente al cuerpo en su conjunto. Si por “sistema” se entiende un “conjunto de reglas y principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí” (DRAE), la consecuencia debe ser tenida en cuenta, o sea que las normas que se incorporen a un Código deben guardar coherencia —es decir “sistematismo” o “sistematizarse”— porque de lo contrario se quiebra (y eso es grave) la cualidad y condición de “sistematismo” a que debe ajustarse un cuerpo de esas características legales.

Consecuentemente, salta a la vista que la infinidad de parches y remiendos que han sido introducidos —muchas veces improvisadamente— al Código Penal de Rodolfo Moreno, en vigencia, son la prueba de una pésima técnica de legislación, con confusiones y contradicciones frecuentes.

#### V. EN RESUMEN Y MÁS ALLÁ DE LAS “ESCUELAS”

La vocación probada y demostrada por Rodolfo Moreno en materia de derecho penal (además de otras ramas del derecho, como el derecho civil) quedó en evidencia no solo con el ejercicio de la cátedra en la UBA, sino también con su propósito de elaborar un proyecto de Código Penal que reemplazara al preexistente y vigente. Se trataba de un esfuerzo considerable, en atención a la complejidad que contiene un texto que incluya la parte general y la especialmente referida a los diversos delitos.

Tratándose de un legislador, miembro del Congreso Nacional, presentó el Proyecto en el año 1917, en la H. Cámara de Diputados de la Nación, y que fuera finalmente aprobado —con diversas modificaciones— en el año 1922, considerando como “un notable adelanto, que fuera injusto no señalar”, aunque no faltaron señalamientos de algunas contradicciones. No obstante las críticas que siempre existen, resultó ser el de más prolongada duración, a pesar de las sempiternas modificaciones que ha sufrido.

Estimo que tenía razón Enrique Aftalión cuando sostenía que “el derecho penal ofrece la particularidad de que la pugna científica a que ha dado motivo ha revestido aspectos tan irreductibles que lo han convertido en un verdadero campo de Agramante, barrido por el vendaval de la intolerancia. A tal punto es ello exacto, que resulta casi imposible al más cauto penetrar en ese campo y mantener la neutralidad. El plano de la no beligerancia presenta una fatal inclinación. Sólo el recurso a la filosofía puede suministrar un relativo abrigo ante el huracán desencadenado”. El mismo autor agrega a ello: “Volviendo al campo del derecho penal, cabe

destacar que la lucha de escuelas, iniciada hace ya tiempo en Europa, no lleva miras de amainar. El foco del incendio se ha extendido y los contendientes se hacen cada vez más numerosos y encarnizados. Para exponer únicamente las ‘nuevas’ escuelas, el profesor brasileño Roberto Lyra se ha visto precisado a escribir recientemente un farragoso volumen, en el que separa no menos de cinco corrientes ninguna de las cuales admite ni siquiera un condominio sobre la verdad”.

Por mi parte digo: como bien se sabe y se ha observado por los penalistas, con relación a las “escuelas” conocidas en el área de derecho penal, es imposible de sistematizar o de “encajonar” en una u otra escuela una diversidad tan grande de conceptos, ideas y filosofías (*sic*); por lo que de las varias definiciones sobre qué son esas “escuelas”, opto por la descripción que resume la especie afirmando que se trata de “el conjunto de doctrinas, cada una de ellas ordenadas bajo un sistema y un método, que abarcan en su contenido concepciones distintas sobre el delito, el delincuente y el fin que persigue la pena”.

Creo, también, que la obra de Rodolfo Moreno perduró más allá de los cambios de “escuelas” o tendencias, ya que su estructura quedó incólume a pesar del manoseo de tantas inserciones o cambios introducidos —muchas veces— en forma improvisada. Y ninguno de los proyectos presentados hasta hoy ha reemplazado *in totum* el armazón (estructura interna de una obra) del trabajo de Moreno; y lo que sí hemos conocido son ensayos de “armatoste”, o sea, de “objeto grande y de poca utilidad” (*sic*), a veces inadaptables para las necesidades de la realidad argentina del presente (como el caso del proyecto que la presidente Cristina F. de Kirchner encomendó a la comisión Zaffaroni-Pinedo y otros). En la actualidad (año 2017) una comisión que encabeza el juez de Casación Mariano Borinsky está elaborando un proyecto de nuevo Código Penal.

Varios gobiernos quisieron cambiar el Código, pero los proyectos quedaron “en aguas de borraja” y casi nunca llegaron al Congreso, que con sus “inserciones” de modificación termina dejando y a la vista un destrozo (“zafarrancho”). De lo exitoso y aún vigente, solo queda el emprendimiento de Moreno, que a partir de 1906 comenzó la tarea, avanzando y perfeccionándola hasta 1917 para llegar —con abundantes consultas— al tratamiento y aprobación en los años 1921 y 1922: ¡así se legislaba seriamente!

Más de diez años después de sancionado el Código Penal que Moreno impulsara y propulsara, el jurista publica su obra *El problema penal* (1933, Talleres Gráficos Argentinos), que en poco menos de doscientas páginas formula importantes apreciaciones sobre lo hecho y lo por hacer aún. Basta con la mirada del índice de ese libro para advertir el interés y

la preocupación de Rodolfo Moreno —en forma permanente— sobre la importancia de la actualización de la legislación penal a tenor de los problemas que debe afrontar la sociedad argentina.

Véanse al respecto los títulos de temas encarados:

- I. La opinión pública y las sanciones legislativas
- II. Elaboración del Código Penal argentino
- III. Las leyes complementarias del Código Penal
- IV. Los proyectos
- V. La estadística criminal
- VI. Modalidades de las reformas. El examen de las causas
- VII. Las nuevas formas del delito. Sus causas
- VIII. La impunidad de los delitos
- IX. La cuestión de la pena de muerte
- X. La prescripción penal y la lentitud de los procesos
- XI. La reforma procesal
- XII. Los focos de la mala vida
- XIII. Las evasiones
- XIV. La benignidad de las penas
- XV. Conmutaciones e indultos
- XVI. Los remedios necesarios

Y otros diez años más tarde (1943) Moreno reactualiza su exposición en torno a “La defensa social y el derecho represivo” en un fragmento que destaca lo siguiente:

“La función más esencial de las sociedades organizadas es la de defenderse. Los individuos, lo mismo que todos los seres organizados, tienen instintos entre los cuales el de la conservación aparece como primordial. Las sociedades, como que son conjuntos de personas, necesitan llenar también esa misión fundamental.

”La defensa del orden jurídico se verifica por medio del castigo. El Estado, por conducto de las autoridades correspondientes, dice cuáles son los hechos que atentan contra su estabilidad o desenvolvimiento y fija las penas para los infractores.

”El derecho penal debe ocuparse, por tanto, del delito, de la pena, del reo, de la víctima y del derecho violado, para fijar reparaciones personales.

”En sentido objetivo, el derecho penal, según Impallomeni, es el conjunto de las normas jurídicas con las cuales el Estado somete a los autores de una determinada violación de las leyes llamada delito, a una pérdida o disminución de derechos personales llamada pena. En sentido subjetivo, el derecho penal se refiere a la facultad del Estado para castigar.

”El derecho penal es abstracto y concreto. Es abstracto en cuanto estudia el derecho de castigar y a las leyes que deben sancionarse, teniendo bajo ese aspecto que hacerse investigaciones científicas, estudios de legislación comparada, de sociología, antropología y demás ciencias relacionadas con el mismo. Es concreto en cuanto expone los principios punitivos que rigen en un país determinado”(9).

Un penalista contemporáneo, Maximiliano Rusconi, en su *Derecho penal. Parte general*, rescata los valores y méritos del Código de Moreno, diciendo:

“El Código sancionado ha sido, en definitiva, una buena obra legislativa que ha aprovechado con inteligencia los antecedentes y su evolución en la cultura jurídica del reciente país. Se trata de un modelo legislativo que muestra un equilibrio aleccionador entre la ausencia de indicación técnica al legislador y el frecuente error de trasladar discusiones dogmáticas a la legislación, pretendiendo que en este nivel se defina alguna lucha de escuelas o algún debate sistemático. Ello sin referirnos a, quizás, lo más trascendente desde el punto de vista de la humanización de la pena: la abolición de la pena de muerte y la incorporación, además, de la condena condicional. Como luego insistiremos, ha sido realmente sorprendente que pudiera mantener una adecuada distancia del positivismo que científicamente reinaba en esa época no sólo en nuestro país, pero también en él”(10).

---

(9) MORENO, Rodolfo (h), *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1943, t. I. El pasaje transcrito corresponde al capítulo V, “Derecho penal y delito”, párrafo 63, “La defensa social y el derecho represivo”, ps. 147-148.

(10) RUSCONI, Maximiliano, *Derecho penal. Parte general*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 83, 84.

## VI

A manera de síntesis final, podemos señalar el derrotero penal a partir del surgimiento de un “derecho penal liberal”, que es concomitante con las ideas del “iluminismo”, la influencia de pensadores como Voltaire y Montesquieu entre otros, y como reflejo y proyección del “contractualismo”, surge la necesidad de volcar al ámbito penal los principios del humanismo, la libertad y la igualdad ante la ley. Eso es lo que recoge Cesare Beccaria en su obra *De los delitos y las penas* (año 1764), que pone el acento en el postulado de legalidad (*nullum crimen, nulla poena, sine lege e sine iudicio*), que importa la máxima humanización de la política criminal y el establecimiento de una pauta de “proporcionalidad” entre los delitos y las penas. Y de este gran precursor nacen los artífices de la denominada “escuela clásica” en cabeza de Francisco Carmignani —un racionalista— y de Francisco Carrara como gran técnico que en 1859 produce el *Programma del Corso di Diritto Criminale*.

El paso posterior es el del derecho penal del “positivismo”, con foco en la personalidad social del delincuente para afrontar el crecimiento de la criminalidad: así, César Lombroso con su obra *L'uomo delinquente* (en 1876) y la consiguiente categoría del “delincuente nato” con predisposición anatómica para delinquir; lo que le da pie al jurista Enrico Ferri, para quien el delito es síntoma de la peligrosidad, por lo que —en consecuencia— la medida de la pena está dada por la dimensión de la peligrosidad y no del acto ilícito. Otros autores, como Franz Von Liszt, avanzan hacia “la ciencia total del derecho penal” sumando al derecho de fondo el procesal penal, la criminología y la política criminal, orientándose a la prevención con penas y más medidas de seguridad, todo ello dentro de los límites establecidos por la ley, distinguiendo, además, entre los delincuentes “corregibles”, los que no necesitan correcciones y los delincuentes “incurregibles”.

Ese positivismo mereció críticas de muchos autores, comenzando por el “neokantismo”, que reprochó la insuficiencia metodológica de basarse en el enfoque parcial de las ciencias naturales, ya que era necesario valerse de las ciencias del espíritu para conocer los “valores” de la sociedad a través del derecho, para fijar qué debía estudiar el derecho penal científicamente; lo que contribuyó al fortalecimiento de la “dogmática penal” delimitando qué le corresponde estudiar a esa rama del derecho. Por su parte, Hans Welzel apuntó hacia la teoría de las “estructuras lógico-objetivas” con el fin de precisar “lo que no es derecho”: se pasa de los “valores” a la “ontología” para abordar las propiedades trascendentales del ser, cuidando las estructuras lógicas de la realidad, pues si se las ignora, el derecho pierde eficacia (¿la estructura como mera persona deja de ser derecho?). Es el “finalismo”.



La calificación de “dogmática”, en su acepción jurídica, es un método expositivo que se atiene a principios doctrinales y no al orden y estructura de los Códigos, y se usa en contraposición a “exegético”, que, según el *Diccionario* de la Real Academia española, es “...un método interpretativo de las leyes: Que se apoya en el sentido de las palabras de estas”. Doctrinas penales más recientes señalan que los elementos y condiciones básicas y comunes *a todos los delitos* son cinco: a) la conducta (acciones y omisiones), b) la tipicidad, c) la antijuricidad, d) la culpabilidad y e) la punibilidad. A título personal, adhiero a ese criterio.

De todos modos, hay que reconocer —como la mayoría de los autores— que la aparición de la “escuela positiva” fue provechosa en su tiempo, habida cuenta de que la antecesora no pudo contener los desbordes de la criminalidad, acaso por su excesiva concentración en la filosofía y la metafísica. A eso puso fin el aporte iniciático de Enrique Ferri alrededor de 1892 después de publicar su obra *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal* (1887) y su *Sociología penal* (1907) provocando un cambio “revolucionario” de método “científico” en la patología criminal: una ciencia de “observación positiva” que ofrecía soluciones con remedios jurídicos y sociales a la vez. En una posición extrema Rafael Garófalo calificó a la “temibilidad” por el delito “como la perversión constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que *temer* por parte del delincuente” (era partidario de la pena de muerte para los “incoregibles”).

Y como decimos en otra parte de esta comunicación, la aparición ulterior de la “escuela finalista” (de inspiración fenomenológica) admite la distinción entre las “ciencias de la naturaleza” y las “ciencias del espíritu”: las primeras se ocupan de la realidad *causal*, mientras que el derecho aborda la realidad de las *acciones* humanas en su “finalidad” (Welzel), que es lo que determina la consumación del hecho como un comportamiento *intencional* que puede darse con conocimiento de la antijuricidad (*dolo*) o solamente “potencial” de su ilicitud (*culpa*), ya sea por equivocación sobre alguno de los elementos que componen la “tipicidad” de la figura delictiva o por errar o ignorar la existencia del “tipo”, no sabiendo que esa conducta está prohibida y mediando exculpación en caso fortuito, fuerza mayor, legítima defensa y estado de necesidad. La “intencionalidad” apunta a dañar un “bien jurídico tutelado por la juridicidad” que protege los intereses de personas y de la sociedad(11).

---

(11) Caso aparte es el “delito preterintencional” en que el resultado obtenido excede el resultado querido (se quería herir o amenazar a la persona, pero produjo el homicidio).

Es evidente que la “escuela positiva” utilizaba un método inductivo y experimental, observando al delito como un fenómeno fáctico y a la vez jurídico, tomando en cuenta al delincuente y después al delito, mientras que la “escuela clásica” partía de los preceptos del iusnaturalismo y del contractualismo en boga al tiempo del surgimiento de la era constitucional: la finalidad de la pena era restablecer el orden social roto por el delincuente, o sea, eliminar la impunidad a través del *ius puniendi* frente a la amenaza del delito, y todo ello execrando la crueldad inhumana y degradante que habían practicado las monarquías absolutistas y los excesos de la “vergüenza pública” (*sic*).

El paso dado por el positivismo estaba impregnado de métodos científicos, apuntando a la determinación de la “peligrosidad”, factor este que decidía la medición y la duración de la sanción penal mientras durara esa peligrosidad (duración indeterminada), dado que el objetivo era la “readaptación” del delincuente, para lo cual se debían aplicar estudios psicológicos, antropológicos y sociológicos para investigar las causas del delito y, consiguientemente, adoptar sanciones y medidas de seguridad por parte del Estado como guardián de la defensa social.

Un rasgo de la “escuela positiva” (o positivista) ha sido la multiplicación de vertientes y orientaciones que se fueron acuñando, desde el juridicismo de Rafael Garófalo al “neopositivismo” de Florian y Grispigni, más tendencias eclécticas que combinan las normas del Código con los aportes de la criminología, la penología y la “política criminal”: todo ello conjuntamente (*sic*). Esta mezcla (¿o “mezcolanza”?) resultó una amalgama de combinaciones que diversificó a las “escuelas”: la “Terza Scuola” del positivismo crítico en Italia; la “Joven Escuela” en Alemania; la disputa entre la exclusión de los “valores” y la “jurisprudencia de valores” de Bettioli; hasta la “dogmática jurídico-penal” que profundizó la vigencia del “derecho penal” como el objeto básico y fundamental de estudio, por lo que a otras ciencias les corresponde el estudio como fenómeno individual y social.

Mención aparte merecen la pretendida “escuela abolicionista”, que propugna la supresión del derecho penal, de las penas y de su lenguaje, sin aportar el reemplazo por otros medios eficaces a los efectos de la protección de los valores sociales y, asimismo, la “escuela del derecho penal mínimo” (*sic*), que está emparentada con la anterior aunque no tan extremista, pues, si bien adopta el criterio de la mínima sanción ante las conductas ilícitas o transgresoras, conduce en la práctica a que los jueces atenúen hasta la mayor levedad posible las penalidades, en atención al ámbito de vida social del delincuente y su desigualdad en el entorno (Zaffaroni y otros). Desemboca en una actitud de permisivismo que se

traduce en un estado de impunidad y de disolución (excarcelaciones sin medir las consecuencias, reincidencias que no se computan para la medición de las penas, etc.)(12).

## VII

Vasta y constante fue la presencia y la actuación de Rodolfo Moreno en el quehacer de su vocación política e institucional, en variados órdenes y órganos. Así, fue secretario de la Procuración General de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires; se desempeñó como ministro de Gobierno en la efímera gestión del gobernador Martínez de Hoz, de Obras Públicas en 1913 y en 1914 en la gobernación de Ugarte. Realizó una destacada carrera de parlamentario a partir de 1916, como diputado nacional, para ser reelegido en 1922, 1926 y 1930 (cuatro mandatos), siendo candidato a gobernador de la provincia en 1920 y luego legislador en la Convención Reformadora de la Constitución de la provincia (en 1934) presidiendo la Comisión de Reforma en ese cuerpo (cuyo brillante desempeño se verá en el apéndice de este trabajo), asimismo, declinó un nuevo mandato de diputado nacional en el mismo año. Presidió la “Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones Civiles” (1935-1938) y, con posterioridad, aceptó el cargo de “enviado extraordinario y ministro plenipotenciario” (1938-1940) al que fuera destinado como embajador de la República Argentina en los años 1940-1941 al estallar la Segunda Guerra Mundial.

En 1946 publica la obra *Más allá del Oriente*, un lúcido documento sobre la época. Como el autor lo declara en su prólogo, durante su segunda permanencia en el lejano Oriente, en calidad de embajador de la República Argentina en Japón, se terminó la evolución dirigida desde el totalitarismo orgánico del Imperio al militarismo de tipo alemán, percibiéndose en todos los detalles de la vida diaria la invasión de las influencias morbosas del nazismo dominador. Tal circunstancia le ha permitido ser espectador de una serie de acontecimientos promovidos por aquellas influencias que, luego de prometer al Imperio del Sol Naciente la cúspide del poder y de la gloria, le atrajeron la más completa derrota y una total humillación. *Más allá de Oriente* constituye, pues, una pintura exacta y veraz de la realidad nipona de nuestros días; un análisis minucioso e in-

---

(12) Las tendencias “minimalistas” y las “abolicionistas” suelen formular afirmaciones no muy claras. Por ejemplo, la de Raúl E. ZAFFARONI en *El enemigo en el derecho penal* (Ediar, Buenos Aires, 2009) cuando dice: “ ‘La degeneración’ una expresión vinculada al biogenismo, muy común de la época, proveniente de los seudoestudios científicos de origen europeo y en particular de las teorías lambrosianas. Garófalo, seguidor de Spencer, afirmaba que la sociedad debe producir un equivalente a la selección natural de Darwin, lo que se traducía en el derecho penal en la eliminación del delincuente (enemigo)”.

teligente de las bases humanas, religiones y morales de aquel pueblo, que permite formar una certera composición del lugar y hallar las múltiples y complejas determinantes de los fenómenos sociales que en ese medio se experimentan.

Hombre de consulta, se ocupó y preocupó de muchos temas cuyo estudio le encomendaron diversos gobernantes, como en el caso del gobierno de la provincia de Buenos Aires, para redactar juntamente con el doctor Eusebio Gómez el Código de Procedimientos en materia Penal y la Ley Orgánica de los Tribunales. No pueden olvidarse importantes proyectos de ley, como el presentado en la Cámara de Diputados de la Nación tendiente a la reglamentación de las intervenciones federales a fin de contener los excesos que se cometían al respecto (1919). Abordó temas como “Las personas en el derecho civil comparado”; “La jubilación”; la “Ley de Seguridad Social”; “El derecho de la mujer”; “El hombre de la actualidad”; “Paradigma” (discursos publicados); “De frente a la dictadura”.

Otro aspecto —que es insoslayable en los méritos de Rodolfo Moreno— fue su orientación hacia los problemas sociales y el estatus de los trabajadores, a cuyo efecto impulsó un organismo oficial durante su gobernación de la provincia de Buenos Aires para atender y superar las necesidades con más justicia social.

Llevó como ministros a Roberto Noble y Solano Lima, entre otros de su misma jerarquía, y los rubros más importantes de su programa y acción (que no pudo completar *in totum*) abarcaban aspectos de persecución del juego, de reforma de la ley de educación, de las “aguas corrientes”, de los pavimentos, de la higiene, de salarios mínimos reajustables, de abastecimiento en productos de absoluta necesidad, de asistencia médica en fábricas, de desarrollo de la previsión social (ante los riesgos en el transcurso de la vida), del impuesto progresivo a los latifundios improductivos, de impedir obstáculos que vedaran la organización sindical, etc. Pues como lo recordara su sobrino y secretario Goñi Moreno: “*la obra social fue puesta en práctica con celeridad... y se investigaron las condiciones de vida de la familia obrera, para evitar que las doctrinas extremistas recluten adeptos en las fuentes del dolor humano*” (cfr. *La hora decisiva*, ps. 27 y 28).

Esta preocupación social de Moreno no era una impronta ocasional, sino el producto de su sensibilidad en la materia: prueba de ello es que al elevar al decano de la Facultad de Derecho de Buenos Aires el nuevo “programa” de enseñanza penal, en noviembre de 1910, le expresa al Dr. Eduardo Bidau que “he colocado en una bolilla *todo lo referente a la legislación social*, asunto que llama hoy la atención de los legisladores”

(*sic*), y añade que “he extendido en la parte doctrinaria general el horizonte de esos estudios en el sentido de seguir las investigaciones hasta el momento presente”(13).

### VIII

En sus períodos legislativos como diputado nacional Rodolfo Moreno presentó valiosos proyectos de ley, al propio tiempo que pronunció discursos y participó de importantes debates parlamentarios en el ámbito de un H. Congreso Nacional que se caracterizó por el alto nivel de sus miembros en ambas Cámaras. Es de sentir que Moreno no accediera al Senado, sin perjuicio de otras funciones jerarquizadas, hasta su desempeño como gobernador de la provincia de Buenos Aires (cargo al que renunció en honorable gesto ante los ignominiosos propósitos de intervención federal mediante decreto del PEN que ya tenía elaborado el ministro Rothe).

Uno de sus proyectos de ley fue presentado en 1919, “ley orgánica de las intervenciones”, que no resultó aprobado (ni tratado) como ha acontecido hasta hoy, en que aún no existe una ley reglamentaria de esa grave y delicada herramienta constitucional (art. 6º). Se trata de un texto de doce artículos, que corresponde a una época algo anterior a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Orfila” en el que se aplicó el art. 67 (hoy art. 75) de la Constitución Nacional (hoy incs. 31 y 32); normas estas que estipulan, respectivamente, como atribución del Congreso: “Disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires. Aprobar o revocar la intervención decretada, durante su receso, por el Poder Ejecutivo” (inc. 31), y “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes, para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina” (inc. 32).

El proyecto de Rodolfo Moreno apuntaba a reglamentar las facultades del Poder Ejecutivo, que con frecuencia hacía uso y abuso de la potestad de intervención, por medio de decretos PEN que, a la postre, el Congreso no derogaba: eran normas semejantes o parecidas —con otro título— que los actuales DNU (decretos de necesidad y urgencia) que la reforma de 1994 “blanquea” en el art. 99, inc. 3º, que ha dado lugar a tantos abusos y

---

(13) Deseo reconocer que fue el destacado profesor Segundo V. Linares Quintana quien me manifestó reiteradamente la preocupación y dedicación del gobernador Rodolfo Moreno, quien encomendó al joven jurista que asumiera la tarea de organizar el cuerpo de previsión social y del trabajo en la provincia durante el tiempo de su gobernación, luego interrumpida.

cuya reglamentación legal dista de ajustarse a lo correcto (con la aprobación por una sola Cámara quedan convalidados).

Con la jurisprudencia del caso “Orfila” (Fallos 154:194) del año 1929 se había aclarado la cuestión en favor del Poder Legislativo, pero en muchas oportunidades el presidente aguardaba la llegada del receso parlamentario (desde octubre hasta abril) para disponer intervenciones (cabe recordar el escandaloso caso de Santa Fe, en 1935, para poder “preparar” las elecciones de 1937).

En su proyecto, Moreno limitó considerablemente las atribuciones del Ejecutivo con miras a procurar una solución institucional que asegurara el más inmediato restablecimiento de la autonomía plena de las provincias intervenidas, fijando también el límite de las facultades de los interventores que enviara el poder central. Veamos, pues, el texto de Moreno:

#### INTERVENCIONES EN LAS PROVINCIAS.

##### PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación, etcétera.

*Artículo 1º.* — El poder Ejecutivo intervendrá en el territorio de las provincias:

- a) Para garantizar la forma republicana de gobierno; y
- b) para repeler invasiones exteriores.

*Art. 2º.* — La forma republicana se considerará violada en una provincia en los siguientes casos:

a) Cuando la Constitución o las leyes locales hubiesen suprimido o alterado las cláusulas de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional.

b) Cuando estuviere acéfalo alguno de los tres poderes en que se distribuye el gobierno o todos ellos.

*Art. 3º.* — Para que el Poder Ejecutivo disponga la intervención del gobierno federal, en el caso del inciso a) del artículo anterior, será necesario que la infracción se haya declarado por el tribunal superior de la provincia respectiva o por la Suprema Corte nacional, originariamente o por recurso y que el gobierno local no la haya reparado o tomando de inmediato las medidas necesarias a los efectos consiguientes.

La intervención tendrá por objeto restablecer la forma republicana de gobierno alterada.

*Art. 4º.* — En el caso del inciso b) del artículo 2º, el Poder Ejecutivo intervendrá para garantizar el funcionamiento del poder o poderes acéfalos de acuerdo con las disposiciones de la Constitución y las leyes locales.

*Art. 5º.* — El Poder Ejecutivo intervendrá en el territorio de las provincias con fuerza armada para repeler o prevenir la invasión exterior y a los efectos de mantener el orden y la seguridad nacional.

*Art. 6º.* — El Poder Ejecutivo podrá intervenir en el territorio de las provincias a requisición de la legislatura, del Poder Ejecutivo o del tribunal superior, cuando las autoridades constituidas hubiesen sido depuestas por la sedición o por invasión de otra provincia, o cuando estuvieren amenazadas de una u otra cosa.

La intervención tendrá por objeto sostener o restablecer a las autoridades constituidas.

*Art. 7º.* — Cuando las autoridades constituidas no pudieran hacer la requisición por haber sido depuestas o por cualquier otra causa, el Poder Ejecutivo intervendrá a los solos efectos de sostenerlas o restablecerlas.

*Art. 8º.* — En todos los casos en que el Poder Ejecutivo deba llevar la intervención federal al territorio de las provincias, podrá emplear las fuerzas del ejército, quedando autorizado para movilizar el número de clases que fuere necesario a los efectos de su acción.

*Art. 9º.* — El Poder Ejecutivo de la Nación no se sustituirá al gobierno de la provincia, ni el interventor federal asumirá la autoridad provincial, debiendo limitarse su acción a suprimir el desorden restableciendo la paz interna, o a resolver el conflicto determinante de la misión.

*Art. 10.* — Cuando se hubiere producido la acefalía en alguno de los poderes, el interventor tomará las medidas necesarias para que se organice de acuerdo con la Constitución y las leyes provinciales. Si lo que faltare fuese el Poder Ejecutivo, el interventor no presidirá la organización definitiva, debiendo sus medidas reducirse a que se constituya la autoridad provincial provisoria encargada de hacer cumplir las prescripciones legales.

*Art. 11.* — Solamente en el caso de acefalía total de todas las autoridades constituidas, el interventor podrá asumir el Poder Ejecutivo de

la provincia, a los efectos de la reorganización inmediata de los poderes. El interventor en este caso no tendría sino atribuciones políticas y las administrativas que fuesen indispensables, no pudiendo en ningún caso y bajo su personal responsabilidad sustituirse a la legislatura o a los jueces.

*Art. 12.* — Comuníquese, etcétera.

*Rodolfo Moreno (hijo)*

Es natural que Moreno haya intentado morigerar los abusos que acontecían con motivo de las intervenciones federales, y siendo él un conspicuo conservador no podía compartir la política yrigoyenista en esa materia institucional (aunque en algunos casos estuvieran justificadas por precedentes abusos en los procesos electorales celebrados bajo los gobiernos conservadores). Siendo notoria la “tirria” de Moreno ante el “estilo” del “peludo” (*sic*), no dejó oportunidad para criticar ciertas peculiaridades tales como —por ejemplo— la reticencia presidencial con respecto al discurso tradicional de apertura de las sesiones ordinarias del Congreso Nacional en que el jefe de gobierno debe dar cuenta “del estado de la Nación, de las reformas prometidas por la Constitución, y recomendando a su consideración las medidas que juzgue necesarias y convenientes” (hoy art. 99, inc. 8º, CN).

¿Qué había pasado? Que en 1917 Yrigoyen envía “un mensaje que abarcó apenas diez centímetros de una columna del *Diario de Sesiones*. Es una nota que firma el Presidente de la Nación, refrendada por su ministro del Interior, doctor Ramón Gómez.

”En ella se excusa ante la asamblea legislativa de no presentar el acostumbrado memorial —en el que el Poder Ejecutivo da cuenta del estado de la Nación, según lo establece la Constitución— diciendo que ‘los arduos y complejos problemas que han absorbido la acción sin tregua del Poder Ejecutivo, encaminada a la vez a corregir hondas deficiencias administrativas que perturban la regularidad funcional del gobierno, no le han permitido reunir todos los elementos de información de la administración pasada, que debe elevar a la consideración de vuestra honorabilidad conjuntamente con los que se refieren a su gestión propia.’

”Al año siguiente, en 1918, se inaugura el Congreso con un mensaje extenso del Poder Ejecutivo, leído por el Vice-Presidente de la Nación, en ausencia del titular don Hipólito Yrigoyen, que no se encontraba en la Capital. Estaba en uso de una licencia que había solicitado para librarse del compromiso de ir al Congreso a leer el mensaje.



”En 1919, el presidente Yrigoyen envía el mensaje inaugurando las sesiones del Congreso, con su secretario. Como Su Excelencia goza de perfecta salud, los asambleístas toman esta actitud de no visitarlos como un acto deliberado.

”Preside la sesión de asamblea, reunida con la sospecha de escuchar el mensaje, el Vice-Presidente de la Nación, doctor Pelagio B. Luna, como corresponde legalmente.

”En antelas se conoce ya el propósito del presidente. No concurrirá al Congreso, y los diputados y senadores opositores andan en cabildos y consultas a fin de uniformar el criterio que van a adoptar frente al presidente de la Nación, que rompe con una cortesía que es ya tradicional en el Parlamento argentino.

”El diputado Rodolfo Moreno pide la palabra y declara que ha sido costumbre ‘que los mensajes del Poder Ejecutivo, leídos por el presidente de la Nación en asambleas legislativas, fueran escuchados siempre por los señores senadores y los señores diputados. Ha sido ésta una práctica impuesta por la cortesía —agrega—, pero en esta ocasión el presidente no ha venido, privándose del honor personal que para él significaría abrir las sesiones del Congreso, yo hago indicación para que ese mensaje se incorpore al *Diario de Sesiones* sin leerse y se declare levantada la reunión de la asamblea legislativa.’

”Se procede de la forma indicada por Moreno; y la situación se repite en las aperturas de sesiones de 1920 y 1921, con iguales mociones del mismo Diputado”(14).

También fueron destacadas las intervenciones de Moreno en los pedidos de interpelación a los ministros del PEN, como en el caso de Domingo Salaberry, a cargo del Ministerio de Hacienda, en torno al estado financiero de la Nación y la deuda pública de la Nación (presidencia de Hipólito Yrigoyen), cuando encaró la delicada cuestión de las finanzas afirmando en la Cámara que

“No es una cuestión política, banal e insignificante, es una cuestión que afecta fundamentalmente al crédito y a la honestidad del país, que está por encima de toda política, que está por encima de todas las cuestiones transitorias y que nos ha de unir a los diputados con prescindencia de partidos.

---

(14) Véase: *El Congreso que yo he visto*, de Ramón Columba (1891-1959), tomo 1914-1933, ps. 66 y 67. Columba comenta que la “inserción” era una actitud para retribuir la “descortesía” del presidente de la Nación.

"El camino está trazado. Debemos ir a la obra constructiva; en ella nos espera el país, que confía en el Congreso, el que se encuentra obligado a responderle".

Tampoco fueron ajenas a su enjundia y coraje las cuestiones de honor a raíz de los enfrentamientos políticos en la Cámara. Es recordado el duelo con el diputado Ferreyra, a punta de sable (*sic*) en que resultó herido Moreno, pero que a pesar de la situación le respondió a los "padrinos" y al médico: " 'No es nada, no es nada, puedo continuar'... aunque los 'padrinos' dieron por terminado el lance" (cfr. Monis, José, *Rodolfo Moreno*, Lumen, 1942).

Tales hechos no afectaron la cordial amistad que siempre mantuvo con sus colegas parlamentarios, aun los de aguerrida tesitura radical.

## IX

No es cierto que entre el científico y el político medie una incompatibilidad, aunque sea desde el punto de vista del rigor de sus respectivas apreciaciones y elaboraciones en ambos quehaceres. Hasta el mismísimo Max Weber, que pronunció ante jóvenes estudiantes una admonición *ad nauseam*, aconsejando una separación ontológica a fin de preservar el rigor de materias dispares entre sí, cayó en la tentación de ser diputado en la elección de los constituyentes de Weimar (en 1919, para sancionar la Constitución de la flamante República alemana), cargo político este que no pudo obtener a causa del "internismo" de la convención del partido liberal, en la que en un intervalo le escamotearon (*sic*) su inclusión en la lista de candidatos(15).

Rodolfo Moreno transitó por la política y por el derecho durante toda su vida, siempre con pertenencia a la membresía del partido conservador de la provincia de Buenos Aires (que en el orden nacional formaba parte del Partido Demócrata Nacional), alineándose con los sectores liberales, con mucha integridad en su conducta y en coherencia con los principios. Era un político principista, lo que le valió —acaso— ser descartado como cabeza de la fórmula presidencial en 1943 y renunciar al cargo de gobernador de la provincia ante una amenaza por parte del presidente Ramón Castillo, quien por la famosa "unanimidad de uno" impuso a otro candidato presidencial (el golpe de estado del 4 de junio de ese año tiró abajo —

---

(15) No obstante ese traspié (amarga frustración) el líder de la promoción del texto fundamental del novísimo régimen democrático y progresista, Hugo Preuss, lo convocó a Weber como "asesor". Moraleja: que "en todas partes se cuecen habas". Preuss era un gran talento, pero Max Weber era un genio.

definitivamente— a la “concordancia” gobernante y abrió las puertas del “populismo” como nueva metodología de acceso y ejercicio del poder).

Moreno, si bien había accedido a la gobernación en elecciones cuestionables, repudió las prácticas fraudulentas reclamando la vuelta al sufragio transparente; del mismo modo que ante la Guerra Mundial y el auge del totalitarismo (de cualquier extremo) se pronunció en favor de las democracias constitucionales y de las fuerzas de los aliados que encabezaban Churchil, Roosvelt, De Gaulle y Chian Kai-shek, que finalmente triunfaron.

Una demostración de su fuerte vocación política e institucional fue la dedicación *full time* que volcó en el ejercicio legislativo (cuatro períodos) y su mandato —interrumpido— como gobernador de Buenos Aires, función a la cual nutrió con las mejores iniciativas reformadoras y progresistas destinadas a cambiar hábitos y costumbres que consideraba reñidas con el régimen democrático y republicano, a la vez que apuntaba hacia una merecida candidatura presidencial descartada arbitrariamente desde el poder central.

Tanto empeño en afianzar una sana política lo motivó a abandonar prematuramente dos ámbitos destacados: la cátedra de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y el sitial que ocupaba en la Academia Nacional de Derecho; justificándose en ambos casos con la confesión de no alcanzarle el tiempo para proseguir en esas altas jerarquías de la cultura a causa de las exigencias que demandaba la lucha política(16). Su recuerdo permanece, sin embargo, pues en el Salón de Actos de la Academia está presente una placa que incluye los nombres de los académicos miembros al tiempo de la sanción del “decreto Alvear”, que en 1925 consagró la plena autonomía de las academias nacionales, entre quienes se contaba Rodolfo Moreno, Antonio Bermejo (presidente de la Corte Suprema), Juan A. Bibiloni, Ramón Castillo, Vicente Gallo, Carlos Ibarguren, José Adolfo Oruna, Ernesto Quesada, Rodolfo Rivarola y Carlos Saavedra Lamas.

## X

Incansable actor y escritor, siempre atento a los temas institucionales, en 1937 Rodolfo Moreno publica un libro con diecinueve capítulos (más de doscientas páginas) dirigidas a esclarecer y llamar la atención en un

---

(16) En 1915 dimite en la Facultad y en 1926 se retira de la Academia; pero continúa con sus obras escritas, disertaciones, proyectos legislativos; enriqueciendo su sapiencia con visitas a Europa y estando siempre “al día” en las novedades culturales de su interés.

año electoral que comprendía la renovación presidencial con motivo de la próxima finalización del período del general Agustín P. Justo. La mención del índice de la obra revela la importancia de los temas anticipados en el título: *La cuestión democrática*. Veamos pues:

- I. Transformaciones naturales y sociales
- II. La crisis de la democracia en Europa. Los dos factores principales
- III. El fundamento de la soberanía
- IV. La soberanía en el derecho argentino
- V. Pueblo y parte del pueblo con derechos electorales
- VI. La expresión de la soberanía
- VII. Los efectos del nuevo sistema
- VIII. La revolución de 1930
- IX. El zarpazo a las instituciones democráticas
- X. El fraude como sistema de gobierno y la inquietud del presente
- XI. La cuestión del voto secreto
- XII. El voto secreto tuvo su momento
- XIII. El panorama europeo
- XIV. La cuestión de las influencias
- XV. La fiscalización de los partidos políticos
- XVI. Nuevas diferencias entre América y Europa
- XVII. Una defensa indispensable
- XVIII. Programa de futuro
- XIX. Resumen

Moreno estaba en desacuerdo con la práctica del fraude electoral, siéndole imposible —en ese momento— intentar evitarlo. Las elecciones presidenciales de 1937 consumaron esa desviación que Sáenz Peña y Victorino de la Plaza habían procurado erradicar.

Es público y notorio que 1937 fue el pináculo de un acto destinado a impedir el triunfo de la fórmula Alvear-Mosca a fin de evitar el retorno radical al poder. El gobernador Manuel Fresco fue un “artífice” del llamado “fraude patriótico”; pero los dirigentes del ala “liberal” del conservadurismo no compartían esa deformación (en Córdoba fue posible el triunfo de Amadeo Sabattini en 1936), y años después, al celebrarse la conmemoración del medio siglo de la muerte de Marcelo T. de Alvear, el ex diputado conservador Emilio J. Hardoy, en el homenaje rendido en el Cementerio de la Recoleta, “cantó la palinodia” y pronunció las siguientes palabras de arrepentimiento por el error cometido en 1937: “que su presencia se debía a una expansión irresistible del espíritu, a una confesión pública que quería hacer y que ya efectuara en otros momentos. ‘Vengo a pedir perdón públicamente —dijo— por el fraude electoral que cerró el paso al poder al gran ciudadano que fue Marcelo T. de Alvear, que fue un acto de locura y, más que eso, un crimen político que pagamos allanando el camino al advenimiento de la dictadura totalitaria que fue autora de las desgracias y los males de la República durante la vigencia del señor Perón en el poder’. Añadió luego, entre otras cosas, que ‘la patria no perdonará el crimen político de los conservadores, ni la dictadura de Perón ni el asalto de los centuriones al poder, ni tampoco los errores y fracasos de los gobiernos radicales.’ ‘Todos tenemos que confesar nuestras culpas,’ afirmó”(17).

Es suficiente con leer esas palabras de Hardoy y, como dirían los penalistas: “a confesión de parte, relevo de prueba” (*sic*). ¡Así fue la historia!

En mi modesta opinión, retrospectivamente vistos los prolegómenos y los resultados (más las consecuencias), estimo que “el descarte” de Moreno en la pulseada interna del oficialismo facilitó la consumación del “golpe”, que acaso se hubiera podido evitar o enfrentar. Ya habían fallecido recientemente las más notorias figuras políticas de los partidos: Julio Roca, Agustín P. Justo (a quien Moreno pensaba apoyar en una eventual candidatura en 1943 que se esfumó por la muerte del ex presidente), Marcelo T. de Alvear, Roberto Ortiz (algunos años antes Lisandro de la Torre), y los líderes habían dejado a esos partidos decapitados, desorientados y desacreditados. Así, el militarismo de la época pasó a ocupar su lugar(18).

(17) Cfr. Diario *La Prensa*, 24 de marzo de 1992.

(18) Tiempo antes ya se perfilaban antinomias incontrastables en el seno de los partidos. Así, en el caso de marras, las diferencias ideológicas entre el liberal Rodolfo Moreno y el nacionalista (ultra) del ex gobernador Manuel Fresco revelan posiciones irreconciliables, ya que mientras Moreno reveló reiteradamente su autocrítica con relación a la falta de pureza electoral, Fresco exaltaba el “fraude patriótico” y su simpatía por Mussolini; de donde se deduce que Moreno se sentía próximo a la postura regeneracionista que había preconizado el presidente Roberto M. Ortiz, que se interrumpió a causa de su salud y accedió el Dr. Castillo (también académico de Derecho) cuyas

Siempre se vio en Moreno a un político de garra, además de sus cualidades intelectuales. Y así lo demostró en su militancia partidaria constante y empeñosa a pesar de las desazones que a veces padeciera en las inevitables desinteligencias que conlleva ese quehacer. Decía *La Nación*, con justa valoración de Moreno, al respecto: “El Dr. Moreno reveló para esa índole de proselitismo cualidades particularmente eficaces. Además de sus aptitudes para la función directiva o para ocupar posiciones de responsabilidad en el gobierno, poseía el don del contacto con la multitud, la destreza del propagandista. Este hecho, no frecuente entonces en las filas en que militaba, le dio un prestigio casi súbito en el escenario de la provincia y no tardó en rebasar hacia los grandes sectores de opinión de la República. (...) El conservadorismo había encontrado en él a un representante expreso, un combatiente ardoroso, que bien pronto vio crecer su ascendiente hasta el punto de señalarse como un jefe alrededor de quien podía concentrarse la muchedumbre conservadora en las luchas democráticas. Y así como afrontaba las batallas en el recinto, no rehuía las consecuencias a que aquéllas pudieran llevarlo. En más de una ocasión el orador de la Cámara se vio obligado a sostener sus juicios en incidentes caballerescos con sus contrincantes. Fuera de esa faena de combatientes se distinguió en los distintos períodos por su obra constructiva”.

Es preciso recordar que luego de su derrota en la elección para gobernador de la provincia de Buenos Aires, en 1920, por varios años había estado ausente de las contiendas cívicas y hasta daba la sensación de un desapego definitivo de la política y de un alejamiento resuelto de la corporación en que se formó su personalidad.

Acaso sea dable destacar un paralelismo de situaciones entre el presidente Roberto M. Ortiz y el precandidato presidencial Rodolfo Moreno, ya que ambos estaban decididos a poner fin al fraude electoral, y ambos quedaron marginados en sus propósitos de saneamiento: Ortiz debió renunciar en junio de 1942 por razones de salud que se agravaron, dando paso a la presidencia del vice Castillo, que resucitó las prácticas a las que había puesto coto Ortiz; mientras que Moreno resulta desestimado por Castillo para favorecer a Patrón Costa que era el “continuismo” (frustrado el 4 de junio...). Moreno estaba convencido de que la ganaba sin fraude y, por supuesto, estaba seguro de que Patrón Costas no podía triunfar sin fraude.

En otro orden de cosas, si nos remontamos más al pasado, cabe recordar que la no apertura de las sesiones del Congreso Nacional en 1930, que se mantuvo en receso hasta víspera de septiembre (cuando debían abrirse el 1 de mayo), provocó la reacción de los legisladores opositores que acuer-

---

orientaciones pecaban por su falta de percepción de las nuevas realidades del país.

dan entre los distintos partidos políticos emitir “manifiestos” en reclamo de la acción de las Cámaras como instrumento de gobierno constitucional y democrático. Se temía un “golpismo” conducente al reemplazo de las instituciones republicanas ante la inercia del partido gobernante; por lo que diputados democráticos —aunque de la oposición al oficialismo— saben advertir la gravedad de la situación y la incertidumbre del momento: allí está en la prédica —entre otros— el diputado Rodolfo Moreno, conservador, acompañado por los socialistas independientes.

Luego del golpe de estado consumado el 6 de septiembre de ese año, con la instauración del Gral. Uriburu en el poder y la disolución del Congreso, Rodolfo Moreno y Antonio De Tomaso redactan las bases para constituir la “Federación Nacional Democrática”, cuyo objetivo era la defensa irrestricta de la Constitución Nacional: una contrapartida frente a las tendencias autoritarias que auspiciaban un régimen de orientaciones corporativistas. Cabe señalar que Moreno venía bregando desde 1918 por una ampliación de horizontes no solo del conservadurismo al cual él pertenecía, sino también concertando con otros partidos democráticos afines, incluyendo algunos desprendimientos del radicalismo que fueron sucediendo(19).

No fue la primera vez que el capital político tan bien ganado por Rodolfo Moreno le resultó esquivado por las vicisitudes de las luchas internas del período uriburista, toda vez que el general no veía con simpatía la candidatura del Gral. Agustín P. Justo, habida cuenta de las preferencias por una “línea dura” y más reaccionaria, lo que en definitiva alejaba las perspectivas futuras de Moreno que era poseedor de un gran prestigio y de capital político propio. El tema se repitió años después, al culminar la presidencia justista, con la candidatura presidencial de Roberto M. Ortiz(20). La renuncia de este y el acceso presidencial de Ramón A. Castillo cambiaron el curso de la historia argentina, por cuanto Ortiz, Julio Roca (hijo) y Rodolfo Moreno estaban convencidos y decididos a poner fin al fraude elec-

---

(19) Cfr. AZARETTO, Roberto, en *Federico Pinedo*, Emecé, Buenos Aires, 1998. Según el autor, de haber prosperado la Federación citada, que se malogró, Moreno podía haber aspirado legítimamente a encabezar el binomio presidencial en 1931 para 1932.

(20) Como bien señala Azaretto, en ob. cit., “El Canciller Saavedra Lamas, demócrata aunque sin actuación partidaria, pudo ser elegido (Presidente), pero la obtención del Premio Nobel de la Paz canceló sus oportunidades, pues el Presidente (Justo) aspiraba a esa distinción” (p. 137). El presidente Justo “no demostraba demasiado afecto por el Partido Demócrata Nacional” y por otro lado “obstaculizó a personalidades como Rodolfo Moreno al que muchos veían como un presidenciable ya en 1932, sacándolo del medio con una Embajada en el Japón y evitando así que disputara la gobernación de Buenos Aires en 1936, de la que había podido proyectarse como un candidato con fuerza propia” a la presidencia (*sic*).

toral. Lo impredecible fue el golpe militar del “GOU” (Grupo de Oficiales Unidos), además de la gran incógnita de saber si en vez de Patrón Costa hubiera sido Moreno el candidato presidencial que aventara el infausto suceso del 4 de junio de 1943. ¿Habría podido surgir la figura de Perón?

La hipótesis de que una candidatura presidencial de Rodolfo Moreno resultara exitosa y que, más aún, cambiara el curso de la historia, es conjetural; habida cuenta de que se presumía a esa época un “golpe de estado” (que aconteció el 4 de junio de 1943) y la ulterior aparición y progresivo ascenso del entonces coronel Perón con la imposición de un “populismo” intensivo. Por ello es que se dice que de toda hipótesis que plantea un curso de los hechos diferente del que se dio en la realidad, es una *historia contra factual*, también conocida como *historia virtual*: ¿qué habría ocurrido si en esos momentos las cosas hubieran sucedido de otra manera? A veces se invoca a la “ucronía”, que suele operar en el campo de la “ficción”. En definitiva, lo contra factual o contra fáctico está en el ámbito de lo que no ha sucedido pero que podría haber ocurrido. En el campo filosófico, pensadores como Spinoza no aceptaron lo contra factual, reconociendo solamente lo que tal o cual ocurre (el “actualismo”).

Pero la historia contra factual (también denominada “virtual”) es un ejercicio de abstracción en un curso hipotético de sucesos o acontecimientos, que se practica con mucha frecuencia a fin de formular especulaciones históricas a partir de una premisa para explorar posibles cambios (*sic*); mientras que las “ucronías” parten de la historia para desembocar en un relato de ficción (literatura fantástica o ciencia ficción).

Según los especialistas, la *historia contra factual* conlleva un análisis académico y riguroso, partiendo de una premisa que sea verosímil y que el punto de la divergencia debe ser plausible, así como los episodios que se derivan, a fin de determinar a tenor de los datos objetivos cómo los hechos habrían sido diferentes a lo que realmente aconteció.

Otro caso hipotético “contra factual” podría ser estimado como tal, si bajo el régimen del Gral. Uriburu el partido conservador bonaerense se hubiera resistido a la pretensión presidencial de fracturar el frente democrático (estando proscrito Alvear) y el candidato hubiera sido Rodolfo Moreno a la presidencia de 1932 (conf. Federico Pinedo, *En tiempos de la República*, t. I).

## XI

Puede ser —acaso— que el rotundo “no” del presidente Castillo a la candidatura presidencial de Moreno, sumado al sorpresivo y sorprenden-



te golpe de estado producido en los primeros días de junio (1943) —que solo algunos “agoreros” predicaban como necesario e inminente— hayan sido —ambas cosas— detonaciones que no cabían en pronósticos imprecisos ni en circunstancias totalmente previsibles en cuanto a su simultaneidad y sus consecuencias inmediatas. En ambos casos gravitaron ceagueras (de diferente inspiración), pero si “a la planta se la juzga por sus frutos”, fue evidente la secuela del surgimiento siguiente del “populismo” en versión nacionalista y demagógica en la Argentina. Hasta ese momento y a lo largo de muchas décadas, habían gobernado los conservadores y los radicales: ahora se producía un cambio “copernicano” que llegaría mucho más allá que lo que podrían avizorar las personalidades políticas de reconocida actuación.

Ese cambio imprevisto (y que no era tan solo formal) trastocó gran parte de la vida y costumbre políticas y sociales de los argentinos. Creo pues que estamos trayendo a colación la conocida figura literaria de “el cisne negro” (que desarrollara Nassim Nicholas Taleb) que introduce la “sorpresa” como gran impacto a raíz de sucesos difíciles de predecir, pero que por inesperados (en cuanto a su precisión en el tiempo) toman gran magnitud en comparación con los episodios habituales o los regulares.

Como se trata de algo atípico —para algunos inesperado y para otros argentinos era deseado—, el gran cambio (*sic*) a partir de 1943 conllevó sucesivamente a un *shock* extremo en el *establishment* vigente (de todos los partidos), que por sus consecuencias fueron apareciendo como acontecimientos sin precedentes, aunque al cabo del tiempo se racionalizaron “como si pudiera haber sido esperado” (21). Se citan, como ejemplos, la súbita crisis financiera a raíz del desplome de la Bolsa de New York (1928 y en adelante la crisis económica global), el derrumbe del bloque soviético, el estallido del fundamentalismo islámico, la crisis de los mercados en 1987 y, por supuesto, el descubrimiento de la penicilina; como así también todos los alardes de la tecnología “de punta” que venimos conociendo en las últimas décadas (y los que nos sorprenderán pronto). Ya estamos viviendo el cambio climático.

---

(21) La figura del “cisne negro” es en contraposición al hecho de que los cisnes son predominantemente “blancos”; por lo que la sorpresa es mayúscula cuando aparece uno de color negro. Se lo creía inexistente hasta que en 1697 el explorador Willem Vlamingh descubrió cisnes negros en el río Swan, en Australia Occidental; y de allí el término se empleó para subrayar que una imposibilidad podía ser refutada más adelante. Según Taleb “después de su primer registro, el suceso se racionaliza en retrospectiva, como si hubiera podido ser esperado”. Y eso fue lo que se produjo en los años ulteriores al golpe de 1943.

Se ha hablado de la ceguera ante lo aleatorio: en mi opinión —y examinando la historia argentina— considero que la sumatoria de conflictos y tensiones existentes en el país y en el mundo daban pie a un “vuelco del destino” entre 1943 y 1945, que en nuestro caso abrió paso a la progresiva instauración de un régimen signado por la rotura y ruptura de todos los precedentes habidos. Ciertamente, hubo precursores en las predicciones que hubieran tomado otra orientación en los cambios políticos, sociales, económicos y culturales; pero se quedaron con la mera ilusión, por cuanto la transformación metodológica que se generó fue el populismo, con ingredientes de autoritarismo y demagogia.

Mi conclusión es que Rodolfo Moreno tenía la visión y la convicción de los grandes cambios necesarios para la época que se avecinaba tras la Guerra Mundial. Quiso anticiparse a hechos trascendentales que para otros dirigentes parecían improbables y quedaron al margen por no estar preparados para afrontar y enfrentar la incertidumbre.

## XII

Rodolfo Moreno fallece en Buenos Aires el 20 de noviembre de 1953, a la edad de setenta y cuatro años. Casado con Emilda Flores Levalle, no tuvieron hijos. Si bien los sucesos que a partir del año 1943 fueron conmoviendo los cimientos de la política argentina, y habiendo sido el último gobernador conservador de la provincia de Buenos Aires, perduró mucho tiempo la resonancia que provenía de su “bastión” histórico del partido en Lobos y el recuerdo a su personalidad ante los habitantes de esa ciudad tan querida por él. Su vida política había jalonado muchas vicisitudes, incluso soportó su exilio en Montevideo durante el régimen de la dictadura vigente en el año 1944, manifestándose desde ese refugio del noble Uruguay contra la postura “neutralista” (pronazi) del gobierno militar de los generales Ramírez y Farrel, al que calificó de “dictadura nazi”. No le faltaba coraje para expresar sus convicciones; teniendo muy claro, por su inteligencia, cómo era el “cuadro de situación” de aquellos años aciagos, lamentando que la Unión Democrática no incluyera a su partido.

Moreno fue un visionario: se adelantó a su tiempo y tuvo la percepción del futuro. No abrigaba fantasías exaltadas ni creyó en cosas quiméricas. Su temple consistió en poseer una fortaleza enérgica y una valentía serena para afrontar las dificultades y los riesgos. En 1949 se retiró de la vida política en circunstancias en que su templanza estaba provista de tres dotes: moderación, sobriedad y continencia. ¡Fue un gran argentino, majestuoso, noble y señorial!(22).

---

(22) Como muchas personalidades y patriotas, no pudo esquivar la malevolencia

Tan así era, que al producirse su fallecimiento, el diario *La Nación* dedicó a Moreno una crónica que comenzaba diciendo: “Con la muerte del Dr. Rodolfo Moreno desaparece una de las figuras más interesantes de la política argentina de este medio siglo. Hombre de combate y de gabinete, temperamento hermético hasta junto a sus más allegados, en quienes más gravitaba la fuerza cautivante de su talento que las expansiones de la amistad, no era hombre de comité. Supo, por el contrario, dirigirse a las masas con palabras de ardimiento y convicción”.

Pese a las diferencias políticas de una época encrespada, la provincia de Buenos Aires decretó adhesión al duelo, izar la bandera a media asta en los edificios públicos y designar al ministro de Gobierno para asistir al sepelio, con remisión de una palma floral y nota de pésame familiar de estilo (*sic*). ¿Gentileza de Aloé? ¿O un merecido reconocimiento a la jerarquía del estadista? Sus restos reposan en el Cementerio de la Recoleta, a donde acudieron numerosos correligionarios y amigos, destacándose las palabras de despedida de Lima, Hardoy y Rebaudi Basavilbaso en esa ocasión, por el Partido Demócrata.

### XIII. APÉNDICES

#### I

La labor parlamentaria y la propiamente legislativa que llevó a cabo Rodolfo Moreno fue altamente ponderable, cuantitativa y cualitativamente, ya que abordó grandes temas y nuevas cuestiones de la época, o sea, del período comprendido entre 1916 y 1930, entre la llegada del radicalismo al gobierno (con la ley Sáenz Peña mediante) y la ruptura de la continuidad constitucional a raíz del golpe del 6 de septiembre. Es decir, que su desempeño en la Cámara de Diputados transcurrió durante presidencias del

---

ruin de quienes levantarán maledicencias en torno a sus destacadas actuaciones. En el caso de Rodolfo Moreno, una cuestión profesional en la que intervino en su condición de letrado, le deparó un gran disgusto durante los meses de mayo y diciembre de 1929 en una sucesión, donde mediaban conflictos económicos entre herederos y bancos acreedores (caso eminentemente civil y comercial), donde manos aviesas promovieron una derivación penal afligente para Moreno, que finalmente fue sobreseída, en la que el eminente penalista Eusebio Gómez calificaba a la acusación y a la instrucción “de inquisición en la que la tortura material ha sido sustituida por la tortura moral” (*sic*). La Cámara del Crimen finiquita la causa y esa infamia no consigue mellar su honor y prestigio. Sus correligionarios y amigos le rinden un homenaje, pues llegó a sostenerse que su proceso había sido fraguado por motivos políticos (cerca de los sucesos de 1930). Cabe señalar que los doctores Sebastián Soler y Luis Giménez de Asúa coincidieron con la Cámara absolutoria. Se había tratado de una patraña, que acaso haya tenido que ver con el caldeado clima político de las vísperas del treinta, ya que Moreno era un vigoroso opositor.

mismo partido (Yrigoyen-Alvear-Yrigoyen) correspondiéndole a Moreno cumplir el rol de oposición desde su pertenencia conservadora. Fue una etapa de cambio (*sic*) que —en cuanto al Congreso— se caracterizó por el advenimiento de otro estilo y de otros representantes del pueblo, con un “cuadro de situación” que partió del escenario de la “bella época” argentina y que culminó con el tropiezo de la gran crisis (mundial y local) del orden financiero y de las consecuencias económicas y sociales que signaron a la década del treinta. Y si bien Moreno no aceptó el retorno a la banca ofrecida en 1934, ejerciendo otros cargos, reconocida es la fecundidad de sus proyectos de leyes, resoluciones y declaraciones que exhiben la calidad de sus presentaciones, así como de su participación en los debates y discursos en el recinto. Al no ser diputado “oficialista”, sin embargo, tuvo el privilegio —ganado en virtud de su mérito y de su talento— de pilotear la gran reforma penal que se sancionó con la aprobación del Código Penal (de su principal autoría) y que promulgara el presidente Hipólito Yrigoyen en 1922: obra maestra que a pesar de tantas enmiendas sufridas (muchas de ellas “destrozando” la sistemática de un “Código” nacional) aún rige y se lo conoce como “el Código de Moreno”, a casi un siglo de su gestación.

Un gesto político de hondo sentido democrático fue el efectuado por Moreno en 1924, con motivo de la muerte del diputado Giacomo Matteotti, valiente luchador antifascista, por lo que Moreno proponía en un proyecto de resolución que la Cámara expresara su simpatía y solidaridad de la Honorable Cámara con el pueblo italiano. Recordemos que Matteotti (1890-1924) era diputado desde 1919 llegando a ser secretario general del partido socialista italiano y al que Mussolini le dispensaba su odio. En el discurso pronunciado en mayo denunció el avasallamiento de las libertades y la corrupción del régimen y sus jerarcas: el 10 de junio fue asesinado por sicarios que entregaron al jefe de policía (general De Bono) las pruebas del atentado, quien se apresuró a hacérselas llegar al Duce, mientras que el cadáver solo fue hallado después de varios meses de búsqueda, quedando en evidencia la responsabilidad gubernativa y de los altos jefes del fascismo(23).

Con este proyecto, Moreno dio testimonio de su pensamiento republicano y antitotalitario, al propio tiempo que exhibió un ejemplo de civismo y de compromiso; pues el diputado italiano se convirtió en un símbolo de la resistencia.

A continuación mencionaremos su intensa labor en la H. Cámara de Diputados(24).

---

(23) Cfr. DÍAZ DOIN, Guillermo, *Diccionario político*, Mundo Atlántico, 2ª ed., Buenos Aires, 1948, ps. 475/476.

(24) Rodolfo Moreno no cumplió mandato como diputado nacional durante el pe-

Los proyectos presentados por Rodolfo Moreno a la Cámara de Diputados en el año 1916 estaban referidos a los siguientes temas, que confirman su vocación por el perfeccionamiento de las instituciones y el avance del derecho. A saber: modificación del Código Civil en lo que se refiere a la venta de inmuebles por mensualidades; a la representación en juicio; a la modificación de la ley sobre superintendencia de la Corte Suprema; a modificaciones del Código Penal; a la elevación de la representación diplomática en España a la categoría de Embajadas; a la administración de la justicia; a la residencia de extranjeros; a la competencia de los ingenieros agrónomos en los asuntos judiciales; al concurso civil de acreedores, y al nombramiento de una comisión investigadora del funcionamiento de la justicia.

En el período legislativo de 1917 se ocupa de la provisión de la cartera de Relaciones Exteriores; de la declamación de procedencia de los artículos de la industria nacional o extranjera; de la cuenta corriente del gobierno con el Banco de la Nación y —también— de la modificación de la carta orgánica de ese Banco; de la prohibición a ese Banco de redescantar documentos de crédito emanados del gobierno nacional y de la autorización al Banco para adquirir en remate judicial los bienes raíces afectados con hipoteca a su favor; de la caución juratoria; de la acumulación de jubilaciones; del recurso de inaplicabilidad de ley o doctrina legal; de la ley municipal de elecciones; de la represión de la vagancia y mendicidad; de la desaprobación del decreto de intervención en la provincia de Buenos Aires; del divorcio (*sic*); de la inviolabilidad del domicilio; de la Caja Nacional de Defensa Agropecuaria; de la autorización del PEN para comprar hilo sisal; de la fiscalización de los trust; de la declamación como bienes del Estado a las minas de petróleo, hierro y hulla; de la ley básica del seguro nacional; del impuesto adicional de contribución territorial para toda la República; de la designación de una comisión investigadora de todo lo relacionado a la detención del diputado Camaño, y de la interpelación pedida para tratar el “mensaje” de la apertura del período de sesiones que enviara el presidente.

---

río 1926-1929. La primera vez que asumió como diputado fue en el período 1916-1920, la segunda de 1922 a 1926, la tercera de 1930 a 1934 y, por último, este mismo año 1934 a 1938. En su último mandato, a pesar de haber resultado electo, no asumió su banca por haber aceptado el cargo de ministro de Estado en el Departamento de Obras Públicas de la provincia de Buenos Aires.

En 1930 no presentó proyectos. De 1931 a 1934, Rodolfo Moreno no figura en los Diarios de Sesiones, pues hay que recordar que durante el período 1930-1932 el Congreso Nacional permaneció clausurado (cfr., MONS, José, *Rodolfo Moreno, el hombre y su acción*, Lumen, Buenos Aires, 1942, p. 49).

En el año 1918, proyectos destinados a la prohibición de aceptar comisiones políticas del Poder Ejecutivo a los miembros de la Magistratura; a la fundación, ampliación y modificación de los centros de población; a la publicación de los edictos en los casos de venta de bienes; a la creación de una oficina nacional de reincidencias e identificación; a la modificación de la ley de patentes en lo relativo a las agencias de avisos y publicaciones; a la creación de la Asociación Nacional de Educación Física; al abaratamiento de los combustibles y otros artículos de primera necesidad y la creación de una Junta de Subsistencias; a la equiparación de los sueldos de los militares expedicionarios al desierto con los de los militares en actividad; al fomento del cultivo de textiles destinados a la fabricación de hilo para engavillar; al régimen permanente para la distribución de semillas a los agricultores y colonos; a la exención del pago de la tarifa suplementaria al ferrocarril a meridiano V; a la construcción de un mausoleo para el poeta Carlos Guido Spano; a la entrega de oro por las legaciones argentinas equivalente al oro o papel que a la Caja de Conversión entreguen el comercio y los bancos; a la fijación del interés que devengarán los préstamos, descuentos y redescuentos que haga el Banco Nación; a la autorización que haga el PEN para comprar y negociar la cosecha; a la creación de una comisión especial de legislación penal y carcelaria; al nombramiento de una comisión que investigue el funcionamiento de la justicia de la Capital Federal y proponga las medidas conducentes a su mejoramiento; al pedido de informes al PEN relativos a la deuda pública; al pedido de restablecimiento de la Escuela de Aviación de Fuerte Barragán; al pedido de informes referentes a gastos de la defensa agrícola; a la formación de la comisión investigadora de las causas y proceso de la huelga en el puerto de la Capital Federal, y el pedido de remisión de los antecedentes relacionados con la clausura de la Legislativa de Córdoba.

Si pasamos al año 1919, encontramos iniciativas de Moreno para modificar el Reglamento de la Cámara respecto de la asistencia de los diputados a las sesiones; pedido de informes sobre la construcción del edificio destinado al Museo de Historia Natural; ídem sobre la provisión de vacantes en la justicia; sobre la convocatoria a elecciones en Catamarca; ídem a la Corte Suprema sobre una licencia concedida a un vocal de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional; sobre el local de sesiones de la "Junta Escrutadora" de la Capital Federal; sobre inserción de documentos en el Boletín Oficial; sobre la represión de la especulación en los consumos; ídem sobre el precio de los alquileres en la Capital; sobre las emisiones prohibidas de moneda fiduciaria; sobre la tasa máxima de interés del dinero; sobre el transporte terrestre; sobre el socorro a las víctimas de las inundaciones en la provincia de Buenos Aires; para la adquisición de las colecciones paleontológicas y antropológicas de Ameghino; sobre

matanza y exportación de animales hembras, bovinos y ovinos; sobre reconstrucción del campo de deportes del Club de Gimnasia y Esgrima; sobre impuesto a las utilidades de los bancos extranjeros; sobre exoneración de derechos a las máquinas de vuelo (“volación”); sobre la autorización al Banco Hipotecario Nacional a transferir una finca a la Sociedad de Beneficencia destinada al Hospital Oftalmológico, etcétera.

Corría el año 1922 y Moreno acentuaba los “pedidos de informes” al PEN, ejerciendo activamente la función de control que compete a los legisladores. Además de reiterar pedidos anteriores que no habían sido evacuados, suma ahora los referidos a la exportación del petróleo; el museo de historia natural; la deuda flotante y demás obligaciones del erario; el estado de la deuda pública; los delitos cometidos en la Casa de la Moneda y el uso doloso de los valores fiscales; sobre la violación de fueros parlamentarios; sobre la Dirección de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF), y pide la inclusión en sesiones extraordinarias de los proyectos relacionados con la crisis ganadera. También solicita el homenaje a la memoria de Rufino de Elizalde y, en cuanto a proyectos de ley, arremete con los presentados y no tratados de su autoría en los años precedentes. Suma a ello el de creación del Patronato de Liberados; otro de construcciones carcelarias; otro de “sistema carcelario”; reitera la creación del Registro Nacional de Reincidentes; hace hincapié en la reglamentación de las intervenciones federales a las provincias; proyecta la “Reforma de la Ley Orgánica del Ejército”; propone la prórroga de las pensiones a personas que tengan más de setenta años de edad; se ocupa de las emisiones fiduciarias y de la publicación del Boletín Oficial; de la modificación del art. 855 del Código de Comercio; de la nueva denominación del Museo de Historia Natural “Florentino Ameghino”; de la fijación de la tasa máxima de interés; de la exención de derechos de Aduana; de la declaración de feriado en homenaje a la Independencia del Brasil; vuelve sobre el “seguro nacional”, etcétera.

Al año siguiente (1923) insiste en la consideración de numerosos proyectos pendientes de tratamiento y de aprobación (la “molicie” de la Cámara): el reglamento de la Cámara; la cárcel porteña; las cartas orgánicas de los bancos oficiales; de la Caja Nacional de Ahorro Postal; de la organización de los Ferrocarriles del Estado; como así también proyecta la autorización al PEN para suprimir los empleos vacantes (*sic*); la expropiación de un frigorífico para el abasto de carne en la ciudad; la formación y depuración del padrón electoral; la creación de una secretaría auxiliar para los juzgados en lo Civil y Comercial; la abolición del “tratamiento especial” a los miembros de los poderes públicos; la reglamentación de las comunicaciones inalámbricas; las emisiones de billetes; los estudios sobre explotación de arena ferruginosa, etcétera.

En el transcurso del año 1924 Moreno propició iniciativas sobre la instalación de barreras en los cruces de ferrocarriles; sobre inmuebles arrendados para oficinas públicas nacionales; pidió que se tratara la intervención a la provincia de San Juan en sesiones extraordinarias; presentó proyecto de ley sobre libre ejercicio de la pesca marítima; ídem sobre modificación de la ley de ejercicio de la procuración; ídem propiciando la institución del “Colegio de Abogados”; ídem para otorgar un subsidio al “Museo Social Argentino”, y —como de costumbre— reiteró la pronta consideración de sus numerosos proyectos anteriores, vista la mora de su tratamiento por la Cámara.

Y en 1925 impulsa que prosigan las actuaciones del juicio político al juez federal de Salta y que se promueva el juicio político a un juez de Instrucción de la Capital Federal. Toma así también una iniciativa de relevante importancia para el funcionamiento parlamentario: el nombramiento de una Comisión encargada de proyectar “el orden de la labor de la Honorable Cámara”; o sea, que se trata del antecedente de la creación de la “Comisión de Labor Parlamentaria” instituida en la presidencia del cuerpo a cargo de Arturo Mor Roig en 1963, que tanta importancia tiene para la preparación ordenada del desarrollo de las sesiones. Solicita la autorización al PEN para el crédito cuando la dirección de “YPF” lo requiere a los efectos de la explotación; reitera el proyecto de ley sobre “Centros de Población” y sobre creación de una “Imprenta Nacional”; asimismo, la creación de una Secretaría en el juzgado del Crimen de la Capital Federal encargada de los asuntos de los menores y otra Secretaría para recibir escritos después de hora; una ley sobre emisión de billetes y letras de Tesorería por las provincias y por los particulares; otra destinada a ser la “Ley Orgánica del Petróleo”; ídem sobre “Regulación en juicio de honorarios de abogados”; ídem sobre erección de un “Monumento a la Independencia” en Humahuén, además de la designación de una comisión para asistir a la celebración de un aniversario de la independencia de Bolivia.

Hasta aquí, una demostración evidente y palpable de la intensa dedicación y esfuerzo que Rodolfo Moreno volcó en su desempeño de legislador, poniendo de manifiesto no solo su vocación y su talento, sino también la enorme capacidad creativa al tomar en cuenta la atención debida a los problemas nacionales y locales, como asimismo a la cultura, a la judicatura y el derecho en especial; todo ello con los imprescindibles estudios para cada tema y teniendo a la vista el tiempo y la oportunidad para perfeccionar la legislación y la codificación de nuestro régimen jurídico, tomando en cuenta los cambios de época y las notables transformaciones registradas en el progreso y permanente crecimiento de la Argentina y de



su aumento poblacional. Novedades y necesidades a satisfacer estaban — lógicamente— a la orden del día en todos los sectores sociales.

## **II. RODOLFO MORENO** **EN LA CONVENCION CONSTITUYENTE DE 1934 (25)**

Rodolfo Moreno fue elegido convencional constituyente por la Primera Sección Electoral, por el Partido Demócrata Nacional, en segundo lugar (primero fue Manuel Fresco) (t. I, p. 511; t. I, p. 5).

En la Convención, fue presidente de la Comisión Especial (t. II, ps. 7 y 271).

Presentó el Proyecto de Reglamento para la Convención Constituyente, tomando como principal modelo el de la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires. Para fundarlo, hizo una brillante síntesis de los antecedentes históricos de la provincia de Buenos Aires y de las convenciones nacionales reformadoras de 1866 y 1898 (t. II, ps. 14 y ss.).

Además, explicó ante la Convención todas las cláusulas que se debatieron sobre dicho Reglamento (t. II, p. 46).

En los fundamentos, resaltó la labor de los "...hombres que en las diferentes convenciones nacionales y provinciales afrontaron la tarea de darnos los estatutos fundamentales que nos rigen" [...] que "fueron los mejores del país y basta leer los nombres que nos son familiares desde la escuela, para respetar ese hondo respeto (*sic*) que se siente por lo que fue, y que todavía nos rige, marcándonos rumbos y gobernándonos por medio del espíritu" (t. II, p. 17).

No obstante ello, defiende la conveniencia de reformar la Constitución provincial, diciendo que "El mundo en todos sus aspectos, y aun cuando a veces nos parezca que retrocede, adelanta, moral, material e intelectualmente. Pero la verdad de hoy es el error de mañana, la institución perfecta del presente es el desconcierto del futuro" (t. II, p. 17).

Elogió a quienes modificaron sus anteriores opiniones cuando ello fue necesario: "Luis V. Varela, autor del mejor libro sobre Estado Federal constitucional de Buenos Aires, también convencional, rectificaba públicamente su criterio demostrando que quien no progresa es solo quien no se modifica venciendo prejuicios y aprovechando enseñanzas (t. II, p. 17).

---

(25) PROVINCIA DE BUENOS AIRES. CONVENCION CONSTITUYENTE. *Antecedentes y debates sobre la Reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Año 1934*, La Plata, 1936, ts. I y II.

Destacó en particular las figuras de Mitre, Adolfo Alsina, Sarmiento, Vélez Sarsfield y Tejedor, quienes, dijo, tuvieron siempre la visión del país y el más acendrado patriotismo (t. II, p. 17).

Las actas ponen de manifiesto el gran apoyo que tuvieron sus palabras en el seno de la Convención (“¡Muy bien! ¡Muy bien! Aplausos prolongados”) (t. II, p. 18).

Puso de manifiesto su prudencia, cuando rechazó, infructuosamente, integrar la Comisión de Reglamento en virtud de haber sido autor del mismo, porque, dijo, “creía mejor que el juicio del proyecto lo hicieran otros, sin la presencia del autor del mismo (t. II, p. 24).

El Proyecto de Reglamento para la Convención Constituyente presentado por Rodolfo Moreno se encuentra en las páginas 25 a 29 de las Actas (t. II, ps. 25 a 29).

En cuanto a la Constitución, presentó el Proyecto para el Plan de Reformas a la Constitución de Buenos Aires, aconsejando, además, la mecánica a seguir sobre la nueva numeración de los artículos correspondientes, en todo lo cual fue seguido por la Convención (t. II, ps. 94/95).

Como miembro informante de la Comisión Especial, expuso ante el plenario de la Convención el Proyecto de Reformas a la Constitución provincial (t. II, ps. 284 a 304).

En esa función, explicó las principales modificaciones que se proponían, pronunciando definiciones trascendentes sobre todo lo que se refiere a una Constitución y las diferentes instituciones que se incluyen en la misma.

Así, destacó la diferencia entre el arbitrio personal y el derecho escrito fundado en la soberanía del pueblo (t. II, p. 285).

Definió a la Constitución como un “régimen de gobierno” y por ella se organiza una Ley Fundamental (t. II, p. 285).

La Constitución —dijo— es la “expresión directa de la soberanía”, que contiene “reglas básicas de carácter fundamental, proporcionando a los habitantes las garantías esenciales y dando las normas a las que deben estar sujetos los poderes del Estado” (t. II, p. 286).

Definió los requisitos que debe reunir una Constitución: “sus cláusulas deben ser generales, sin entrar nunca a la minucia”. Los principios de

la misma deben ser precisos, sin que se presten a interpretaciones que permitan su violación, fijándose con ese mismo carácter de precisión sus mismas limitaciones” (t. II, p. 286).

“La Constitución —sostuvo— da nada más que las reglas básicas, dejando a la Legislatura su desenvolvimiento, sin fijarle otras normas, salvo que esto sea indispensable para que un principio de fondo no sea alterado” (t. II, p. 286).

“Cuando una Constitución interviene en el detalle y no le da a la Legislatura facultades amplias, el pueblo para el cual se dicta puede encontrarse obstruido por su Carta, lejos de encontrar en ella un medio para facilitar su acción” (t. II, p. 286).

En las constituciones no deben hacerse ensayos (t. II, p. 287).

La Constitución “debe ser precisa para que se pueda cumplir sin duda alguna; “debe ser práctica y apoyarse en las modalidades del pueblo al cual se destina” (t. II, p. 287).

Sobre el proyecto de Constitución que presentaba, dijo que las reformas “no alteran ningún derecho ni limitan ninguna garantía”.

Destacó la importancia de la Junta Electoral prevista en la Constitución provincial (t. II, p. 295) y propuso que las elecciones no fueran tan frecuentes, para evitar el “electoralismo”, que era consecuencia de la cantidad y frecuencia de elecciones (t. II, p. 296).

Incursionó, en su discurso, en un tema difícil para la época, como era el voto femenino, señalando que había propuesto que se lo estableciera, aunque prevaleció en la Comisión dejar el tema librado a la Legislatura, para lo que se exigían dos tercios de los votos del total de los miembros de cada Cámara (t. II, p. 297).

Propició con énfasis, en varias intervenciones, la carrera administrativa de los empleados públicos, destacando los beneficios que traería a la Administración y que dejara de ser un botín de los vencedores de cada comicio (t. II, ps. 299/300).

Destacó que el proyecto presentado establecía la elección directa para el gobernador y el vicegobernador, señalando cómo se había desvirtuado el entonces vigente sistema de electores (t. II, p. 300).

Subrayó que el Proyecto ampliaba las atribuciones del Tribunal de Cuentas (t. II, p. 301).

Sostuvo la conveniencia de dar mayores derechos a los ciudadanos nacionalizados (t. II, p. 302).

Propuso que la integración del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados se estableciera por ley (t. II, p. 302).

Destacó las mejoras que proponía el proyecto en el régimen municipal y en el educacional (t. II, p. 303).

En cuanto al procedimiento para la reforma constitucional, destacó que se retornaba a los sistemas de la Constitución de 1870/73, diferenciándose entre las reformas fundamentales y las menos trascendentes (t. II, p. 303).

Y finalizó su presentación del Proyecto ante el plenario sosteniendo que creía “de buena fe haber interpretado a los presentes y a los ausentes”, aludiendo al retiro de la Comisión de algunos convencionales (t. II, p. 304).

Durante los debates sobre el proyecto presentado, polemizó con quienes pedían que se suprimiera el Preámbulo de la Constitución, destacando la importancia del mismo (t. II, p. 375).

Tuvo polémicas de elevado nivel intelectual con algunos convencionales socialistas de la talla de Nicolás Repetto y Carlos Sánchez Viamonte (t. II, ps. 370/82).

Hizo una enfática defensa de la libertad de expresión, destacando en qué medida el Proyecto de Reforma avanzaba en una mayor protección de la misma (t. II, ps. 426/36).

Finalmente, cuando ya se había aprobado la nueva Constitución, fue el encargado de pronunciar el discurso de cierre, señalando su esperanza de que esa norma tuviera efectivo cumplimiento: “Esperemos que nuestra Constitución sea cumplida; que la Legislatura de Buenos Aires, actual y las que vinieren, la desenvuelvan sin contrariarla, que los Tribunales con su alta autoridad impongan su mantenimiento; que los ciudadanos para los cuales se ha dictado la defiendan con el mismo fervor con que se sustenta la patria y el hogar” (t. II, p. 793). ◆

### III

## ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS



# INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Bajo la dirección del académico doctor Juan Carlos Cassagne, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo sus tradicionales sesiones de trabajo, en las que, con la participación de sus integrantes y de profesores extranjeros invitados, se examinaron diversas cuestiones vinculadas con la disciplina. Ellas fueron objeto de interesantes debates en los que se puso en evidencia tanto la capacidad como la versación de los intervinientes.

En la primera sesión del año, celebrada el día 28 de marzo, después de comentarse diversas novedades jurisprudenciales y legislativas, expuso el profesor colombiano y presidente del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, sobre el tema “Reflexiones sobre el neoconstitucionalismo. En especial en relación con el Derecho Administrativo”.

El expositor efectuó una pormenorizada explicación sobre el desarrollo del concepto del constitucionalismo, al cual consideró gravemente ambiguo y extremadamente vago.

Luego de efectuar una breve explicación histórica, sostuvo que el constitucionalismo, por una parte, se presenta como una específica teoría del derecho y de la filosofía del derecho constitucional y, por otra, como una característica contemporánea del Estado de derecho, en el sentido de ser propiamente un Estado constitucional. Seguidamente, explicó que el neoconstitucionalismo se refiere a una nueva visión del derecho en la cual el centro de todo el régimen jurídico se encuentra en la primacía de la Constitución Política y, especialmente, de los derechos fundamentales.

En la reunión llevada a cabo el tres de mayo, el doctor Oscar Cuadros abordó el tema “Administración y mercado: la uniformidad legislativa versus poderes reservados (el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo)”.

El disertante efectuó una prolija exposición acerca de la distribución de las facultades de las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Gobierno Nacional para la regulación del denominado derecho común y

de ciertas instituciones del derecho administrativo, tales como la responsabilidad patrimonial del Estado y los contratos administrativos.

Seguidamente, examinó las disposiciones del nuevo Código Civil y Comercial y de la ley 26.944, que expresamente reconocen a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires facultades para regular la responsabilidad estatal. El expositor hizo referencia a las distintas opiniones de la doctrina sobre esta temática, para luego desarrollar su visión crítica y las eventuales consecuencias que podrían derivarse de la multiplicidad de regulaciones sobre esta materia.

En la siguiente sesión, del 25 de octubre, el académico doctor Alberto B. Bianchi expuso sobre el tema “El Consejo de la Magistratura de la Nación emplazado a reformarse”.

El disertante comenzó su exposición recordando la recepción por el constituyente de 1994 de la institución del Consejo de la Magistratura, oriunda de países europeos. Seguidamente, examinó sus múltiples funciones, las reformas legislativas que se produjeron respecto de su integración y los pleitos judiciales que se plantearon a su respecto.

Más adelante el expositor examinó el desempeño del Consejo y concluyó en que es una institución anómala de funcionamiento irregular inmersa en una profunda crisis. Por tal motivo, sostuvo que es menester efectuar múltiples reformas, en especial aquellas concernientes al número de sus miembros, el cual debe ser reducido a cinco, uno por cada uno de los integrantes que menciona el art. 114, 2º párrafo de la Constitución Nacional, y al régimen de concursos para cubrir las vacantes de cargos judiciales por otro más dinámico.

A tal fin, sostuvo que los concursos deben convocarse antes de que se produzca una vacante y en forma general, de modo tal que lo que se seleccione sea un *pool* de candidatos.

En la última sesión del año, realizada el 14 de diciembre, el doctor Daniel Fernando Soria, juez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, abordó el tema: “Precedencia, supletoriedad y reenvío normativos entre el Código Civil y Comercial y el derecho local. Con particular referencia a la materia urbano ambiental”.

El expositor comenzó su disertación efectuando un examen de las diferentes técnicas de aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial a institutos del derecho público y, en particular, al derecho urbanístico. A tal fin comentó diversos fallos de la Corte Suprema de Justicia



de la Nación y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

También examinó los problemas que plantean las normas del Código Civil y Comercial que reconocen las facultades de las provincias para regular la prescripción liberatoria en materia tributaria, señalando las diversas posiciones de las doctrinas desarrolladas al respecto.

Al finalizar cada una de las disertaciones detalladas en los párrafos precedentes se produjeron extensos y prolíficos debates entre los miembros del instituto acerca de las temáticas abordadas.

Las actividades del Instituto finalizaron con la tradicional comida de fin de año, llevada a cabo el 14 de diciembre de 2017.

Finalmente, se informa que está en prensa por la editorial La Ley el libro que recoge los trabajos preparados por los integrantes del Instituto dedicado al impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo.

Los autores y los temas abordados son los siguientes: Héctor M. Pozo Gowland, "El derecho administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Las implicancias del Título Preliminar del Código Civil y Comercial en el ámbito del derecho administrativo"; Carlos Botassi, "Relaciones entre el derecho civil y el derecho administrativo"; Juan Carlos Cassagne, "La aplicación de las normas del Código Civil y Comercial al Derecho Administrativo y otras cuestiones interpretativas (con referencia a la responsabilidad del Estado)"; Roberto E. Luqui, "La prescripción de los tributos locales"; Catalina Legarre, "La incidencia del nuevo Código Civil en materia de contratos administrativos: especial referencia al instituto de la responsabilidad y de la prescripción"; Nidia Karina Cicero, "El Código Civil y Comercial de la Nación, la prescripción de los tributos locales y el federalismo"; Juan Carlos Cardona, "El derecho administrativo, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y los derechos reales"; Daniela Ugolini, "Dominio público y privado del Estado. Régimen jurídico"; Carlos José Laplacette, "Responsabilidad del Estado y prescripción liberatoria. Apuntes sobre las relaciones entre el Código Civil y Comercial y la ley 26.944"; Gabriela Seijas, "La responsabilidad de los estados locales a partir de la ley 26.944"; Guido Santiago Tawil, "¿Resulta exigible frente al Estado el deber de presunción del daño previsto en el art. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial?"; Luis Armando Carello, "La buena fe"; Pedro Aberastury, "El Código Civil y Comercial de la Nación en el procedimiento administrativo"; Pablo E. Perrino, "La rescisión por razones de interés público de contratos de participación público-privada en el derecho ar-

gentino”; Gustavo E. Silva Tamayo, “El sistema de nulidades en el Código Civil y Comercial de la Nación (A propósito de su incidencia en el régimen de nulidades de la Ley 19.549)”;

Mario Rejtman Farah, “La anulación de oficio del acto administrativo a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación”;

Jorge H. Sarmiento García, “Sobre los derechos de incidencia colectiva”;

Javier Barraza, “Las astreintes contra el Estado”;

Juan Martín Alterini, “Astreintes ¿son aplicables al Estado y a sus funcionarios en la realidad jurídica argentina actual?”;

Pedro J. J. Coviello, “La protección de la confianza y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”;

Estela B. Sacristán, “¿Nominalismo o valorismo en el nuevo Código Civil y Comercial? (Una cuestión central de los contratos públicos)”;

e Ignacio M. de la Riva, “Propiedad comunitaria de los pueblos originarios y responsabilidad del Estado constituyente”.

# INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

El Instituto continuó bajo la conducción de los doctores Jorge H. Alterini y José W. Tobías como director y subdirector, respectivamente.

La actividad principal del Instituto, tal como se lo había previsto en el período anterior, se concretó en la publicación de un libro titulado “Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2017”, que contiene los trabajos elaborados por los miembros del Instituto, algunos de ellos que también ostentan la condición de académicos de número.

Los trabajos son los siguientes: “La tutela preventiva en el Código Civil y Comercial. Método y relaciones con la tutela compensatoria”, por Alberto J. Bueres; “La sociedad anónima unipersonal”, por Manuel O. Cobas; “Obligación de saneamiento”, por Rubén H. Compagnucci de Caso; “Conjuntos inmobiliarios propiamente dichos (propiedad horizontal especial): imperiosa necesidad de una reforma integral”, por Nelson G. A. Cossari; “Personas jurídicas privadas y otras categorías jurídicas”, por Mariano Gagliardo; “Función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad”, por Mariano Gagliardo; “Innovaciones en materia de instrumentos públicos y privados”, por Juan Carlos Hariri; “Las donaciones y la partición. La interpretación de las nuevas normas”, por Lidia Beatriz Hernández; “Acciones que habilita el saneamiento por vicios ocultos”, por Luis F. P. Leiva Fernández; “La necesaria complementariedad del Código Civil y Comercial y el Derecho procesal (con especial referencia a los derechos de incidencia colectiva)”, por Noemí Lidia Nicolau; “Estudio analítico de las innovaciones respecto de instrumentos”, por José María Orelle; “Los conjuntos inmobiliarios como derecho real de propiedad horizontal especial”, por Marcelo A. Pepe; “Efectos de la responsabilidad por saneamiento”, por Andrés Sánchez Herrero; “El anatocismo en el régimen del Código Civil y Comercial”, por Fulvio G. A. Santarelli; “Las simples asociaciones y el incumplimiento de la forma impuesta”, por José W. Tobías; “La compensación económica”, por Zulema Wilde.

El aporte, volcado en 403 páginas, fue editado por Thomson Reuters – La Ley, que distribuyó en las Jornadas varios centenares de ejemplares para enriquecer los debates de las comisiones, lo que fue recibido con beneplácito por los señores profesores asistentes e importó un paso significativo para la amplia difusión de la respetada doctrina construida por la Academia a través de sus distintos estamentos.

La primera reunión del Instituto en 2018 tendrá lugar el miércoles 21 de marzo.



# INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL “SEGUNDO V. LINARES QUINTANA”

Bajo la dirección del académico doctor Alfonso Santiago y la subdirección del académico doctor Gregorio Badeni, las actividades del Instituto comenzaron el 18 de abril.

El tercer martes de cada mes se mantuvo como día de reunión, tal como aconteció en años anteriores.

Con anterioridad a la fecha de inicio, y con la finalidad de organizar la tarea anual, se contactó a los miembros del Instituto con el propósito de que manifestaran su intención de ser expositor y, en ese caso, que también propusieran el tema a abordar.

Todas las exposiciones se caracterizaron por su elevado nivel académico, lo que motivó el interés e incitó a la participación. Hubo distintos enfoques y opiniones diversas sobre cada tema, pero siempre primando el análisis profundo y mesurado y el respeto por la opinión ajena, en un marco de sano pluralismo.

En la reunión del 16 de mayo, expuso el académico doctor Jorge R. Vannosi sobre “Constitución y emergencia”; en el encuentro del 18 de julio disertaron el académico doctor Alberto R. Dalla Via y el doctor Antonio Martino sobre “Crisis de la democracia representativa”.

El 15 de agosto, hizo uso de la palabra la doctora Susana G. Cayuso acerca de “El control de constitucionalidad de la actuación de la Convención Constituyente”. El 15 de septiembre expuso la doctora María Sofía Sagüés sobre “Diálogo interjurisdiccional e inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”.

El 17 de octubre, disertó el doctor Alfredo M. Vítolo sobre “La estructura de las sentencias de la CSJN”.

La reunión del martes 20 de junio no se realizó por un tema de agenda mientras que la del 21 de noviembre coincidió con el acto de presentación del libro “Los maestros del Derecho Constitucional”, llevado a cabo en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la que asistieron los miembros del Instituto.

La reunión inicial del año 2018 se convocó para el martes 17 de abril.



# INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

Bajo la dirección del académico doctor Héctor Alegria, las actividades del Instituto se cumplieron con la celebración de sesiones mensuales, que comenzaron en el mes de marzo y se extendieron hasta noviembre. En todas ellas, un expositor disertó sobre un tema previamente elegido, al término de lo cual se produjeron interesantes debates entre los asistentes, que en buen número participaron de todas las reuniones del Instituto.

A continuación se ofrece un detalle de cada una de sesiones que tuvieron lugar en 2017.

En la reunión de marzo, el doctor Ricardo Olivera García disertó sobre el tema “El dilema del autofinanciamiento societario”, ocasión en la que se refirió a la cuestión en nuestro país y en Uruguay.

Distinguió dos tipos de financiamiento interno, por enriquecimiento y por mantenimiento: en cuanto al primero, dijo que se cristaliza a través de la constitución de reservas con utilidades no distribuidas, mientras que el segundo se vincula a la formación de provisiones, provisiones y amortizaciones, principalmente.

Abordó luego el análisis del derecho al dividendo bajo tres facetas: a) derecho abstracto al dividendo, como uno de los derechos del socio; b) derecho de reparto periódico de utilidades, que es el aspecto que identificó como el generador de mayores polémicas, y c) el derecho concreto al dividendo que nace cuando este es reconocido en una asamblea o reunión de socios y convierte al socio en acreedor de la sociedad.

Luego planteó las dudas que le generaba el concepto utilizado en la legislación respecto a la exigencia de existencia de ganancias realizadas y líquidas, como presupuesto de pagar dividendos, y brindó algunos ejemplos de la legislación comparada que hacen mérito de otros criterios basados en la técnica contable, a partir de los cuales se establece que la sociedad debe definir qué criterio de capital sostendrá, si el tradicional, que toma en cuenta un capital financiero, o bien considerará un capital físico, que atiende más a evaluar si la capacidad operativa al final del ejercicio se ha mantenido inalterada o al menos no se ha visto disminuida respecto del ejercicio anterior como criterio para discernir la eventual justificación de la constitución de reservas o la decisión de pagar dividendos.

En la reunión del mes de abril, el expositor fue el doctor Osvaldo Marzorati, que se refirió a la “Superación de la SAU por Sociedad Simplificada”.

El orador señaló que la normativa de la Sociedad por Acciones Simplificada (SAS) fue dictada de la mano de la llamada Ley de Emprendedores 27.349. Añadió que difiere de las regulaciones francesa, colombiana del año 2008 —de la que, sin embargo, habría tomado el tema de la responsabilidad del administrador de hecho—, mexicana del año 2016 —de la que toma todo lo relacionado con la registración electrónica— y la chilena del 2007, que, según señaló, es la más parecida a la regulación de la SAS local.

Indicó que el capital de la SAS está representado por títulos que se los denomina “acciones”, pero acotó que en caso de duda se aplica la normativa de la SRL, y concluyó en que se trata de una sociedad tipificada que constituye un híbrido, con la finalidad de favorecer la difusión en el país del esquema emprendedor.

Finalizó su exposición agregando que la sanción de esta nueva figura será un disparador para la revisión de todo el régimen de la ley 19.550.

En la reunión del mes de mayo, disertó la doctora María Celia Marsili, sobre “El regreso de la tipicidad”.

La expositora ofreció un repaso de la ley 19.550, con anterioridad a la reforma, en la que evidenció que la tipicidad es protagonista y se traduce en la presencia de disposiciones imperativas, reflejadas en la existencia de requisitos tipificantes que caracterizan a las distintas figuras, antes que el planteo de una regulación específica de requisitos tipificantes en sí.

Se refirió, entre otros puntos, a los procesos de destipificación y sus causas, advirtiendo, entre otras normativas que los provocan, los supuestos del decreto 677/01, hoy derogado, y el decreto 1278/2012, que establece el reglamento de representantes y directores designados por las acciones o participaciones accionarias del Estado Nacional, también abrogado.

Luego, abordó las novedades de la reforma introducidas a la ley 19.550 con la sanción de la ley 26.994, aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación. Destacó que la regulación de las personas jurídicas en el Código puede conducir a cuestiones interpretativas respecto de la aplicación de sus preceptos a las sociedades.

En la reunión del mes de junio expuso el doctor Dante Cracogna, sobre el tema “Hacia un nuevo paradigma societario en el derecho argentino”.



El orador repasó la evolución del derecho comercial y societario, para detenerse y destacar la aparición de la ley 19.550, especificó los puntos centrales sobre los cuales se articuló el sistema legal societario y comentó la vinculación entre la sociedad comercial como vehículo natural para el desarrollo de la actividad empresarial.

Apuntó luego que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial, que también modificó parcialmente la ley de sociedades, se presentan diversas situaciones, entre las que destacó, en cuanto a la noción de sociedad, que por cuanto se elimina la referencia a lo comercial, y la eliminación de la sociedad civil en el Código, ello mueve a que deba reelaborarse la teoría general sobre la sociedad, superando las diferencias entre sociedades civiles y comerciales.

En el mes de agosto la comunicación estuvo a cargo del doctor Miguel Rubín, que habló sobre “La sociedad inmovilizada por sus propios socios”.

Expuso que es un conflicto que se plantea en el seno del órgano de administración o del de gobierno cuando hay paridad de posturas opuestas, que puede desembocar en crisis por la paralización de los órganos sociales, lo que torna imposible adoptar las decisiones necesarias o convenientes para que la empresa común avance.

Identificó que puede darse en estos casos lo que se ha denominado abuso de la paridad, y señaló que, por lo general, los episodios de paralización temporal de los órganos societarios por desacuerdos internos son el prolegómeno de una batalla más profunda entre los socios, que muchas veces terminan en los tribunales, donde las soluciones para resolver la paralización social por bloqueo (intervención judicial, la disolución, etc.) rara vez contribuyen a la conservación de la empresa y a desalentar o reprimir apropiadamente los abusos de uno de los socios.

Recordó luego que las alternativas en estos casos son la compra o venta de un socio al otro; la venta a un tercero; o la disolución y liquidación de la sociedad.

En septiembre el orador fue el doctor Ricardo Prono, quien trató la cuestión de “El Código Civil y Comercial y su incidencia en los medios de recomposición patrimonial y en el régimen de rehabilitación del fallido, en las legislaciones concursal y societaria”.

El disertante mencionó los principales medios o medidas legales de recomposición del patrimonio falencial y los relacionó con el Código Civil y Comercial y la Ley General de Sociedades.

Se refirió a los casos de extensión automática de quiebra a los socios con responsabilidad ilimitada, a las acciones de extensión de quiebra por actuación en interés personal y fraude de los acreedores y de control abusivo.

Recordó, además, que el Código Civil y Comercial contempla la inoponibilidad de la personalidad jurídica en su art. 144 de un modo genérico a todas las personas jurídicas privadas.

En el encuentro de octubre, disertó el doctor Mauricio Boretto sobre “La insolvencia y las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos (sección IV – ley 19.550)”.

El expositor consideró el principio de la libre constitución de las personas jurídicas, y luego se refirió a las sociedades no constituidas según los tipos del Capítulo II y otros supuestos (sección IV – ley 19.550).

Posteriormente, abordó el tema de la extensión de la quiebra de las sociedades informales.

En la última reunión del año, realizada en noviembre, el doctor Daniel Vergara del Carril se refirió a “La regulación de la sociedad que cotiza acciones en el mercado de capitales”.

La exposición versó sobre las características salientes de la normativa de la sociedad anónima que cotiza sus acciones o sus títulos de deuda en Bolsa.

Además, recorrió las principales normas específicas que atañen a este tipo de sociedades, especialmente en lo que toca a la realización de sus asambleas y el funcionamiento del directorio con las obligaciones de sus miembros.

También consideró el acotamiento temporal y fáctico del derecho de preferencia al determinarse el precio definitivo cuando está por agotarse el plazo para ejercer la preferencia.

Finalmente, realizó una referencia al avance de la implementación de una amplia gama de conductas propias del denominado “buen gobierno corporativo” para una mayor transparencia informativa en beneficio de los actuales y futuros accionistas, lo que permitirá, en su visión, una mayor confianza en el adecuado funcionamiento del mercado público de capitales representativo de acciones.

Las actividades del Instituto comenzarán en 2018 el jueves 15 de marzo.

## INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Bajo la dirección del académico doctor Hugo Caminos, las actividades del Instituto de desarrollaron durante el periodo comprendido entre abril y diciembre, con reuniones periódicas entre sus integrantes para analizar las preocupaciones y desafíos actuales de la especialidad, con especial dedicación a los intereses de la República Argentina.

Entre las actividades realizadas cabe destacar las exposiciones de los miembros Agustín Blanco-Bazán, quien presentó su análisis sobre “La actualidad europea, con especial referencia al Brexit y los procesos electorarios en el continente”, en el mes de abril; y de Armando Abruza, que explicó “Las consecuencias para el derecho del mar a partir de los Acuerdos de 1994 y de 1995”, en el mes de junio.

Asimismo, el 28 de septiembre contamos con el discurso de incorporación del académico correspondiente y miembro de este Instituto, doctor Francisco Orrego Vicuña, quien disertó sobre el tema “Crisis y renovación del derecho internacional contemporáneo”, de lo que se informa en el punto III A) de esta Memoria.



## INSTITUTO DE DERECHO PENAL

Bajo la dirección del académico Siro M. A. De Martini, el Instituto se reunió todos los primeros martes de cada mes. El tema que atravesó prácticamente toda la actividad fue el análisis, discusión y eventuales propuestas relativas a la posible reforma del Código Penal. Se realizaron distintos trabajos y estudios a través de subcomisiones integradas por algunos de los miembros del Instituto.

El trabajo interno comenzó con una excelente y amplia exposición del doctor Carlos González Guerra sobre los lineamientos del anteproyecto de reforma del Código Penal. El doctor González Guerra, Director Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, es miembro y secretario de la Comisión encargada de redactar el Anteproyecto, lo que permitió conocer los principales temas que estaban siendo especialmente debatidos.

Como consecuencia de ello, y resultado de una subcomisión formada al efecto, los doctores Rizzi, Becerra, Anzoátegui y Noceti trabajaron sobre la suspensión del juicio a prueba. Hicieron una crítica del sistema actual y del proyecto de reforma. Acompañaron un texto con una propuesta de modificación, la que fue sometida a la discusión del plenario.

Con posterioridad, el doctor Marco Antonio Terragni analizó el tema de la imputabilidad y realizó diversas consideraciones sobre la necesidad de una reforma penal al respecto.

El doctor Roberto Durrieu (h) expuso sobre el lavado de dinero —a raíz de la publicación de un libro de su autoría relativo al tema— lo que dio lugar a una discusión sobre la regulación nacional e internacional del delito.

En reunión posterior, el Instituto invitó a dos asesores de la comisión de reforma del Código Penal, con la finalidad de analizar las insolencias punibles sobre la base de las propuestas de reforma y la legislación actual.

El año concluyó con una importante disertación del doctor Félix Lamas (h) sobre los cambios en la ley penal en épocas de crisis, que incluía un análisis crítico de diversas reformas penales.



# INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Bajo la dirección del académico doctor Enrique M. Falcón, en la modalidad de trabajo que viene realizando, con propuestas de legislación, el Instituto, como ya lo hiciera respecto del proceso colectivo y el amparo, abordó la cuestión del hábeas corpus, que espera finalizar en 2018.

En lo que hace a noticias sobre los miembros del Instituto, se destaca que, habiendo finalizado el período de la presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Procesal que estuviera a cargo del doctor Falcón, ha sido elegido presidente el doctor Jorge Armando Rojas por dos años, miembro de este Instituto, elección que se llevó a cabo en el XXIX Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en Termas de Río Hondo, Santiago del Estero, del 14 al 16 de septiembre bajo el lema “El conflicto jurídico y sus soluciones en el siglo XXI”.





# INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Bajo la dirección del académico doctor Daniel Funes de Rioja, el Instituto realizó, entre los meses de marzo y noviembre, ocho reuniones, que se llevaron a cabo el segundo martes de cada mes.

En dichas reuniones los miembros del Instituto, cuyos nombres se detallan a continuación, expusieron y debatieron temas vinculados a cuestiones de derecho individual y colectivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

La doctora Graciela Cipolletta abordó el tema “Referencias previsionales en la LCT”.

El doctor Carlos Aldao Zapiola disertó sobre “Estado actual de los Convenios Colectivos de Trabajo”.

El doctor Mario Fera se refirió a “Reflexiones sobre el alcance de los precedentes de la CSJN y su actual impacto en el Derecho del Trabajo”.

El doctor Osvaldo Maddaloni ofreció una comunicación sobre “La inoponibilidad de la personalidad jurídica en el Código Civil y Comercial y la imputación de responsabilidad en materia laboral”.

El doctor Carlos Pose habló sobre “Orden público y economía”.

El doctor Héctor García disertó sobre “Economía bajo demanda, economía colaborativa, crowdsourcing y Derecho del Trabajo”.

El académico doctor Daniel Funes de Rioja abordó el tema “La nueva revolución tecnológica y su impacto sobre el empleo y la institucionalidad laboral”.

El doctor José María Podestá trató el “Pasado, presente y futuro de la Seguridad Social”.

Durante el año 2018 están previstas exposiciones sobre temas similares, entre los meses de marzo y noviembre. El objetivo de estas es intercambiar opiniones entre los autores y demás miembros del Instituto para elaborar, con vistas a su publicación en el año 2019, un nuevo libro sobre temas laborales.



# INSTITUTO DE DERECHO TRIBUTARIO

Bajo la dirección del académico doctor Horacio A. García Belsunce, las reuniones comenzaron en el mes de mayo, cuando se fijaron las pautas y temas de interés a desarrollar a lo largo del período académico 2017, durante el cual se abordaron temas de la materia.

En la última reunión del año se comenzó a preparar la temática prevista para el año 2018, para cuando se publicará un libro en homenaje al académico García Belsunce a través de la Editorial La Ley.



IV  
OTRAS DISERTACIONES  
Y TRABAJOS



# EL SENTIDO DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LAS UNIVERSIDADES NACIONALES Y SU PORVENIR

POR JORGE REINALDO VANOSSI (\*)

I.- Si se trata de comenzar por el pasado y de repasar el presente inmediato, corresponde el reconocimiento de que gran parte de las investigaciones han corrido por cuenta de juristas que —ya sea como “llaneros solitarios” (sic) o formando parte de grupos de colegas afines a la especialidad— volcaron y vuelcan sus esfuerzos en el estudio profundizado de cuestiones atinentes a sus respectivas materias; tratándose en la mayor parte de los casos de profesores o exprofesores de Facultades de Derecho (o Facultades de Ciencias Jurídicas), sin perjuicio de tener presente que también existen aportes investigativos provenientes de eximios profesionales que han canalizado su vocación sin participar del quehacer docente. La judicatura, por su parte, ha contribuido en cierta medida a imprimir el fruto de su experiencia en terrenos propios de los resultados del derecho vigente, de la necesidad de su modificación y de los vericuetos que presenta la hermenéutica normativa, con el auxilio de la teoría general y de la lógica en sus variadas expresiones.

Pero la “futuridad” (según vocablo de Ortega y Gasset) exigiría mucho más —institucionalmente hablando— si se quiere, porque se necesita avanzar de manera orgánica y continua.

II.- En algunas Facultades de Derecho del país, no existe planificada la tarea de investigación y tampoco se aplican criterios racionales que guíen la creación de Institutos y la consiguiente distribución de sus competencias. En esos casos, y en líneas generales, predominan la improvisación y espontaneísmo, en medio de una ausencia de política de la investigación jurídica que establezca prioridades y distribuya las funciones. Este estado de cosas no es una novedad, sino que se llega a él como consecuencia de una creciente unilateralización de las funciones de nuestras escuelas de Derecho, en las que el esfuerzo intelectual se vuelve —y a veces se agota— en la enseñanza, con el olvido o postergación de los otros aspectos

---

(\*) Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

fundamentales que deben satisfacer los establecimientos de educación superior: la investigación y el servicio social a la comunidad.

Mientras que enseñar e investigar son funciones correspondientes al enclaustramiento, la prestación de servicios pertenece al ámbito del ex-claustramiento y supone la proyección del quehacer universitario hacia la satisfacción directa e inmediata de necesidades sociales.

No podemos dejar de subrayar que las dos Academias *Nacionales* de Derecho y Ciencias Sociales de la República Argentina (de Buenos Aires y de Córdoba) cuentan con Institutos de los que forman parte académicos y especialistas de cada rama jurídica que, respondiendo a las prescripciones estatutarias, evacúan las consultas que los poderes del Estado les formulan con relación a proyectos y cambios legales (lo que se produce con cierta frecuencia).

La investigación jurídica no se desentiende de ninguno de estos aspectos, toda vez que con su versión *pura o básica* y con su versión *aplicada* cubre, respectivamente, los campos del conocimiento que requieren un impulso del esfuerzo creador, aportando así los elementos necesarios para el perfeccionamiento de la ciencia jurídica y para alcanzar en su momento el cambio en la realidad. No obstante ello, es justo reconocer que hacen excepción al cuadro de falencias descrito los esfuerzos individuales o grupales que se han producido y se producen en ciertos sectores del ámbito del Derecho (en el caso de la UBA, la meritoria labor de los sectores volcados a la Filosofía del Derecho y a la Historia del Derecho, entre otros), muchas veces con resultados satisfactorios y con perspectivas de superación, pero también se impone decir que son el fruto de iniciativas surgidas y consumadas en ausencia de toda política general; o sea, que tan meritorias presencias se han dado o se dan a pesar de y no gracias al criterio rector de nuestras Facultades. Se trata, pues, en adelante, de suplir esa laguna mediante políticas e instrumentos. La primera surgirá de un debate mayor, a raíz de la indispensable inserción de las Facultades de Derecho y de la Universidad toda en el plan cultural, que los órganos del gobierno representativo adopten para el país, valiéndose de sus diversas instituciones. A su turno, será menester precisar las especificaciones atinentes al ámbito de la Universidad y determinar los órdenes de prioridades que la investigación jurídica deba satisfacer. Esa tarea es propia de la conducción en el campo de la educación y de la ciencia, en general, como así también de la conducción universitaria y de sus claustros, en particular.

Pero lo que las Facultades de Derecho o Ciencia Jurídica pueden y deben organizar en su ámbito son los instrumentos imprescindibles para



el desenvolvimiento de la función investigadora. Es decir, que deben cimentar la organización de la investigación, entendiéndose por tal y en primer término, la adecuación de los denominados Institutos de Investigaciones como órganos fundamentales de los que han de partir las demás realizaciones en el campo científico. *Es en la Universidad donde debe desarrollarse la investigación jurídica y es en las Facultades donde debe concentrarse el esfuerzo de la búsqueda y de la creación, a través de los Institutos como unidades de trabajo.* Esta asignación de tareas implica, desde luego, la transformación y adaptación de algunos de los Institutos existentes, como asimismo la fundación de otros que se incorporarán en áreas hasta ahora vacantes o que están insuficientemente dotadas de recursos humanos y materiales debidamente vertebrados. Habrá que evitar duplicaciones o multiplicaciones innecesarias y obligar buenamente a muchos a que abandonen el sueño (o la efectividad) del Instituto propio, reflexionando en torno a la necesidad de racionalizar los esfuerzos y los medios, volcándolos a objetivos que trascienden la valoración individual para insertarse en el marco amplio de la misión actualizada de la Universidad. Los Institutos no pueden seguir siendo refugio de improvisaciones y espontaneísmos, cuyos frutos acaso brinden satisfacción aislada a los ocasionales incursionantes de un tema de su especialidad: esta investigación inorgánica y aficionada debe ceder paso a la necesaria planificación de tan importante área del quehacer científico, para que adquiera un sentido la aplicación de los recursos humanos y materiales disponibles en las Facultades de Derecho y, sobre esa base, se puedan extraer respuestas y soluciones concretas a la creciente complejidad de los problemas jurídicos que supone cada uno de los problemas nacionales. Esto cobra especial importancia en una etapa de previsible y acelerados cambios de estructuras (el Instituto “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la UBA ha sido un importante paso hacia adelante para acercarse a la meta, aunque aún quedan áreas del conocimiento que no están suficientemente atendidas, pese a los esfuerzos en pro de la interdisciplinariedad con otras ramas del saber científico).

Debe tenerse como marco de referencia y encuadre legal a las normas que rigen el funcionamiento de las Universidades. Partiendo de esa base, también se tiene en cuenta la circunstancia de que entre nosotros predomina un criterio de estructuración universitaria en virtud del cual dichas casas de altos estudios se componen —al fin y al cabo— de una verdadera “federación” de Facultades o Departamentos, según los casos; siendo los Institutos las unidades de investigación que están situadas a su vez en el interior de esas Facultades o Departamentos y con los que guardan una relación jerárquica de dependencia directa, no así con

la Universidad, con la cual la relación es mediata (salvo casos excepcionales). Dicho en otras palabras, partimos del hecho de que la Universidad argentina ha volcado el esfuerzo de la investigación en Institutos que actúan *dentro* de cada una de las Facultades o Departamentos, sin perjuicio de la realización de algunas tareas *interdisciplinarias*: mientras que existen otros modelos en los que los Institutos funcionan como unidades diferentes y separadas de las Facultades, en relación directa con la Universidad, es decir, del mismo modo que se encuentran aquellas (Facultades) en relación con esta (Universidad). No se trata aquí de discernir qué modelo ofrece mayores ventajas, sino a propender a mejorar lo que corresponda a los presupuestos existentes y vigentes en nuestra realidad. Un ejemplo digno de ser considerado es el de la UNAM en México, donde Institutos y Facultades son unidades diferenciadas, siendo los primeros los dedicados *full time* a la investigación (por ejemplo, la jurídica, con 305 libros al año).

III.- *Misión*: Son cuatro, fundamentalmente: a) investigar; b) formar investigadores; c) dirigir la actividad de becarios y d) desarrollar cursos de especialización y de doctorado y posdoctorado. *En cuanto a la investigación propiamente dicha*, la tarea se orientará en el orden de prioridades que resulte de la planificación hecha por la Universidad y por las autoridades nacionales. Se acepta como un valor entendido la distinción entre investigación pura e investigación aplicada.

*Clases de Institutos*: Son de dos clases: a) los permanentes (clásicos) y b) los transitorios o *ad hoc*; estos últimos para temas específicos y siempre que resulte conveniente descentralizar los equipos de investigación. Ambas clases deberían prestar los servicios sociales que las autoridades les requieran. Esta distinción entre dos clases de Institutos permitirá cubrir o satisfacer necesidades diversas, aplicando criterios funcionales más flexibles y sin crear un exceso de aparato burocrático permanente. Se tiende así a limitar en el tiempo la "Institutomanía", creando estructuras solamente cuando existan necesidades y únicamente en función de estas.

*Condiciones de creación*: Son tres, básicamente: a) aportar una contribución a la solución de los problemas o necesidades nacionales (debe ser una orientación preferencial y prioritaria, aunque no excluyente de otras investigaciones puras); b) formar investigadores y c) dictar cursos de especialización y doctorado y posdoctorado. Tales condiciones son de exigencia permanente en la vida de los Institutos. Por lo demás, el reconocimiento de estos debe estar subordinado a la necesidades de evitar cualquier dispersión de esfuerzos, tratando de lograr la concentración y de canalizar la actividad interdisciplinaria, a cuyos efectos tendrá inex-

cusable intervención coordinadora el Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Facultad(1).

*Funcionamientos:* Establecer tres condiciones mínimas para que pueda habilitarse el funcionamiento de Institutos: a) Dirección a cargo de un profesor que deberá acogerse a un régimen de dedicación especial; b) un mínimo de tres investigadores con dedicación especial (sin perjuicio de los investigadores de tiempo simple) y c) la obtención de recursos materiales indispensables para la tarea a cumplir. Deben reunirse las tres condiciones señaladas para que pueda prosperar el nacimiento de un Instituto permanente, mientras que en el caso de los transitorios o *ad hoc* no es necesaria la dedicación especial del Director.

*Organización:* Los Institutos se deberían organizar en cada caso según las características que establezca la ordenanza de su respectiva creación y dependerán del Consejo Académico a través del Departamento de Investigaciones que se cree a tales efectos. Este Departamento contará con una "Comisión Coordinadora de Institutos" integrada por los Directores de todos los Institutos. Se consagra la autonomía académica de los Institutos, ejercida dentro de los planes y tareas que establezcan la Facultad y la Universidad, de cuyos resultados será responsable el Director de cada Instituto. Podrán contar con un reglamento interno que regule sus actividades y, además, distribuir las tareas en diversas "Secciones" que estarán a cargo de un investigador para cada área. La planificación de las tareas y la consiguiente rendición de cuentas serán anuales, sin perjuicio de que los Institutos transitorios o *ad hoc* deban hacerlo también al término de la misión asignada.

*Personal:* son tres categorías: a) Investigadores; b) Técnicos y auxiliares y c) Administrativo y de servicio. Los primeros deben estar asimilados a una categoría docente en cuanto a su jerarquía y remuneración, pero a todos los demás efectos deben llevar el nombre de "Investigadores". Hay tres formas de designaciones del personal: a) Concurso; b) Contrato y c) Interinamente; en todos los casos a propuesta del Director del Instituto respectivo. Se establece que pueden participar del concurso los profesores y exprofesores, como así también los auxiliares de máxima categoría para el cargo de Secretario de Instituto. Este régimen se flexibiliza cuando se trata de las autoridades de los Institutos *ad hoc*.

---

(1) En opinión de Rafael Bielsa, la auténtica labor de un Instituto "es la que consiste en tratar problemas nacionales". Para este autor es inherente a ello el deber de examinar y criticar actos legislativos, gubernativos y jurisprudenciales (conf. Pág. 92/93 de *Temas de pedagogía universitaria*, Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe, tercera serie, 1960).

Relaciones con la docencia: Se impone a los investigadores la *obligación de realizar un mínimo de actividad docente*, que podrán cumplimentar de dos formas: a) con el dictado de cursos de especialización y doctorado; b) con las Cátedras cuando estas realicen investigaciones aplicadas. En cuanto a los docentes, no se les impone la obligación de realizar tareas de investigación, pero podrán hacerlas en los Institutos o en las Cátedras cuando se trate de investigaciones aplicadas. A los alumnos no podrá imponérseles el deber de investigar en los Institutos y sí únicamente la cooperación con las Cátedras para tareas de investigación aplicada(2). Es decir que se trata de ordenar un régimen que excluya la coactividad de la investigación pura, la que debe quedar reservada a quienes vocacionalmente la elijan y sean considerados aptos para ella(3). En cambio, parece justo establecer el deber de los investigadores de concretar algún aporte al quehacer docente, como forma de volcar su experiencia al ámbito de la transmisión de los conocimientos.

*Carrera de Investigador*: Se establecen las obligaciones de los investigadores en el ámbito de la comunicación de sus experiencias. Asimismo, se adoptarán las normas ya consagradas del “Reglamento para la Carrera del Investigador Científico” que en 1960 dictó el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, cuyo acreditado prestigio trasciende los ámbitos de cualquier Facultad y Universidad del país, constituyendo el marco apropiado para la institucionalización de los investigadores en el campo del Derecho, a través de una carrera seria y estable.

*Instituto de Investigaciones Jurídicas*: Debería disponerse su creación y el régimen de sus autoridades en todas las Facultades de Derecho, comprendiendo la totalidad de los Institutos preexistentes. Una comisión tendrá competencia para programar tareas interdisciplinarias, armonizar los planes de los Institutos, supervisar su cumplimiento, adecuar las prioridades con los medios disponibles, coordinar la distribución de recursos, asesorar a las autoridades de la Facultad en cuestiones de investigación y compaginar la rendición de cuentas que anualmente deben elevar los Institutos al Consejo Académico. Como se ve, las funciones de la Comisión son de coordinación y no de sustitución de las propias de los Institutos.

---

(2) Véase el nítido enfoque de Luis Jiménez de Asúa en *La metodología docente del derecho penal y la misión de la Universidad*, publicado en “Temas de pedagogía Universitaria” Santa Fe, 1957, pág. 47 y sigs, que alude al “yerro de obligar a todo el alumnado a que pase por ‘seminario’ de pretendida función investigadora” (confr., pág. 50).

(3) En el trabajo citado, Jiménez de Asúa advierte sobre los riesgos de pretender convertir a todo profesor o docente en un investigador, toda vez que para ser un buen profesor “no se precisa ser un investigador en su más recto sentido” (confr., pág. 58, ob. cit.).

*Obligaciones y exenciones del Personal:* Cabe disponer la intervención ineludible de Investigaciones Jurídicas, a los efectos de emitir opinión fundada en las necesidades emergentes de los planes de trabajo y de los recursos humanos afectados, con relación a las propuestas que anualmente se eleven para conceder excepciones a las tareas de investigación que deben realizar los profesores de dedicación especial. Del mismo modo, intervendrán también en los casos de profesores que soliciten ser eximidos temporariamente del dictado de cursos ordinarios a fin de dedicarse a una investigación de importancia excepcional. Por último, los recaudos a los que debe someterse la designación de alumnos para cumplir tareas de investigación, que lo harán con carácter excepcional, ya que la actividad académica de ellos está principalmente encaminada al estudio y aprobación de las materias.

IV.- *En síntesis:* se trata de estructurar el área de la investigación en las Facultades o Escuelas de Derecho, con exigencias mínimas razonables y características tales que la organización resultante sea sólida y eficiente; pero sobre todas las cosas, que la labor a realizar a través de los nuevos conductos esté incuestionablemente encaminada al mejor aprovechamiento de los medios para la obtención de resultados que sean percibidos por la comunidad universitaria y por el país en general. Sólo así nos apartaremos de la descalificación que merecidamente asignó Rafael Bielsa a la triste realidad de algunos organismos, cuando señaló: "Un instituto que tiene empleados, que recibe publicaciones, que se limita a registrarlas y a hacer fichas; que tiene muebles, teléfono, etc., pero en el que no se estudia nada, que no se publica nada, ni siquiera una información metódica, que si es cosa secundaria, es al fin una tarea; un instituto así es típicamente un órgano burocrático", (Confr., Contingencias políticas del régimen legal de las Universidades", pág. 14) (4)

Y a manera de conclusiones elementales, podemos puntualizar que nuestra preocupación se dirige a lo siguiente:

1) No solo hay que profundizar y explayar la enseñanza del derecho, sino que paralelamente se deben destinar mayores fuerzas a la investigación científica en todas sus facetas, con visión y selección de contemporaneidad.

---

(4) En otro trabajo de Bielsa, abordado el mismo tema, manifiesta que en la realidad funcional muchos organismos que pretendidamente ostentan el rango de "institutos", "se trata más que de institutos de *investigación*, de institutos de *deliberaciones* (periódicas, dialogadas, lecturas superficiales, comentarios de libros, fallos), y nada de eso parece tarea propia de investigadores científicos" (Confr., pág. 105, en *Temas de pedagogía universitaria*, Tercera Serie, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1960).

2) La investigación “profundizada” debe comprender el perfeccionamiento “de lo que ya hay”, mas dirigiendo la atención a los nuevos fenómenos que se manifiestan en el mundo del presente, de los que el derecho no debe desentenderse.

3) A menudo acontece que el Derecho llega con sus respuestas *a posteriori* de la aparición y consumación de los nuevos hechos. La respuesta es morosa o tardía y, mientras tanto, quedan desprotegidos los bienes (físicos o espirituales) que merecen ser tutelados por el ordenamiento que el Estado debe proveer.

4) La no provisión y previsión de “marcos legales de referencia” contribuyen a la acentuación de las situaciones *anómicas*, que así resultan incontrolables.

5) En prieta enunciación de ejemplos, y sin ignorar otros muchos casos que están en ciernes, mencionamos los que están ya a la vista:

a) el necesario avance de las formulaciones del “Derecho Nuclear”.

b) los efectos consecuenciales de la intensiva aplicación de las denominadas “tecnologías de punta”.

c) las nuevas formas con instrumentos de “comunicación”, tanto a través de comunicaciones personales como por medio de las “redes sociales” (interferencias, “hackeos”, imágenes “truchadas”, etc.).

d) graves adulteraciones documentales (de índole bancaria, “clonaciones” de tarjetas de crédito y débito, etc).

e) los ensayos y las eventuales ocupaciones de los espacios interplanetarios.

f) otros delitos e ilícitos (civiles o penales) que no están suficientemente o satisfactoriamente previstos o no provistos del tratamiento legal propio, en una materia en que no es admisible la aplicación analógica de los “tipos” descritos en la legislación existente.

g) el perfeccionamiento de los instrumentos jurídicos que se aplican en la esfera del “comercio mundial” en la actualidad (tiempos de la “globalización”...) y en probables derivaciones venideras (con o sin el cambio de los ciclos económicos), que deparan problemas o cuestiones que requieren nuevas soluciones legales.

---

h) recuperación de la privacidad y de la intimidad como derechos inherentes a “la eminente dignidad de la persona humana”, que son invadidos persistentemente y con gran dosis de impunidad, causando serios “daños morales” a los afectados por las intromisiones.

i) la mayor utilización del “*método comparado*” como fundamental herramienta para profundizar el conocimiento del Derecho, habida cuenta que la reducción del estudio al campo del régimen jurídico equivale a una minusvalía que empobrece al derecho propio, al no tomar en cuenta el “derecho comparado” en la diversidad de sistemas o regímenes existentes en el orbe, (Common Law, continental europeo, islámico, nórdico, oriental, etc.).

Como se puede apreciar, queda mucho por realizar como tarea imprescindible e impostergable de las “Universidades e Investigación en la Argentina del mañana”. ◆





V

HOMENAJES



# LA LEY DE LA VIDA

POR MARIANO GAGLIARDO (\*)

La ley de la vida, rigurosa por cierto, nos hace recordar a quienes se han ido para siempre. Surge pues un interrogante: ¿es posible acaso alterar las leyes de la temporalidad? Y la respuesta es negativa.

El hombre, es transitorio y, en la dimensión del universo, es efímero. La rigurosa contingencia.

No obstante, las personas en su cabal proyección, como imágenes del intelecto y del espíritu, adquieren eternidad.

Nuestro homenajeadó, Julio Hipólito Guillermo Olivera, vio llegar el inesperado atardecer de la vida, el 25 de julio de 2016, sin flaquear en sus trabajos y en sus anhelos.

Las Academias Nacionales que integró el doctor Olivera, acordaron esta jornada de homenaje, en atención a su vasta trayectoria llena de merecidos galardones, notable capacidad científica y admirada excelencia en los grados del saber.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, por su parte, me nombró, distinguiéndome para que en su representación, tribute el reconocimiento que también le rinde nuestra Corporación.

El profesor Olivera nació en La Banda, Santiago del Estero, un 11 de junio de 1929. Circunstancia territorial que fue para él solo un detalle más de su brillante vida.

Su condición de santiagueño lo enorgullecía como el más encumbrado de los numerosos reconocimientos que había recibido. En toda conversación, e incluso en muchas exposiciones, siempre encontraba la oportunidad de comentar, con un indisimulable y genuino orgullo personal, esa particularidad.

---

(\*) Palabras pronunciadas por el Académico doctor Mariano Gagliardo en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en acto homenaje al doctor Julio H. G. Olivera, con la Academia Nacional de Ciencias Económicas y la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

Era hijo de Amelia Carolina Cisnetto y de Julio Olivera Santillán, destacado Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, un adelantado y prestigioso propulsor de las soluciones económicas cooperativas como alternativas complementarias a las ortodoxas soluciones.

A los 22 años, obtuvo el título de abogado en nuestra Facultad de Derecho con la calificación de sobresaliente en todas las asignaturas. En 1954, en la misma casa, alcanzó el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales siendo su tesis distinguida sobresaliente y recomendada al Premio Facultad. Fue distinguido, entre otros lauros, con el premio Tedín Uriburu, Cámara Junior, Fundación Ovidio Giménez y Latinoamericano en Ciencias Sociales “Provincia de Santa Fe”.

Fue designado en nuestra Academia el 6 de mayo de 1964 para ocupar el sitial Juan Bautista Alberdi, en el que sucedió al académico Juan A. González Calderón. Cuando falleció era académico Decano en nuestra Corporación.

Debo señalar, muy enfáticamente, que el “currículum vitae” del doctor Olivera está colmado de méritos, distinciones honoríficas, versadas publicaciones y numerosos merecimientos, demostrativo de lo mucho y valioso que hizo a lo largo de su vida.

Fue profesor emérito de Teoría Económica y director del Instituto de Investigaciones Económicas en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. En el orden internacional, fue miembro de la Academia Internacional de Ciencias Políticas, con sede en París, Francia. Integró el Council de la Econometría Society. Fue miembro del Club de Roma. Entre otros títulos honoríficos, fue Commandeur, Palmas Académicas, condecoración académica que le fue entregada personalmente por el presidente de Francia, General De Gaulle.

El doctor Olivera obtuvo la cátedra que ejerció en la Facultad de Ciencias Económicas por concurso de antecedentes y oposición, ante un jurado internacional. Además de sus actividades docentes y de investigación, ejerció diversos cargos en el campo económico y académico. Se desempeñó como consultor de las Naciones Unidas; Presidente de la Unión Latinoamericana de Universidades; miembro del Consejo y del Comité Ejecutivo de la International Economic Association; presidente de la Comisión Asesora en Ciencias Sociales del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas; presidente de la Asociación Argentina de Economía Política; economista invitado por el Departamento de Economía de la Universidad de Chicago; profesor invitado de la Universidad de Goettingen, República Federal de Alemania; Consultor por la Organización de

Estados Americanos sobre política de estabilización en América Latina; Invitado para disertar en Wingspread, USA, acerca de Política monetaria internacional y Sistema Financiero Internacional; referee de Econometría; miembro investigador invitado por la Universidad de Londres, Reino Unido; miembro invitado de la Universidad de Yale, USA, Departamento de Economía para ejercer la cátedra Irving Fisher; miembro del Grupo Internacional de Economistas elegido por la Academia Real de Suecia para proponer candidatos al Premio Nobel de Economía, años 1970, 1971, 1973 y 1978 y, postulado en dos oportunidades para recibir tal distinción.

Son estas algunas de las numerosas distinciones y otros tantos merecimientos que he seleccionado, cuyo solo enunciado excedería en demasía el tiempo de exposición que se me ha asignado.

Todo lo que realizó y sus méritos, no fueron para satisfacer su vocación, sino para ponerlo al servicio de sus allegados, esparciendo sus profundos conocimientos en doctas lecciones, medulosos estudios, sólidas conferencias y docentes comunicaciones académicas.

Lector infatigable, atesoró una vasta cultura no circunscripta al complejo campo de lo económico –su especialidad–, sino proyectada a otros ámbitos del pensamiento, sobre cuyos problemas y expresiones, antiguos y modernos, poseía actualizada información. Era, además un apasionado por las ciencias y el arte y un notable admirador de Juan Sebastián Bach.

La posesión de esa notable cultura y una vida dedicada permanentemente al estudio y a la meditación sobre temas económicos y otras ciencias, no fueron para él un motivo de orgullo o de vana gloria, sino una experiencia aleccionadora que le enseñó a templar su alma en el crisol de la comprensión y de la tolerancia hacia sus semejantes.

El doctor Olivera, sabía mucho y de todo, y hubiera triunfado en cualquier país del mundo; sin embargo, tuvimos el privilegio de que fuera argentino y como tal, descolló en todos aquellos países –Alemania, USA, Inglaterra, Francia– que pudieron apreciar sus enseñanzas, explicitación y cauces de los grandes temas económicos.

También tuvo el manejo responsable de los intereses públicos cuando con acierto los gobernantes se los confiaron. Así, fue ministro de Economía de la provincia de San Luis; subgerente general del Banco Central de la República Argentina y secretario de Estado de Ciencias y Tecnología.

El prestigio bien ganado por el académico Olivera, como jurista y profesor, su conocido equilibrio y capacidad de trabajo, lo llevaron a desem-

peñar en 1962, con solo 33 años y durante 3 años, el cargo de Rector de la Universidad de Buenos Aires. Eran tiempos difíciles y convulsionados, donde la vida académica no resultaba sencilla. En ese período, no obstante, Olivera cumplió su difícil misión con entereza, inteligencia despegada y serenidad.

Puso, entonces, al servicio de aquella experiencia toda la sinceridad, prudencia y buena voluntad que se necesitaban. Obró con tanta franqueza como inteligencia y lucidez.

Alejado de las vicisitudes políticas, se refugió en la majestad de la cátedra y se mantuvo en el austero ambiente del claustro universitario, donde únicamente la ciencia es la luz que brilla, orientando hacia el conocimiento y cauce de la virtud a sus educandos. Compartió estas tareas, con las Academias que hoy le rinden homenaje, en cuanto Corporaciones de quienes se hubieran distinguido en materia científica y centros de estudio y consulta, volcando su sabiduría y experiencia en las disciplinas que abrazó.

Prestigioso profesor y también inquieto humanista, expuso en múltiples comunicaciones académicas, con timbre armonioso de su voz, creativo, docente, comprometido con la palabra, donde las ideas se mostraban con atractiva limpidez.

Recuerdo al académico, con voz pausada, aguda, subrayando de tanto en tanto la explicación de un concepto o el énfasis de una conclusión. Sus exposiciones, no excedían las 4 carillas, manuscritas con su letra clara y “pequeña”, por demás, suficientes para conmover al auditorio.

Olivera, había nacido para enseñar y enseñando encontraba el más puro logro de su espíritu. Era un auténtico doctrinario y creador que se esforzaba para llevar cada vez a mayores niveles de originalidad y perfección a su disciplina.

Reproduzco algunos pasajes de sus ideas y pensamientos desarrollados en distintas oportunidades con espíritu equilibrado y marcada franqueza.

En primer lugar, refiero a un clásico del académico Olivera, su ilustrada obra *Derecho Económico* donde se muestra como un precursor de tal disciplina, con algún sustento en las obras de Hedemann y Lehmann, no sin rememorar al comercialista Juan B. Siburu, donde por primera vez, en nuestro medio, se alude en el Comentario al Código de Comercio, de este autor, al “derecho económico” procurando una noción del mismo.

Anticipa en su libro que todo intento de explicitar una nueva disciplina lleva, muy probablemente, el desagrado del lector. Y, luego de explicitar las razones y sustento de su investigación, sostiene “que la novedad del derecho económico no es la de las que puedan causar sobresalto a los espíritus prudentes. Dice, luego, que su objeto existe ya como parte de la realidad jurídica y, aunque de modo fragmentario y disperso, también se halla examinado en las varias ramas de la ciencia jurídica”. Para luego, continuar su exposición acerca de los contenidos del Derecho Económico.

En el año 1988, con motivo de la VII Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho de Buenos Aires y Córdoba, a propósito del tema “El modelo constitucional de integración económica”, en síntesis, concluía el académico Olivera: “El comercio del país está sujeto a una regulación jurídica homogénea y se conduce mediante un único instrumento monetario vinculado de manera estable a las monedas de otros países. El tráfico interior está libre de gravámenes fiscales. Los tributos sobre el intercambio externo y los demás impuestos de carácter federal son uniformes en todo el territorio”.

En una comunicación académica en nuestra Corporación, el profesor Olivera, en el mes de julio del año 2013, ante un preocupante e intolerable escenario político, y frente a un agudo proceso inflacionario, en su ponencia distinguía en la inflación de costos; inflación de demanda e inflación estructural, señalando que entonces coexistían en el país las tres clases de inflación. Estas señales eran por demás alarmantes lo que evidenciaba de que o se cambiaba de una vez el cauce por los gobernantes o nos llevaban a toda vela con rumbo de colisión.

Solo la casualidad torció tales desmanes, cuyos costos hoy debemos afrontar.

Es que su dialéctica y argumentación eran tan sólidas e incuestionables que sus juicios de valor daban cuenta de la altura de su pensamiento, vastedad de su erudición y riqueza de su ciencia.

Porque su afán de investigador en una disciplina tan compleja y difícil como la que abrazaba el académico Olivera, solo podía acometerse con su talento jurídico, muy propio de su espíritu de trabajo equilibrado al que acompañaba la sencillez de su grandeza.

He aquí un jurista formado en el cultivo del derecho privado, que consume lo mejor de la actividad de un estudioso, en la total ciencia del derecho. Y como especialista, haciendo gala de la advertencia de François

Gény, cobraba altura filosófica, recordando que el hombre destacado, debe filosofar a su hora y así enlazar los hechos sometidos a su observación con las leyes de su disciplina, armonizando éstas con los principios superiores.

En una personalidad tan notable, modelo ciudadano vale rememorar una singularidad poco conocida, propia de un distinguido caballero: era un hábil esgrimista que supo competir en el Club Francés y en el Jockey Club, luciendo sus múltiples trofeos junto a otros merecimientos en su muy agradable chalet inglés, de los tiempos ferroviarios, en el barrio de Caballito.

Era un ser afable de conversación tranquila y pausada, que expresaba en un lenguaje elegante conceptos y nociones técnicas y otras tantas, donde las ideas se mostraban con meridiana claridad. Tras su rostro serio y solo aparente retraimiento, para sus allegados y a quienes distinguía, lucía un humor calificado.

Tenía hacia mi persona una especial consideración. Era recíproca. Durante los años que compartimos en nuestra Corporación, a la semana de efectuar el suscripto alguna comunicación académica, recibía vía epistolar y manuscrita, agudas reflexiones y comentarios acerca de mi exposición. Olivera, era notable. Y así se comunicaba.

En una oportunidad expuse sobre la decadencia del contrato y la impropia injerencia del Estado en las contrataciones. Cuando concluí mi exposición, en un aparte, me formuló un breve comentario que llevaré en mi memoria. Dijo: “Vea, nos encontramos con una realidad carente de sentido común: el Estado es muy eficiente sólo para imponer y para hacer mal las cosas”.

Sabemos muy bien cuan merecido es este homenaje al académico Olivera, a quien reconocemos y admiramos por el lugar de privilegio que ocupa entre los grandes de nuestra historia Contemporánea.

La evocación de Olivera responde a los referidos imperativos y al reconocimiento a que se hace acreedor un ilustre maestro. Ojalá, las generaciones que deben gravitar hoy y mañana en la República sigan su ejemplo.

Y así, es aplicable a nuestro homenajeado, lo dicho por el profeta Daniel: “Los que tanto honraron a la Justicia brillarán como estrellas en la eternidad sin fin. Los insignes nunca mueren. Perduran más allá de la aventura vital”.



# DOCTOR ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

## RESOLUCIÓN N° 3/2017

Buenos Aires, 26 de abril de 2017

VISTO que el día 26 de abril ha fallecido el académico titular doctor Alberto Rodríguez Galán,

CONSIDERANDO que el doctor Alberto Rodríguez Galán ha sido académico titular desde el año 1985, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

Que el doctor Alberto Rodríguez Galán fue secretario académico de la Corporación, (1995/1998); tesorero (1998/2001), vicepresidente (2001/2004) y presidente (2004/2007),

EL VICEPRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del jueves 26 de abril, por el que se participa el fallecimiento del doctor Alberto Rodríguez Galán.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Designar al académico presidente doctor Jorge R. Vanossi para que haga uso de la palabra en representación de la Corporación en el sepelio del doctor Alberto Rodríguez Galán.

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor Alberto Rodríguez Galán en la primera sesión privada a realizarse el día 26 de abril de 2017.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Roberto E. Luqui  
Académico Vicepresidente



# IN MEMORIAM ALBERTO RODRÍGUEZ GALÁN

POR JORGE REINALDO VANOSSI

27 de abril de 2017

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de todos sus miembros venimos a rendir homenaje a quien falleciera en el día de la víspera, con profunda pena y dolor.

Alberto Rodríguez Galán fue hasta sus últimos días algo más que lo común: fue amigo, consejero de quienes querían aprender y emprender, colega de docencia y de la profesión, estudioso y escritor, siempre solidario con un sinnúmero de instituciones de bien público; todo lo cual, y con el inmenso trajín que ello deparaba, le permitió ser un gran jefe de familia, rodeado siempre de su inolvidable y entrañable Dody, con la jovial presencia de sus hijas y más tarde de sus nietos. Allí encontraban todos ellos el amor, el bienestar, el goce de la música y del encanto de sus brillantes nietos, que lo estimulaban exhibiendo ellos un regio aprendizaje.

Alberto transitó por la Escuela, por el Colegio y por la Universidad de Buenos Aires, en tiempos difíciles y ante la barrera empecinada del oficialismo de esa difícil época de los años 40'. Su desempeño fue brillante desde la inicial invitación a colaborar con las cátedras ya siendo alumno, hasta su valiente actuación en el "Centro Facultad", que agrupaba al estudiantado más cultivado en el Derecho y al propio tiempo en las riesgosas jornadas de la confrontación con que se repudió a las minorías paniaguadas del populismo en marcha, con muchos ágrafos y algunos aneurónicos.

Él y otros congéneres tuvieron el privilegio de cursar con grandes profesores, de practicar en prestigiosos estudios y de visitar otros ámbitos universitarios, todo ello pese a la veda del oficialismo totalitario de la época. Pero "como la noche nunca es más oscura que en las vísperas del amanecer" —tal y como lo afirman los hombres de campo—, así fue llegando el momento de la liberación.

Ellos se habían preparado con tiempo, acercándose a los maestros que hasta entonces habían permanecido renunciantes forzosos, proscriptos o exiliados; y esa fue la prolongación de su aprendizaje, como quienes

trabajaron junto a Eduardo Busso, Segundo V. Linares Quintana, Jorge Eduardo Coll y otros.

Pero, a partir de fines de 1955, se abrieron las compuertas y Alberto Rodríguez Galán fue convocado primero como Inspector General de Justicia de la Nación; para luego emprender un *cursus honorum* de etapas que fueron jalonándose a través del Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires y del Presidente del Instituto Nacional de Previsión Social; luego estuvo al frente del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación; de la Procuración del Tesoro de la Nación (“*oh tempora, oh mores*”); más tarde de la Embajada de la República Argentina en Colombia. Y todo ello no lo condujo nunca a la soberbia ni a la lisonja, desempeñando tan altas funciones con la doble idoneidad –la ética y la técnica— que lo proyectó a la elevadísima jerarquía de llegar a ser “un hombre de Estado”, o sea, todo un estadista conocedor de la Ciencia Política al mismo tiempo que erudito en el Derecho Público y en el Derecho Privado. ¡Ministros eran los de entonces...! Por todo ello, fue reconocido en la alta condición de ser nominado Conjuez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la Universidad brilló por su aptitud, su vocación y la dedicación, formando parte en la Facultad de Derecho de la UBA de la cátedra de su maestro Segundo Linares Quintana, quien consideraba “fundadores” del cuerpo docente de esa cátedra de Derecho Constitucional a sus discípulos predilectos Alberto Rodríguez Galán, Juan Ramón Aguirre Lanari, Carlos Manuel Muñiz y Alberto Antonio Spota.

Alberto Rodríguez Galán perteneció al Consejo Directivo de la Facultad y culminó su carrera docente accediendo por concurso a la jerarquía de Profesor Titular de la materia. Su proficua labor docente y su fecundo aporte bibliográfico, sumados a una trayectoria destacada e impecable, lo promovieron tan justiciera y merecidamente a la más meritoria de las distinciones: su grado de Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, donde ejerció, con un empeño abnegado, su esfuerzo en pro de la labor de esa histórica institución para cuya Presidencia fue elegido por la unanimidad de sus miembros. Asimismo, formó parte como Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas con similar entusiasmo y colaboración en las actuaciones que le cupo; todo lo cual condujo a su llegada a recibir igual jerarquía en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, con los máximos galardones.

Sería muchísimo más todo lo que llevó a cabo en sus incansables jornadas de participación en la vida cultural argentina, pero me parece que de ello ya tienen testimonio y gratitud todos los que valoraron con orgullo su

nobilísima amistad y su manifiesto señorío, pues se brindaba generosamente al diálogo, al buen consejo fraternal, al estímulo para seguir en la senda del estudio y la reflexión.

Era, pues, un patriota cabal, celoso en su compenetración con el vigorizamiento de las instituciones nacionales y privadas. Por ello, podemos y debemos proclamar su jalonada profesión de fe con la acreditación de servir a la Patria como un genuino ciudadano y estadista, en altísimas funciones y al mismo tiempo que no escatimó ni un respiro en su entrega a tan hermosa familia y a sus queridos amigos, entre quienes nos encontramos acá.

Es que ante él se estaba siempre en presencia del señorío del caballero, de antaño y de ogaño, sin resignar ni en el diálogo y unión en el debate o en la discrepancia de una exposición. Las clases y las pláticas se complementaban con el diálogo posterior al horario del aula en el seno del acogedor “Instituto de Derecho Constitucional y Político” al que el maestro dedicaba su preocupación sobre los detalles de los grandes temas pendientes y, de esta manera, sus alumnos teníamos el pedimento para participar auxiliariamente en las implicancias de las vicisitudes de las etapas de la época, pues corrían años en víspera de cambios y de reformas de la Ley Suprema.

Las clases de Alberto Rodríguez Galán eran un deleite y una muestra de erudición vasta y sesuda, que iban más allá por la claridad y agudeza de su percepción, de los temas y de la captación de la idiosincrasia de los grandes personajes de la época que él llegó a conocer y de los complejos vericuetos de la Historia Constitucional Argentina y Comparada. Con su amor por lo conocido no caía en la nostalgia, pues siempre estuvo alerta a los requerimientos del más reciente suceso político y constitucional. Es así como nos enterábamos de mucho más y de todo, pues, su didáctica interpretativa nos conducía a ese mundo conmovedor del Derecho Comparado, importante por sus frecuentes mutaciones; visión esta del conocimiento mundial, que lo convirtió en firmante del acta fundacional del CARI en 1978 (Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales), entidad tan importante como las gemelas de Estados Unidos, en las que, con tenacidad, colaboró Rodríguez Galán, acompañando así la tan acertada creación de su gran amigo, Carlos Manuel Muñiz.

Muchas cosas hacen al placer de la vida y con Alberto compartimos inolvidables veranos marplatenses y emotivos encuentros en el Ocean Club; todo ello con mucha alegría y sin frivolidades, en amenas veladas.

Hoy nos toca decirle un “adiós”, pero es mucho más que una despedida, pues la emoción y el dolor no me impiden profesar el gran reconocimien-

to y la gratitud por un trato y cariño que Alberto nos brindó como mentor, colega, amigo y propulsor de inquietudes a lo largo de su extensa y abnegada vocación de dar y de impulsar lo mejor de sí mismo a los seres que él detectaba y con quienes se acercaba, sabiendo que eran los que más allá de cualquier conveniencia aspiraban a seguir sus ejemplos y las virtudes en la condición de discípulos.

Queridísimo Alberto, asciendes ahora a la Casa del Señor, en la gloria que tan bien te has ganado. Por tu hidalguía, generosidad y nobleza de ánimo, sin el más mínimo asomo en tu espíritu de odios ni rencores, que Dios con su paz te bendiga.

# DOCTOR JUAN R. AGUIRRE LANARI

## RESOLUCIÓN N° 4/2017

Buenos Aires, 13 de diciembre de 2017

VISTO que el día 12 de diciembre ha fallecido el académico titular doctor Juan R. Aguirre Lanari,

CONSIDERANDO que el doctor Juan R. Aguirre Lanari ha sido académico titular desde el año 1978, y que ha honrado a esta Academia con sus reconocidos méritos y su prestigio,

EL PRESIDENTE DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES RESUELVE:

ARTÍCULO 1°. Publicar un aviso en el diario La Nación del miércoles 13 de diciembre, por el que se participa el fallecimiento del doctor Juan R. Aguirre Lanari.

ARTÍCULO 2°. Enviar una nota de pésame a la familia.

ARTÍCULO 3°. Designar al académico titular doctor Emilio P. Gnecco para que haga uso de la palabra en representación de la Corporación en el sepelio del doctor Juan R. Aguirre Lanari.

ARTÍCULO 4°. Rendir honores al doctor Juan R. Aguirre Lanari en la primera reunión del año próximo de la Academia, a realizarse el día 22 de marzo de 2018.

ARTÍCULO 5°. Regístrese, comuníquese a los señores académicos y archívese.

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente





## PALABRAS DEL ACADÉMICO DR. EMILIO P. GNECCO <sup>(1)</sup>

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires vengo a despedir los restos del académico Juan Ramón Aguirre Lanari, que fuera uno de sus miembros más destacados y notables, desde su ingreso hace alrededor de 40 años (en 1978).

Aguirre Lanari no solo fue un jurista de indudable prestigio, inclinado particularmente por el derecho constitucional y la ciencia política, sino, al mismo tiempo, profesor universitario; formador en las Universidades de Buenos Aires y de La Plata; y también sobresaliente funcionario público, cuando le tocó desempeñarse como diputado y senador nacional, en varios períodos, por su querida provincia de Corrientes. Fue miembro también de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, y correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España y de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales.

Fue condecorado por diversos países (Venezuela, Brasil, Ecuador, Panamá, Bolivia, Yugoslavia); en España, con La Orden de Mérito de España —concedida por el Rey Juan Carlos— y en Francia con insignias de Comendador de la Orden Nacional de Mérito.

Defendió siempre la vigencia del espíritu republicano y democrático fundado en la letra de nuestra histórica Constitución Nacional de 1853-1860.

En la Academia, hombre de consulta permanente, abierto al dialogo y con palabras siempre ajustadas que eran escuchadas con particular respeto por todos.

Dejó un gran recuerdo por los distintos lugares donde actuó, como en el Comité Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI) del cual fue uno de los fundadores. Fue, asimismo, miembro de muchas otras entidades, como de la International Law Association, del Directorio del Colegio de abogados de la Ciudad de Buenos Aires y de la Junta de Gobierno de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

---

(1) Palabras pronunciadas por el Académico doctor Emilio P. Gnecco en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari.

Pronunció numerosas conferencias e hizo diversas publicaciones, entre ellas “El proceso constituyente argentino”, libro que tuvo cinco ediciones.

Sostenía que el progreso de las Naciones debía fundarse esencialmente en el reconocimiento de la libertad y en el apego a la legalidad, con el robustecimiento al mismo tiempo de las costumbres más arraigadas de la sociedad, que no podían ser desconocidas al legislarse. Se ha recordado en otra oportunidad que Aguirre Lanari sostenía que “la permanencia de la ideología, el espíritu y los valores de la Constitución, requieren la existencia de contenidos o principios pétreos que si bien pueden reformarse, no pueden alterarse o suprimirse, so pena de atentar contra la lealtad y la fidelidad a nuestra historia y destruir nuestro propio ser y estilo de vida”.

Pero sobre todo fue un gran señor, caballero y hombre de bien por excelencia. En la Academia lo recordaremos de manera permanente. Yo tuve el honor de ser presentado por él cuando me incorporé a la corporación y tengo presente muchas de sus palabras, en particular cuando, refiriéndose a la labor que correspondería cumplir en la Academia, decía, y así era su propio claro pensamiento, que nos esperaba un ambiente de amistad con los hombres y con los libros, de respeto a la libertad de pensamiento y a las normas de nuestra Constitución Nacional.

La Academia lo despide con hondo pesar y profundo reconocimiento.

Pero por mi parte han de permitirme dos palabras más que me nacen de lo profundo:

Buen viaje querido mozo, tu ejemplar vida, tu personalidad, la firmeza de tus convicciones y la rectitud y bondad de tus sentimientos, que sin duda han tendido siempre a lograr el bien común, harán que llegues a lugares gloriosos donde estarás con todos aquellos que te precedieron y que tanto querías, como tu mujer Kika, con la que seguirás compartiendo la vida eterna y, desde allí, continuarás velando por todos los que aquí quedamos. Sigue iluminándonos... nunca te olvidaremos.

VI  
DECLARACIONES



## DECLARACIÓN SOBRE EL CASO MUIÑA

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su preocupación por el afán expuesto por ciertos sectores de la sociedad, así como también de la dirigencia política y gubernamental, en desconocer el fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Muiña” el 3 de mayo del corriente año.

Reiterando los argumentos vertidos por esta Academia en su dictamen del 7 de diciembre de 2004, ella considera que la aplicación de la ley penal más benigna, tal como está regulada en el art. 2° del Código Penal, es una garantía constitucional que, por integrar el concepto de ley penal previsto en el art. 18 de la Constitución Nacional y adecuarse a las prescripciones del art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede ser desconocida por una sociedad y su dirigencia si se aspira a una convivencia democrática basada en la tolerancia, la libertad, la dignidad y el progreso, plasmados en el Preámbulo de nuestra Ley Fundamental.

Esta Academia entiende que el fallo de la Corte se ajustó a una estricta aplicación de la ley conforme a las reglas del Estado de Derecho, con prescindencia de la aceptación o rechazo que pueda merecer su parte dispositiva, inclusive para los jueces del Alto Tribunal que conformaron el voto de la mayoría.

Asimismo, considera que fueron deplorables para la preservación de la institucionalidad republicana ciertas actitudes, tales como requerir el juicio político de aquellos jueces por el contenido de una sentencia; la insólita denuncia penal por el delito de prevaricato efectuada por un integrante del Ministerio Público Fiscal que lo descalifica jurídicamente; las manifestaciones efectuadas por algunos jueces provinciales desconociendo que, para la Constitución, la jefatura de la función judicial del gobierno corresponde a una Corte Suprema de Justicia (art. 108); y las audaces declaraciones emitidas por integrantes del Poder Ejecutivo Nacional que, al pretender interferir en el funcionamiento independiente de los jueces, quedan alcanzados por los efectos colaterales de la prohibición establecida para ellos de arrogarse el conocimiento de causas penales o ejercer funciones judiciales (art. 109). Son comportamientos que no se compadecen con aquellos propios de una sociedad cuya cultura cívica está consolidada.

Toda sentencia judicial puede ser objeto de una vehemente discusión y debate, pero sin llegar al extremo de apartarse del cauce constitucional, procurando que aquella responda a cierta concepción política y no al mandato de la ley. Semejante actitud fomenta el curso de la desconstitucionalización, deteriora la educación cívica y conduce, inexorablemente, a la sustitución del imperio de la ley por la voluntad de la fuerza irracional. Son fenómenos que esta Academia procura evitar, dando cumplimiento a su objetivo estatutario y con el propósito de preservar la sensatez republicana.

Buenos Aires, 12 de mayo de 2017.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente

# DECLARACIÓN SOBRE LA SITUACIÓN DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, cercana a cumplir ciento diez años de su creación definitiva, ha seguido siempre y con atención y objetividad el desenvolvimiento de las grandes instituciones que componen el régimen constitucional de la República. Y es por ello que nuestra Corporación —que goza de plena autonomía conforme a la ley que rige a las Academias Nacionales— no puede dejar pasar el estado de abismo crítico y de descreimiento que gran parte de la sociedad expresa con respecto al funcionamiento de muchos órganos del Poder Judicial, situación esta que registran las entidades dedicadas a verificar de mayor a menor la clasificación para establecer criterios de valoración por ranking. De ello se comprueba, lamentablemente, que la judicatura figura entre los niveles más bajos de confiabilidad y eficiencia ante la opinión pública, paralelamente a otros cuerpos del Estado.

Tal panorama oscurece la confianza y siembra sospechas que van desde la dificultad de acceso a los tribunales (y a su personal) hasta la morosidad en la sustanciación de las causas y la eficacia en el cumplimiento de las decisiones que adoptan los tribunales intervinientes. En este cuadro de quejas, cuentan varios factores causales, entre los que influye el alto número de vacancias y, por ende, la dispersión de esfuerzos que deben llevar a cabo los magistrados subrogantes que cubren interinamente las funciones. Es bueno tener presente que la Justicia como Poder de Estado no debe ser confundida con mera “administración” y que tampoco se limita a la errónea expresión de asumir la prestación de un “servicio”: Es —ante todo— una alta función que emana de uno de los Poderes que establece la Constitución Nacional, de cuyo articulado surgen las potestades que requieren un pleno ejercicio de la “energía jurisdiccional” que poseen los jueces de los diversos fueros y de todas las instancias, recordando una vez más que la cabeza visible de ese Poder de Estado es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que, precisamente por su “supremacía”, no es ni puede ser ajena al cumplimiento cabal de su doble condición de intérprete final de la Constitución y de guardián de los derechos y garantías del pueblo.

Si bien el art. 114 de la Ley Suprema crea un “Consejo de la Magistratura”, señalando sus sectores componentes, la imprecisión acerca del nú-

mero y distribución de sus miembros quedó derivada al Congreso. Así, las sucesivas normas sancionadas a ese efecto no han resultado satisfactorias para lograr la mayor idoneidad —técnica y ética— de los magistrados que concursan para acceder a los cargos. Esto está indicando la imperiosa necesidad de modificar la legislación vigente a fin de que, con nuevas reglas y con mayor “equilibrio” de las respectivas “representaciones”, se procure elevar la calidad y asegurar un desempeño íntegro y de dedicación completa en el cumplimiento de las tareas. Otro tanto vale con respecto al Ministerio Público, cuya regulación legal debe apuntar a un más adecuado ejercicio de la acción penal.

Solo así se podrá alcanzar un plano de plenitud en las expectativas tan esperanzadas de contar con la sabiduría y el respeto que les serán reconocidos —ante la evidencia— por una ciudadanía que reclama con ansiedad que se hagan respetar las condiciones que aseguran la eminente dignidad de todas las personas.

Jueces probos, independientes e imparciales, con seguridad jurídica, social y económica cumplidas son los elementos imprescindibles en el progreso, desarrollo y bienestar general de una Nación.

Buenos Aires, 5 de octubre de 2017.

Emilio P. Gnecco  
Académico Secretario

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente



# DECLARACIÓN SOBRE LA VIOLENCIA PARA IMPEDIR FUNCIONAMIENTO DEL CONGRESO

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su profunda preocupación debido al comportamiento adoptado por sectores que acudieron a la violencia para impedir el funcionamiento de la Cámara de Diputados del Congreso de la Nación en el tratamiento de proyectos legislativos, lo que constituye un delito tipificado en el Código Penal (art. 241). Tal conducta resulta incompatible con las reglas de la democracia constitucional y republicana, cuya vigencia no se agota con la elección de los gobernantes, sino que se proyecta sobre un estilo de vida basado en la libertad, la tolerancia y el respeto recíproco.

En la cultura cívica es inaceptable que se alienten y se concreten hechos de agresión y violencia que, además de vulnerar el principio de autoridad, provocaron graves daños sobre bienes estatales o privados, lesionando a particulares, periodistas e integrantes de las Fuerzas de Seguridad encargadas de preservar una convivencia armónica, menoscabando la institucionalidad de la República.

La dinámica legislativa implica propuestas, debates y votación de leyes por parte de los representantes que el pueblo eligió en las urnas, ya que, conforme al art. 22 de la Constitución Nacional, de lo contrario se consuma una actitud sediciosa. Hemos presenciado hechos bochornosos y que, por el nivel de adiestramiento que demostraron los forajidos, estaban preparados para producir los daños que causaron. Son ataques y agresiones físicas y al patrimonio público y privado, pero son también una coacción al Congreso, donde está representada la soberanía popular: esto es de una enorme gravedad. Los enfrentamientos pusieron en riesgo la vida de policías, manifestantes y particulares, cuando toda vida humana merece respeto y consideración, sin distinciones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que ‘fuera de la Constitución solo cabe esperar la anarquía o la tiranía’ y que, por lo general, la primera —a la larga— trae a la segunda pues, cuando hay una situación anárquica, se está en la antesala de un caos, siendo este un desborde que después puede pasar a ser reprimido autoritariamente. La Argentina y el mundo tienen demasiada experiencia al respecto.

En consecuencia, es fundamental que estos hechos no se repitan y que tampoco queden impunes, porque la impunidad es un estímulo para la reiteración y si ello llegara a suceder, se cae en la anomia, que es la pérdida de las reglas de juego y de los marcos de referencia.

Esta Academia aspira a que se impongan la sensatez y el fiel cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de gobernantes y gobernados, para revertir el grave daño que se ocasiona a nuestro Estado de Derecho.

Buenos Aires, 21 de diciembre de 2017.

Roberto E. Luqui  
Académico Vicepresidente

Jorge R. Vanossi  
Académico Presidente

# ÍNDICE

## ANALES 2017

### I. INCORPORACIONES

#### **Incorporación del Académico Titular doctor José O. Casás**

Discurso de recepción por el Académico doctor Horacio A. García Belsunce .....17

*La Ciudad de Buenos Aires frente a la coparticipación impositiva y las propuestas de sustitución del Impuesto sobre los Ingresos Brutos.* Disertación pronunciada por el doctor José O. Casás en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 14 de septiembre de 2017 .....19

#### **Incorporación del Académico Correspondiente doctor Francisco Orrego Vicuña**

Discurso de recepción por el Académico doctor Hugo Caminos.....43

*Crisis y renovación del derecho internacional contemporáneo.* Disertación pronunciada por el doctor Francisco Orrego Vicuña, en oportunidad de su incorporación como Académico Correspondiente en la República de Chile, en la sesión pública del 28 de septiembre de 2017 .....49

#### **Incorporación del Académico Titular doctor Alberto B. Bianchi**

Discurso de recepción por el Académico doctor Juan Carlos Cassagne .....61

*La influencia del modelo de separación de poderes en el modelo de Administración Pública.* Disertación pronunciada por el doctor Alberto B. Bianchi en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 12 de octubre de 2017 .....67

### **Incorporación del Académico Titular doctor Alberto R. Dalla Via**

Discurso de recepción por el Académico doctor Gregorio Badeni .....109

*El programa económico de la Constitución Nacional.* Disertación pronunciada por el doctor Alberto R. Dalla Via en oportunidad de su incorporación como Académico Titular, en la sesión pública del 26 de octubre de 2017.....115

### **Incorporación del Académico Correspondiente doctor Diego Valadés**

Discurso de recepción por el Académico doctor Jorge R. Vanossi .....131

*La Constitución mexicana en el contexto de las más longevas en vigor.* Disertación pronunciada por el doctor Diego Valadés, en oportunidad de su incorporación como Académico Correspondiente en los Estados Unidos Mexicanos, en la sesión pública del 1 de noviembre de 2017.....133

## II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

*Esencia jurídica de la herencia.* Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 27 de abril de 2017.....151

*La investigación en seres humanos y el artículo 58 del nuevo Código Civil y Comercial.* Comunicación del Académico doctor José W. Tobías, en la sesión privada del 11 de mayo de 2017 .....161

*Derecho de asociación y de no asociación.* Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 22 de junio de 2017 .....193

*La antijuridicidad, un presupuesto de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial de la Nación.* Comunicación de la Académica doctora Aída R. Kemelmajer de Carlucci, en la sesión privada del 13 de julio de 2017 .....225

*El Estado constitucional de derecho. Una aproximación histórica, constitucional y iusfilosófica.* Comunicación del Académico doctor Alfonso Santiago, en la sesión privada del 27 de julio de 2017 .....255

*La nueva revolución tecnológica y su impacto sobre el empleo y la institucionalidad laboral.* Comunicación del Académico doctor Daniel Funes de Rioja, en la sesión privada del 10 de agosto de 2017 .....289

*Semblanza de un insigne jurista: Alfredo Colmo.* Comunicación del Académico doctor Mariano Gagliardo, en la sesión privada del 24 de agosto de 2017 .....307

*Fuentes, interpretación y aplicación del Derecho en el Código Civil y Comercial.* Comunicación del Académico doctor Jorge H. Alterini, en la sesión privada del 9 de noviembre de 2017 .....347

*Algunas cuestiones del proceso de divorcio.* Comunicación del Académico doctor Enrique M. Falcón, en la sesión privada del 23 de noviembre de 2017 .....367

*In Memoriam del académico Rodolfo Moreno. En vísperas del centenario del Código Penal.* Comunicación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en la sesión privada del 7 de diciembre de 2017 .....383

### III. ACTIVIDADES DE LOS INSTITUTOS

Instituto de Derecho Administrativo .....431

Instituto de Derecho Civil .....435

Instituto de Derecho Constitucional “Segundo V. Linares Quintana” ....437

Instituto de Derecho Empresarial .....439

Instituto de Derecho Internacional Público .....443

Instituto de Derecho Penal .....445

Instituto de Derecho Procesal .....447

Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social .....449

Instituto de Derecho Tributario .....451

### IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

*El sentido de la investigación jurídica en las universidades nacionales y su porvenir.* Disertación del Académico doctor Jorge R. Vanossi, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el VI Encuentro Inter Académico sobre “Las universidades y la investigación en la Argentina del mañana”, realizado en la Academia Nacional de Medicina junto con otras 13 academias nacionales, el día 31 de octubre de 2017 .....455

## V. HOMENAJES

*La ley de la vida.* Palabras pronunciadas por el Académico doctor Mariano Gagliardo en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en acto homenaje al doctor Julio H. G. Olivera, con la Academia Nacional de Ciencias Económicas y la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires .....465

*Doctor Alberto Rodríguez Galán.* Resolución del 26 de abril de 2017 ...473

Palabras pronunciadas por el Académico doctor Jorge R. Vanossi en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Alberto Rodríguez Galán .....475

*Doctor Juan R. Aguirre Lanari.* Resolución del 13 de diciembre de 2017.....479

Palabras pronunciadas por el Académico doctor Emilio P. Gnecco en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el sepelio del Académico doctor Juan R. Aguirre Lanari.....481

## VI. DECLARACIONES

Declaración sobre el caso Muiña .....485

Declaración sobre la situación del Poder Judicial y del Ministerio Público.....487

Declaración sobre la violencia para impedir funcionamiento del Congreso .....489

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 2a. QUINCENA DE NOVIEMBRE DE 2018  
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130  
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

