ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA
AÑO XXXVI - NÚMERO 29
1991

ISSN 0567-5936

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXVI - NÚMERO 29

1991

BUENOS AIRES

1992

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.

Av. Alvear 1711 - primer piso - Tel. 812-9327
(1014) Buenos Aires - Argentina

PUBLICACIONES

DE LA

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

Anales — Primera época, Nº 1 (1915) — Segunda época, Nº 1 a 29.

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 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 (2 tomos).

12. *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUÍN G. MARTÍNEZ.

13. *Alberdi y su tiempo*, por JORGE M. MAYER (2 tomos).

14. *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por ISIDORO RUIZ MORENO.

15. *Historia de la doctrina Drago*, por ALBERTO A. CONIL PAZ.

16. *La alborada. San Martín y Alberdi*, por JORGE M. MAYER.

17. *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*

18. *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por JORGE M. MAYER.

19. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos).

20. *Conferencias y Estudios*, por HÉCTOR P. LANFRANCO.

21. *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por ELÍAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.

22. *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

23. *Las cinco Argentinas*, por JORGE M. MAYER.

SERIE III — COMUNICACIONES

Comunicaciones — Nº 1.

SERIE IV — INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1. *Estudios de Derecho Civil.*

ACADÉMICOS DE NÚMERO

por orden de antigüedad

	Nombre del sitial	*Fecha de incorporación*
Dr. Segundo V. Linares Quintana	Esteban Echeverría	28 de mayo 1956
Dr. Marco Aurelio Risolía	Aristóbulo del Valle	6 mayo 1963
Dr. Jorge M. Mayer	Estanislao S. Zeballos	28 agosto 1963
Dr. Julio H. G. Olivera	Juan B. Alberdi	6 mayo 1964
Dr. Miguel S. Marienhoff	José María Moreno	7 setiembre 1965
Dr. Juan Francisco Linares	José A. Terry	24 noviembre 1965
Dr. Ambrosio Romero Carranza	Bartolomé Mitre	18 octubre 1967
Dr. Enrique Ramos Mejía	Lucio V. López	9 octubre 1968
Dr. Germán J. Bidart Campos	Manuel Quintana	15 julio 1971
Dr. Manuel María Diez	José Figueroa Alcorta	15 julio 1972
Dr. Federico N. Videla Escalada	José M. Estrada	30 noviembre 1972
Dr. José María Ruda	Eduardo Acevedo	1 agosto 1974
Dr. José Domingo Ray	Manuel Obarrio	22 mayo 1975
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Roberto Martínez Ruiz	Roque Sáenz Peña	19 octubre 1978
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Salvador M. del Carril	19 octubre 1978
Dr. Elías P. S. Guastavino	Alfredo Colmo	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Roberto Repetto	11 setiembre 1981
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	12 mayo 1983
Dr. Jorge A. Aja Espil	Carlos Calvo	26 julio 1984
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dalmacio Vélez Sarsfield	9 mayo 1985
Dr. Alberto Rodríguez Galán	Carlos Pellegrini	9 mayo 1985
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	23 octubre 1986
Dr. Lino Enrique Palacio	Domingo F. Sarmiento	18 junio 1987
Dr. Félix Alberto Trigo Represas	Nicolás Avellaneda	18 junio 1987
Dr. Carlos Manuel Muñiz	José N. Matienzo	10 agosto 1989
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Antonio Vázquez Vialard	Juan A. Bibiloni	13 setiembre 1990

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Manuel Río	23 agosto 1984

MIEMBROS CORRESPONDIENTES

por orden de antigüedad

		Fecha de Incorporación
Dr. Levi Fernández Carneiro	Brasil	4 julio 1946
Dr. Pedro Calmón	Brasil	4 julio 1946
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
Prof. Federico A. Gil	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	E.E.U.U. de N.A.	27 agosto 1958
Prof. Georges Vedel	Francia	1º julio 1964
Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga	Uruguay	25 noviembre 1971
Prof. Ivon Loussouarn	Francia	25 noviembre 1971
Dr. Luis Sánchez Agesta	España	25 noviembre 1976
Dr. Fernando J. López de Zavalía	Tucumán	25 noviembre 1976
Dr. Manuel García-Pelayo y Alonso	España	12 noviembre 1981
Dr. Héctor P. Cámara	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Pedro J. Frías	Córdoba	25 setiembre 1986
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Mendoza	12 octubre 1989
Dr. Francisco Uriburu Michel	Salta	19 abril 1990
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

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

Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñeiro
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. José M. Rosa
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno
Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

DESAFÍOS ACTUALES AL DERECHO DEL TRABAJO

Disertación pronunciada por el académico Dr. Antonio Vázquez Vialard en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de junio de 1991

Discurso del recepción por el académico
Dr. Roberto Martínez Ruiz

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires incorpora hoy a su seno al Dr. Antonio Vázquez Vialard, destacado jurista especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

Se llena así un claro que desde tiempo atrás venía preocupando seriamente a nuestra Corporación, dado que por la fundamental trascendencia que tiene actualmente esa rama del derecho y su repercusión económica-social, no podía faltar en ella quien la representara. Más aún, puede decirse que es el primer jurista especializado en esa disciplina con activa actuación profesional primero y en la magistratura del fuero ahora, que llega a la Academia. Verdad es que dos eminentes antiguos miembros fallecidos hace muchos años fueron profesores de Derecho del Trabajo; me refiero al Dr. Carlos Saavedra Lamas que para honor de la República llegó a merecer el Premio Nobel de la Paz y al Dr. Carlos Alberto Acevedo, pero la consagración absorbente de ambos a funciones públicas, hicieron que se dedicaran fundamentalmente a cuestiones de derecho internacional y finanzas públicas respectivamente, pero no tuvieron actuación profesional en derecho laboral, amén de que ocuparon la Cátedra antes de que se produjera el enorme de-

sarrollo que la legislación del Trabajo y de Previsión Social alcanzó a tener en décadas muy posteriores.

Para integrar la academia con un especialista en la materia, se procedió, como es norma habitual, a analizar los antecedentes de quienes podrían ser elegidos, teniendo en cuenta su calidad moral y demostrados antecedentes científicos. Así, el doctor Vázquez Vialard contó con el general asentimiento por reunir ambas condiciones.

Recibido de abogado en la Universidad de Buenos Aires en 1943, a los 21 años de edad, pronto demostró su vocación por el estudio del Derecho del Trabajo presentando su tesis doctoral sobre Relaciones Humanas en el Mundo del Trabajo, *que fue recomendada al premio Facultad y también mereció el premio Alejandro M. Unsain al mejor trabajo de Derecho Laboral presentado en una Facultad Argentina entre marzo de 1969 y abril de 1970, que fue discernido por el jurado que integraban los doctores Mario L. Deveali, Mariano Tissembaum, Gallart Folch y Francisco Valsecchi.*

El Superior Tribunal del Trabajo del Brasil lo distinguió designándolo, en 1982, comendador al Mérito Judiciario del Trabajo y en 1986 fue designado miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En 1961 obtuvo en los EE.UU. la beca para profesores universitarios para cursos en la especialidad, que siguió en la Universidad de Loyola, Chicago, donde realizó estudios sobre "Labor Economics" con el Prof. Anrod y sobre "Profit Sharing" con el Prof. Metzger. En 1965 asistió en Bonn, Alemania, a un seminario sobre "Realidad de la empresa Alemana"; en 1970 fue invitado por el Central Office of Information de Inglaterra para realizar visitas a instituciones de seguridad social y sindicales de Londres, y en 1983 asistió al seminario sobre "costo del trabajo" realizado en Italia, en Turín y en Roma.

Su concurrencia a numerosos congresos y reuniones internacionales significó la presencia argentina en encuentros

realizados en Río de Janeiro en 1961; en Berlín, en la U.N.I.A.P.A.C., en 1966; en Otawa, Congreso Regional de la Organización Internacional del Trabajo y en Washington en 1966, en la Reunión Permanente de Técnicos en asuntos laborales de la C.O.T.P.A.L. (órgano que funciona en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos) y así en otros Congresos reunidos en Ginebra, Sevilla, Lima, Hungría, Madrid y Bogotá.

Es profesor titular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, donde además ha dirigido cursos de postgrado. En la Universidad Católica Argentina ha sido profesor de Política Social en la Facultad de Economía, de Doctrina Social de la Iglesia y Técnicas de Promoción Social y desde 1975 a 1978 en la Universidad de Belgrano, fue profesor titular de Derecho Social.

Sus obras publicadas enriquecen con alto nivel de calidad los estudios jurídicos. Por mencionar sólo las más importantes debo referirme a la publicada en 1970 sobre El Trabajo Humano, *el* Régimen legal de la Industria de la Construcción *en el* Tratado del Derecho del Trabajo *dirigido por el profesor Deveali; a su* Derecho del Trabajo y la Seguridad Social *que lleva publicadas cuatro ediciones; además de* El Sindicato en el Derecho Argentino *aparecida en 1981, y por último el importantísimo* Tratado del Derecho del Trabajo *que dirige, del que han aparecido 6 tomos, de los 7 proyectados y en el que se incluyen muchos capítulos escritos por él.*

Sus colaboraciones en revistas jurídicas nacionales y extranjeras pasan de doscientas y tratan temas de Derecho Laboral, Derecho Sindical, Derecho Administrativo Laboral, Derecho Procesal Laboral y Derecho de la Seguridad Social.

Vázquez Vialard, luego de una intensa actividad profesional, se incorporó a la Magistratura e integra la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal.

Su actuación en la Cámara y a través de sus votos tanto en fallos plenarios como en las sentencias de su Sala dicta-

das en innumerables juicios, demuestran que reúne las condiciones de ciencia y conciencia que debe tener el Juez y que en él se dan y se demuestran con la razonabilidad, prudencia y discreción que exige la realización de la Justicia al decidir los conflictos que llegan a los estrados del Tribunal.

Pero en este aspecto de su actuación quiero destacar, por su singular trascendencia, la preocupación que ha puesto de manifiesto por la salvaguardia de las garantías del régimen republicano consagrado en nuestra sabia Constitución Nacional. Baste para acreditar lo expuesto, su firma en un reciente pronunciamiento de la Sala que integra y en el que se declaró la invalidez e inaplicabilidad al caso en litigio del decreto 34/91, que dispuso suspender por ciento veinte dias la tramitación de los juicios que tuvieren por objeto el cobro de sumas de dinero contra la Administración Pública Nacional, Entidades Autárquicas, Empresas y Sociedades del Estado. En ese fallo, dijo la Sala que si se ha admitido que ciertos derechos constitucionales, en caso de excepcional emergencia, puedan ser transitoriamente reducidos por una ley del Congreso sujeta a control judicial de razonabilidad (toda vez que tales derechos han de entenderse "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio", art. 14 C. N.), el uso de tal potestad por el Poder Ejecutivo se halla claramente excluido del sistema establecido por nuestra ley fundamental y que si bien el Poder Ejecutivo ejerce la facultad de reglamentar las leyes "cuidando de no alterar su espíritu", los decretos 34/91 y 53/91 (este último en cuanto se relaciona con el anterior) no guardan relación alguna con dicha atribución, ya que la ley 23.696 (citada en el decreto 34/91) se limita a suspender la ejecución de ciertos procesos, con expresa excepción de los laborales y previsionales. Además se agregó que aun cuando se admitiese por vía de hipótesis que en el caso el Ejecutivo puede ejercer las funciones del Congreso, la Corte Suprema ha establecido que la limitación de garantias constitucionales para hacer frente a una grave emergencia se halla sujeta a un control judicial de razonabilidad en el que se acredite que la medida dispuesta guarda corres-

pondencia (relación de medio a fin) con el mal que se pretende evitar y que la existencia de algunos procesos presuntamente dolosos (que no se identifican y respecto de los cuales no se indica si el dolo proviene de alguna de las partes o del propio Poder Judicial) no puede constituir una razón suficiente para suspender todos los procesos existentes, incluso los que se hallan en la etapa de conocimiento, del mismo modo que la investigación de los delitos no permite suspender las garantías individuales de todos los ciudadanos, salvo el caso limitado del estado de sitio durante cuya vigencia tampoco se veda el ejercicio de la jurisdicción. También debe ponderarse que en ese fallo se sostuvo la que a mi juicio es correcta doctrina, acerca de que si bien se admite que la constitucionalidad de las normas sólo puede examinarse a petición de parte interesada, existen circunstancias en las que corresponde hacerlo de oficio y en tal sentido el Tribunal tiene facultad para declarar la inconstitucionalidad de una norma que afecta su propia competencia que emana de la Constitución Nacional (art. 100).

Doctor Vázquez Vialard: La Academia de Derecho lo incorpora persuadida de que el aporte de Ud. a las tareas de investigación y estudio serán de singular beneficio para el cumplimiento de sus fines estatutarios. Ahora escucharemos su autorizada palabra.

PALABRAS PRELIMINARES

Al incorporarme a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, deseo expresar mi agradecimiento por el título que se me ha conferido, así como que asumo plenamente la responsabilidad que ello implica respecto de fomentar y difundir el estudio de las ciencias jurídicas y sociales y propender al perfeccionamiento del régimen legal argentino.

Deseo rendir homenaje a los ex académicos Juan Antonio Bibiloni que honró el sitial que habré de ocupar y de Mario Justo López, mi antecesor en el mismo.

Como lo ha manifestado el académico Risolía, creo que para caracterizar la personalidad del Dr. Bibiloni basta decir que "era todo inteligencia, todo carácter, todo voluntad, . . .", un hombre que, por sobre las distintas funciones públicas que ejerció, se destacó por su vocación al servicio del derecho al que enriqueció desde su cátedra de Derecho Civil que desempeñó con vocación y elocuencia y al que le dejó en herencia su anteproyecto de Reforma al Código Civil que sus colegas de la Comisión Redactora le encomendaron preparar. En esa labor, a la que consagró los últimos años de su vida que lo mostraron como "un tronco vivo y una cabeza luminosa", realizó un aporte invalorable a lo que pese a ciertas críticas, él se propuso como un esfuerzo sis-

temático para "conservar el Código Civil hasta en su fisonomía", tratando de "perfeccionar y corregir los detalles que eran susceptibles de interpretar mejor las instituciones, para obtener de ellas toda su eficacia potencial".

Considero que como el mejor homenaje cabe hacer referencia a la figura del hombre de inteligencia lúcida, íntegro, recto en su actuar en la vida pública y privada y del maestro que, a más de sesenta años de su fallecimiento, sigue siendo punto de referencia para los estudiosos.

El Dr. Mario Justo López se caracterizó durante su proficua vida por la realización de una vasta labor científica que le valió el justo reconocimiento de múltiples instituciones, entre ellas la entonces Academia de Educación y las Academias Nacionales de Ciencias, de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Sus trabajos lo han colocado como uno de los politicólogos argentinos de más brillo, fruto de su conocimiento de la ciencia política y de su experiencia personal, que aportó a través de sus enseñanzas en las diversas universidades que le contaron como profesor, en conferencias y en el libro. Infatigable trabajador, ha dejado una valiosa obra.

Científico de la política, no fue un estudioso aislado en su gabinete de trabajo, sino un ciudadano inquieto por lo que ocurría a su alrededor que escudriñó con espíritu científico. Aportó su experiencia de vida y de estudios a los diversos cenáculos que integró, así como su cordialidad y amistad que denotaban su calidez humana.

Su vasta obra intelectual que se expresó a través de la cátedra, en libros y conferencias, lo mostró como un hombre preocupado por contribuir al desarrollo y a la enseñanza de la ciencia política, de la que no sólo fue un cultor, sino uno de sus pioneros. Su obra *Introducción a los Estudios Políticos* que conjuga síntesis y claridad, lo muestra, según la opinión de la doctrina especializada, como un auténtico maestro que enriqueció la literatura política.

Desde 1979 hasta 1983 se desempeñó como Procurador General de la Nación, cargo en el que a través de sus dictá-

menes reveló su profunda versación jurídica y preocupación por el acontecer nacional.

Considero de estricta justicia agradecer a todos aquellos que me ayudaron a crecer: mis padres, Eleonora, Azucena y a todos mis demás familiares. También debo formular un reconocimiento a aquéllos que directa o indirectamente colaboraron en mi formación intelectual que quiero simbolizar en las personas de dos maestros que abrieron picadas en el derecho del trabajo, los Dres. Deveali y Krotoschin.

DESAFÍOS ACTUALES AL DERECHO DEL TRABAJO

1. *El impacto del cambio social sobre el derecho del trabajo*

Hemos considerado oportuno tratar en el acto de mi incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, una de las más relevantes cuestiones que afronta hoy el Derecho del Trabajo.

Respecto de esta disciplina jurídica, al igual que otras, pero quizá con una mayor intensidad, se observan cambios importantes, lo que ha llevado a más de un autor a hacer referencia a una "crisis", a una "disgregación" del Derecho del Trabajo. Quizá con más propiedad, otros lo han hecho a un "derecho del trabajo de la crisis", a una "crisis del concepto del derecho del trabajo clásico", a un "nuevo derecho del trabajo", a un "derecho de la emergencia". Sin duda, es evidente que el iuslaboralista, en sus consideraciones, no puede prescindir del impacto que provoca una situación de crisis. Parecería que ello es la lógica consecuencia del hecho de que vivimos en un mundo en cambio acelerado, lo que no permite que el derecho, así como otras instituciones, mantenga una deseable estabilidad a veces sólo superficial, cuando la realidad —siempre polifacética— a la que pretende encauzar sufre transformaciones fundamentales. No ver la realidad tal como es, normalmente significa no comprenderla y, por lo tanto, no distinguir entre los fac-

tores permanentes, medulares, esenciales de la vida social, y los mudables [1].

La vida social a la que el derecho pretende encauzar a fin de asegurar que las relaciones que en ella se dan tengan como criterio orientador a la virtud de la justicia, presenta al cambio como una de sus características. Cabe destacar que el mundo actual muestra hoy un dinamismo antes no conocido. Ello, por supuesto, ejerce una influencia decisiva en nuestras relaciones, por lo que parecería trasnochado querer fijar en un momento de la historia y con valor permanente, ciertas formas de relaciones de reparto de poder, de potencias, de impotencias, que en otra oportunidad (quizá hace treinta años) pudieron haber sido oportunas, pero que hoy ya no lo son. Si bien el hombre es el mismo, su naturaleza y vocación trascendentes se mantienen, se producen transformaciones tanto en los modos de convivencia, así como en los de reparto de potencias e impotencias, de opciones, en un mundo en el que no sólo se dan modificaciones sustanciales en los procesos productivos, tecnológicos, en el acercamiento entre las diversas regiones geográficas y de los hombres dentro de ellas, sino también, lo que es fundamental, en los valores culturales que tienen vigencia real. El cambio que es una constante en la vida social, hoy ha adquirido una dinámica antes no conocida, a punto tal que las transformaciones sociales ya no se visualizan en períodos largos (cincuenta, sesenta o más años), sino a corto plazo [2].

Si bien el concepto primigénito del derecho, es decir el que corresponde a su analogado principal, se refiere a la

1 Entre los primeros cabe destacar los que constituyen los principios generales del derecho, entre ellos, la dignidad que le corresponde al hombre, su carácter de creatura social, libre. Las consecuencias que se siguen de ello deben compatibilizarse con las situaciones concretas que se dan en cada situación histórica, sin que ésta pueda desnaturalizar el ejercicio de los derechos que derivan de aquellos principios. Por lo tanto, cabe admitir cierto ajuste que en modo alguno legitima una limitación substancial de aquéllos.

2 Uno de los hechos que acreditan el signo de los tiempos, lo constituye la circunstancia de que el hombre actual es contemporáneo de la mayoría de los "inventores" y descubridores de los procesos técnicos y conocimientos científicos que utiliza y aplica en su vida.

relación respecto a lo debido a otro, la "cosa justa", esa expresión también se utiliza —entre otras— en su acepción secundaria (en razón de la relación que guarda con aquélla), más vulgar, para designar al arte con que se discierne lo que es justo, al ordenamiento jurídico, así como al lugar en que se otorga el derecho, a la sentencia, etc.

El derecho concebido como ordenamiento, código, que intenta establecer pautas de conducta social, en el caso de nuestra disciplina, referidas a las relaciones que se dan con motivo de la prestación y recepción del trabajo humano, también recibe el impacto provocado por los cambios y sufre alteraciones, si bien no sustanciales (el derecho es siempre el mismo), sí de carácter accidental, pero importantes. Ese fenómeno no admite que ciertas figuras conocidas en otras épocas mantengan hoy su vigencia, las que son sustituidas por otras que, como ellas, tienden a dar cauce a formas de convivencia que aseguran el desarrollo de las relaciones sociales en un nivel humano.

La crisis que corresponde a un aspecto del cambio, significa la terminación de un "acontecer en un sentido o en otro"; se resuelve una situación y se ingresa en una nueva —de suyo, ni buena ni mala, ni beneficiosa o perjudicial— que, a su vez "plantea sus propios problemas" [3]. Se produce así una salida de una etapa que antes, durante un tiempo, se consideró como normal y se ingresa en otra que también tiene sus peligros que, al igual que la anterior, ofrece posibilidades de renovación. Se abre un abismo entre un pasado que dejó de tener vigencia y un futuro que está en renovación [4]. Esa crisis, tanto en su aspecto individual como social,

[3] Cfr. JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, t. 1º, p. 666, Madrid 1986.

[4] Esa situación se caracteriza como consecuencia de la aparición de "cosas nuevas" en la escena que repercuten sobre las relaciones sociales. En el ámbito propio de las del trabajo, cabe destacar, entre otros, la influencia de las llamadas tecnologías blandas (por oposición a las duras que por lo común se expresan a través de la introducción de nuevas máquinas y equipos como consecuencia de la automatización microelectrónica, la robótica, la burótica, sistemas informatizados, etc.): a) innovaciones en la organización de la tarea a través de modalidades no tayloristas, ni fordistas, de división social y técnica del

en parte también se produce como consecuencia de la modificación de las creencias, por lo que el ingreso en otro ámbito se suele caracterizar por la "desorientación, la desconfianza, la desesperación" de los que no quieren salir de aquél. La crisis y el intento de resolver los problemas que plantea la nueva situación se desarrollan simultáneamente. La actual que afecta al derecho del trabajo que tiene sus raíces en causas sociales, económicas, pero fundamentalmente culturales, pone en cuestión las relaciones sociales que constituyen el objeto de su ordenamiento propio.

No es la primera vez que el ámbito de las relaciones del trabajo sufre un impacto de esa índole. La aparición de esta disciplina jurídica constituyó una reacción —ante un cambio provocado por la utilización de nuevas técnicas productivas y la modificación de las pautas culturales aceptadas— contra una concepción individualista del derecho civil que rigió las relaciones del sector en su primera etapa [5]. En 1930, un ilustre iuslaboralista [6] advirtió sobre la embestida que provocaba la crisis económica que proponía el restablecimiento del "libre contrato de trabajo" [7].

Frente a los efectos del cambio sobre los diversos institutos jurídicos, es indudable que el iuslaboralista se plan-

---

trabajo; b) nuevos modos de gestión de la fuerza de trabajo; c) cambios en la organización de la producción; Cfr. JULIO C. NEFFA, *El proceso de trabajo y la economía de tiempo*, Bs. As. 1990; *Trabajo y tecnología*, Rev. "Criterio" Nº 2062/3, p. 71, Bs. As., diciembre de 1990; GERALDO VON POTOBSKY, *Desarrollo organizacional. Nueva tecnología, calidad de vida y negociación colectiva*, "T.S.S.", 1984-307.

5 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, t. 1º, Nº 11 y ss., p. 116 y ss.; *Etapas en la evolución del derecho del trabajo*, t. 3º, Nº 3 y ss., p. 4 y ss., en "Tratado de Derecho del Trabajo", Bs. As., 1982.

6 Cfr. HUGO SINZHEIMER, *La crisis del derecho del trabajo*, en "Crisis económica y derecho del trabajo", Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid, 1984, p. 90 y ss.; en el mismo sentido, ver MANUEL PALOMEQUE LÓPEZ, *Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo, la crisis económica*, "T.S.S.", 1984, 585.

La situación en la década del 30 se dio en circunstancias distintas a las que se presentaron en la década del 70 y siguientes, Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, ponencia oficial al 2º Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Previsional, Bs. As., 1-3 de octubre de 1990, hay edición mimeografiada, p. 2 y ss.

7 Dicha tendencia corresponde a lo que se ha designado como "reinado del contrato".

tea el interrogante respecto del sentido que asume el ordenamiento jurídico como consecuencia de ese impacto. Cabe, como una pregunta válida, analizar si el mismo resulta compatible con los principios de esa rama del derecho y, en su caso, cuales son las vías que deben transitarse a fin de alcanzar soluciones más justas, más humanas y viables.

2. *Pautas para efectuar un análisis del proceso que se opera en razón del cambio.*

Una mejor comprensión del sentido de los actuales desafíos al derecho del trabajo requiere una somera explicación de las características de esta rama jurídica y, en especial, de sus institutos y de los criterios de seguridad que, en función de los mismos, adoptan gran parte de los iuslaboralistas.

El trabajo definido como la acción del hombre que tiende a la producción de bienes y servicios con el fin de disminuir la indigencia a que lo somete la naturaleza [8], existió desde la aparición de aquél sobre la tierra con sus mismas características fundamentales: realizado en un ámbito social (que corresponde a la naturaleza del hombre), como servicio prestado a otro. Lo que se modificó en las diversas épocas históricas fueron los modos de la puesta a disposición de este último. En una rápida revista de la situación, cabe mencionar el trabajo del esclavo (considerado él como una cosa), el del hombre libre que lo realiza comunitariamente dentro de su propio grupo (familia, gens, tribu), el del que lo efectúa para otros que no comparten esos ámbitos y que "pagan" ese servicio con otros bienes (producto de su propia industria y luego en metálico).

En el siglo XVIII, con la introducción de nuevas técnicas productivas como consecuencia de la utilización de la má-

[8] Cfr. JEAN FOURASTIÉ, *¿Por qué trabajamos?*, Bs. As., Eudeba, 1964; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, Nº 2, Nº 5 y ss., en "Tratado de Derecho del Trabajo", t. 1º.

quina a vapor, se produjo un cambio fundamental que facilitó la aparición de la empresa industrial localizada en un lugar, en la que una persona dirige el trabajo de un grupo humano. Aun cuando siempre hubo alguien que realizó esa función (aunque no respecto de un grupo concentrado físicamente), lo que caracterizó el cambio que se produjo fue que esa modificación se dio al mismo tiempo que se operaba un efecto similar respecto de las pautas culturales prevalentes dentro de la comunidad social. Antes, las partes de ésta se integraban dentro del concepto de comunidad (en la que se produjeron gravísimas injusticias, entre otras el trabajo esclavo), y en ese momento se pasó a la de contrato, o sea, un trato entre dos personas que no tienen entre sí otro lazo de relación que ese (no la pertenencia, una misma comunidad de vida integrada por seres que tienen idéntica naturaleza y vocación).

Ante la pérdida del sentido de esa común pertenencia y al quedar reducido el trato sólo a lo convenido, se produjo una desgraciada pero previsible consecuencia. La revolución cultural que acompañó a la técnica, lo que no siempre se aprecia debidamente, exaltó aspectos de la libertad de los hombres (la que ante no había sido adecuadamente considerada), entre otros para contratar. De acuerdo con ello, el elemento voluntad de las partes de la relación que se desarrollaba dentro de un concepto de mercado, fue el único elemento tenido en cuenta, con desprecio, o por lo menos no adecuada consideración, de la necesidad del que presta el servicio y de la entidad de éste.

Las pautas de la cultura moderna que iba desarrollándose, tampoco tuvieron en cuenta la consideración de la llamada "lesión antropológica" [9]. Según ésta, el hombre a causa del desajuste que heredó y que lo afecta existencialmente, sufre una disociación entre los valores propios de la vida; como consecuencia de ello tiene una tendencia a explotar

9 La misma, desde el punto de vista teológico, corresponde a una de las consecuencias del pecado original (Génesis 3, 16, 17, 19); Cfr. ANTONIO VAZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, Nº 5, p. 35 y ss.

en su provecho la debilidad de los otros con los que convive. De acuerdo con ello, en la medida en que tiene la posibilidad de hacerlo y que le resulta útil, no duda en imponer condiciones no sólo materiales que no se adecuan a una justa proporción entre lo que recibe a cambio de la prestación (en nuestro caso, trabajo humano) y lo que da en compensación por ello, así como la consideración que le debe al otro (que posee igual dignidad que él). Ello hizo que, en una proporción quizá antes no conocida, facilitado por el nuevo tipo de relación a que dio lugar la incipiente industrialización (que concentró personas en centros de trabajo, lo que permite apreciar más nítidamente la situación de injusticia impuesta), de acuerdo con la tendencia humana a abusar del otro, el empleador aprovechara su mayor fuerza de diálogo frente a la escasa o nula del trabajador.

La concepción prevalente de vida no consideraba necesario que en la práctica, tampoco en teoría, se tuviera en cuenta un requisito básico en toda relación: que en la misma se mantenga una cierta paridad en los cambios (entre lo que se da y se recibe). Si uno de los contratantes, ante la debilidad del otro, tiene la posibilidad de imponer las condiciones del trato, es más que factible que esa proporción no se respete. Habrá sí un acuerdo de voluntades (una de ellas quizá viciada por la necesidad), pero no proporción entre las prestaciones recíprocas que constituyen el objeto del contrato. El ajuste de éstas no parecía relevante, en tanto se asegurara el ejercicio de la libertad en la concertación.

Esa situación llevó a gravísimos desajustes en las condiciones del trato (bajas remuneraciones, jornadas excesivas que tendían a reparar la exigüidad de aquéllas) que pudieron ser percibidas claramente, aun por quienes consideraban que la libertad por sí sola era la forma más adecuada para regular las relaciones humanas, con abstracción de la entidad de las prestaciones. Como una parte importante de la fuerza del trabajo estaba conformada en esa época por mujeres y niños, es decir por incapaces según las normas vigentes del derecho aplicable, se estimó necesario,

en razón de esa consideración jurídica, mitigar los efectos injustos que se seguían en la práctica como consecuencia de admitir una libertad irrestricta en la concertación de los tratos que se realizaban en el mercado (lo que caracterizó a la primera etapa del desarrollo del derecho del trabajo) [10].

La reacción, como se ha señalado, se debió a consideraciones de carácter jurídico (en razón de que ciertos miembros de la relación contractual no gozaban, de acuerdo con el plexo normativo, de libertad para pactar las condiciones del cambio), no de justicia referida a la desproporción de los términos del intercambio y de la falta de consideración de la persona del trabajador. Esa solución tampoco parecía razonable, ya que esa diferencia de capacidad dialogal, jurídicamente podía ser solucionada a través de la intervención de un tutor o curador, sin que se alterara la desproporción de las prestaciones a cargo de cada parte [11].

Esa cuña introducida en el esquema admitido como básico para regular un aspecto de las relaciones humanas, luego habría de ser ampliada de manera tal de extender esa "incapacidad" a todos los trabajadores, con prescindencia de su sexo y edad, situación que se mantiene hasta ahora en la Argentina y en la mayor parte de los países. No obstante reconocérsele en un marco mucho más amplio la posibilidad para ejercer por sí sus derechos, no se admite que el trabajador pueda hacerlo por debajo de los parámetros que fija el orden público laboral.

Esta innovación que en sus fundamentos responde a una reacción de carácter ético, originó el desarrollo de una nueva etapa del derecho del trabajo, en el que la normativa legal modificó parcialmente las consecuencias propias de la

10 Corresponde al período en que comienzan a aplicarse las nuevas técnicas correspondientes al desarrollo tecnológico (revolución industrial de principios del siglo XVIII), que estuvo signado por una modificación de las pautas culturales, cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, Nº 11 y ss., p. 114 y ss.; *Etapas en la evolución del derecho del trabajo*, Nº 3, ss., p. 4 y ss.

11 La disposición contenida en el art. 953 del C. Civil, a nuestro juicio, tiende a dar una solución a esas situaciones de desproporcionalidad. El legislador de 1968 amplió ese espectro de protección a través de la reforma introducida en el art. 954 (lesión enorme).

apreciada regla de la autonomía de la voluntad respecto de un "sector" del trato, dentro del cual aquella quedó abrogada. Por vía de la norma estatal, luego ampliada a la convencional colectiva, se establecieron mínimos inderogables. De esa manera, el Estado fijó directivas básicas que —como condición de validez del trato— deben ser aceptadas por las partes y se incorporan de suyo al contrato. Su desconocimiento hace que lo pactado al respecto carezca de eficacia jurídica, vicio éste que no afecta la validez del contrato. Aquellas disposiciones desconocidas en el acuerdo realizado entre las partes, automáticamente se incorporan al trato pactado y sustituyen la normativa a través de la cual se intentó burlar las de cumplimiento obligatorio.

El derecho del trabajo concebido como un "derecho nuevo", introdujo modificaciones fundamentales en el esquema del derecho civil que hasta ese momento había sido la norma aplicable a las relaciones que luego se caracterizaron como de prestación de trabajo "en relación de dependencia" o, con más propiedad, "dirigido" [12]. Consideramos que, en realidad, la innovación introducida no constituyó tanto un rechazo de los principios del derecho civil, como lo han afirmado ciertas corrientes iuslaboralistas [13], sino una reacción contra una concepción individualista del derecho que adolece de un vicio ético que afecta la relación humana. Aquélla destaca que junto con el respeto de la voluntad de la persona que contrata, debe asegurarse, por lo menos dentro de un determinado ámbito negocial, condiciones legales mínimas que quedan excluidas del trato entre las partes y aun, por lo menos como ocurre hoy en la República Argentina, de las convenciones colectivas (arts. 4º, 7º, ley 14.250, t. o., 1988).

A tal efecto, esta nueva disciplina jurídica lentamente fue elaborando un cuerpo de doctrina propia. Ésta contiene

[12] Cfr. ANTONIO VAZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, Nº 33 a 38, p. 224 y sss.

[13] Cfr. MARIO DE LA CUEVA, *El nuevo derecho de trabajo mexicano*, México, 1974, p. 189, se refiere (respecto a la presunción laboral) a las "invenciones satánicas" del derecho civil.

principios especiales que se justifican en razón de la situación de excepcionalidad que presenta la relación de trabajo entre dos partes que, normalmente, cuentan con una diferente capacidad de diálogo y de poder para imponer sus intereses a la otra. Para asegurar la vigencia de esos principios, se desarrolló una técnica de protección que en parte se concretó a través de normas de carácter jurídico [14] que, en términos generales, tienden a limitar las facultades jerárquicas del empleador. Antes de que ello ocurriera, este último, prevalido de su mayor capacidad de diálogo, con frecuencia impuso las condiciones del trato. Otras técnicas tienden a tonificar al grupo a través de la acción privilegiada del "poder" de negociación de los trabajadores, como una derivación lógica del reconocimiento de la autonomía colectiva [15].

Como consecuencia de ello, el ámbito de la relación de trabajo quedó regido por las normas propias del derecho del trabajo que fueron incrementándose y, supletoriamente, por las del derecho civil. Aquéllas, a nuestro juicio, actúan a la manera de una red de árboles que defienden un caserío de la violencia de los vientos; sólo dejan pasar a través de ellas a algunas que se compadecen con el ámbito protegido, e impiden que lo hagan las que no cumplen esa condición [16].

Así como la introducción de parámetros mínimos que las partes no pueden modificar en las relaciones individuales (y hasta ahora, entre nosotros, en las de carácter colectivo), a nuestro juicio significó el inicio de una nueva etapa (la segunda) del desarrollo del derecho del trabajo, la acción de los grupos sociales que pactan las condiciones de trabajo da lugar a una tercera etapa caracterizada por el hecho de que la normativa laboral se elabora, prepon-

14 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría general del derecho del trabajo*, en "Tratado del derecho del trabajo", t. II, Nº 69 y ss., p. 295 y ss.

15 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Etapas en la evolución del derecho del trabajo*, Nº 4 y ss., p. 7 y ss.

16 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría general del derecho del trabajo*, Nº 14, p. 122 y ss.

derantemente, a partir de lo dispuesto por la de carácter estatal, en el nivel de la negociación colectiva. Se insinúa una cuarta etapa que en algunos países se halla en período de consolidación a través de una política designada como neocorporativa, a través de la reasunción por parte del poder político del rol que le compete como gerente del bien común, a través de su intervención en la negociación tripartita (no meramente heterónoma como la que caracterizó a la segunda etapa) [17]. A través de esta nueva vía, a veces se admite que lo pactado entre las partes, fruto de mutuas concesiones, establezca condiciones menos favorables para el trabajador que las fijadas por la ley, las que se compensan con otras ventajas obtenidas.

Esta nueva situación, en parte, se debe a la necesidad de lograr un ajuste de las relaciones de trabajo ante el impacto que provocan los cambios que se producen en el orden de las modificaciones tecnológicas, de las condiciones del mercado y su mundialización, de las pautas culturales prevalentes y sus implicancias sobre aquéllas.

A fin de asegurar el debido cumplimiento de las normas laborales, a dichos instrumentos del orden jurídico se adicionaron las facultades conferidas al poder administrador, conocidas como policía del trabajo, a través de la cual aquél desarrolla una tarea educativa, de control y sanción [18] (a nuestro juicio, esta última tiene carácter jurisdiccional, sujeta a revisión judicial por vía de "apelación").

Según una corriente iuslaboralista (estimamos que ahora no constituye mayoría tal como lo fue hace treinta años), el derecho del trabajo se elabora sobre bases distintas al civil que se caracteriza por ser un "derecho de cosas", mientras que aquél es "de personas" [19]. Por lo tanto, es necesario

17 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Etapas en la evolución del derecho del trabajo*, Nº 4 y 5, p. 7 y ss.

18 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, y MARCELO J. NAVARRO, *Policía del Trabajo*, p. 13 y ss., Bs. As., 1990.

19 Consideramos que esa afirmación es errónea, ya que la relación jurídica, por definición, siempre vincula a personas. Lo que distingue al derecho del trabajo de algunos institutos de otras disciplinas jurídicas, consiste en que la mediación a través de la cual se da aquélla, está dada por la prestación y

crear una serie de instrumentos como si se fuera a normatizar *a novo*. No obstante, ese afán no se concretó totalmente y pese a la intención de algunos iuslaboralistas de crear un concepto propio para algunos institutos (entre otros, la aplicación de la fuerza mayor en el derecho), las normas de esta rama jurídica generalmente se refieren a las que corresponden al derecho civil en tanto no hubieran sido reformadas por disposiciones especiales (entre otros, el concepto de obligaciones solidarias, el modo de contar el tiempo, la teoría del derecho de las obligaciones) [20] lo que, estimamos, no da pie para considerar que se trata de un derecho de excepción, sino especial, que se justifica en razón de las particulares características de la relación jurídica laboral.

A fin de proteger la situación del trabajador, el derecho del trabajo que limitó —por lo menos respecto del ámbito que corresponde al llamado orden público laboral— la autonomía de la voluntad de las partes, también fijó un tipo de contrato[21] que no admite modificación en perjuicio del trabajador y se impone a los que conciertan una relación de carácter laboral. Por lo tanto, todo lo que corresponda a la prestación de trabajo humano que se realiza en forma dirigida, está regulado en lo sustancial por una serie de disposiciones referidas a los modos de su concertación, ejercicio de derecho y obligaciones, modalidades del tiempo de trabajo, reparación de infortunios, suspensión de alguno de sus efectos, modos y consecuencias de su extin-

---

recepción de trabajo humano dirigido, mientras que en los otros, suelen serlo cosas (producto de aquél).

20 Consideramos que no obstante las características que en virtud del principio protectorio pueden presentar las obligaciones en el ámbito del derecho del trabajo, no cabe afirmar que las mismas constituyen una excepción al régimen común. Respecto al tema, cfr. JUSTO LÓPEZ, *Hacia una teoría general de las obligaciones laborales*, "L.T.", XXXII-673.

Ese sentido contrario a la opinión que expresamos, cfr. ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *La fuerza mayor en el derecho del trabajo*, "L.T.", XXXII, p. 789.

21 El mismo respondía a un modelo de relación laboral que vincula al trabajador con un solo empleador para la realización de una tarea que se efectúa en un establecimiento de éste, durante una jornada completa y con una duración indefinida.

ción, que automáticamente se incorporan al contrato (arg. art. 7º, L.C.T.). Las mismas sólo pueden ser modificadas en cuando se mejore la situación del trabajador.

Dado el carácter de los derechos que la ley le reconoce al empleador: organizar la actividad (art. 64, L.C.T.), de dirección (art. 68), "poder" disciplinario (art. 67), de ejercer el *ius variandi* dentro de límites razonables (art. 66), las partes pueden convenir limitaciones al ejercicio de los mismos, como ocurre cuando se pactan sistemas de cogestión, de arbitraje en los casos de sanciones impuestas por aparentes incumplimientos del trabajador, etc.

Como ya se ha destacado, las condiciones pactadas que son menos ventajosas para el trabajador que las fijadas por la ley o el convenio colectivo de trabajo, no tienen validez y *ope legis* son reemplazadas por la norma que se quiso infringir (art. 12, L.C.T.).

En virtud del principio protectorio que actúa como centro "solar" del derecho del trabajo (receptado por nuestra Constitución Nacional, art. 14 bis) [22], el legislador constituyente le ha impartido una directiva al de carácter común a fin de que establezca un régimen que le asegure al empleado una serie de derechos fundamentales e inderogables [23]. Algunos de ellos son directamente operativos; otros, en cambio, requieren una reglamentación para ser puestos en práctica (tal el de la participación en las ganancias). Además, la Constitución le garantiza a los gremios el ejercicio de algunos derechos que tienden a tonificar al grupo de trabajadores, entre ellos, el que les reconoce la facultad de negociar colectivamente.

22 Éste no sólo se refiere al trabajo dirigido, sino también al "autónomo", en tanto ambos son fruto de la acción del hombre para dominar la naturaleza y obtener de ella los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades y las de los demás miembros de la comunidad; cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, Nº 2, Nº 5 y ss.

23 Consideramos que también le ha fijado una directiva al juez para que, en los casos en que por su obscuridad resulta difícil interpretar el sentido de la norma dictada por el legislador, adopte el criterio más favorable para el trabajador: *in dubio pro operario*, cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría General del derecho del trabajo*, Nº 26 y ss., p. 189 y ss.

Existen, además, algunas modificaciones importantes que, a nuestro juicio, se ajustan a la realidad laboral. En cuanto se refiere a la temporalidad del trato, el derecho del trabajo en una primera etapa receptó una consecuencia del voluntarismo jurídico expresado en la libertad de trabajo que estableció el Código Napoleón. Éste consideró írrito al régimen propio de la servidumbre, por lo que prohibió que el trato contractual se proyecte por toda la vida. La fijación del período de vigencia del mismo quedó librada a la voluntad de las partes. Según la doctrina de los autores y en razón de la situación del trabajador, se consideraron no convenientes ciertas consecuencias de la aplicación en la materia del régimen de libertad, por lo que se estableció como obligatorio un trato por tiempo indeterminado a favor del trabajador [24]. La libertad de éste se aseguró a través de la posibilidad de renunciar (la mayor parte de las legislaciones sólo condicionan el ejercicio de ese derecho a una notificación previa dentro de un plazo expresamente fijado por la norma). A través del instituto de la estabilidad, en especial en su versión de absoluta pero también en la de relativa [25], se aseguró la situación del trabajador frente a la posibilidad de un despido injustificado o arbitrario de acuerdo con la terminología que utiliza la Constitución Nacional (art. 14 bis).

Como válvula de escape de ese esquema, se admiten excepciones cuando existen causas objetivas, a través de las cuales se posibilita la rescisión del contrato, así como la fijación de éste por un período transitorio cuando, entre otros, se refiere al desempeño de suplencias, o en razón de exigen-

24 En EE. UU. en las legislaciones estaduales prevaleció un criterio distinto, el de la "termination at will". Algunas empresas, a través de negociaciones colectivas, han admitido la continuidad de la relación, lo que limita los despidos: "No Layoffs Policy".

25 Cfr. HORACIO H. DE LA FUENTE, *Principios Jurídicos del derecho a la estabilidad*, Bs. As., 1976; *Contrato de trabajo* en "Tratado de derecho del Trabajo", dirigido por ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, t. III, Nº 217 y ss., p. 563 y ss.; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Estabilidad absoluta del trabajador. Víctima de una práctica antisindical*, "L.L.", 1988, p. 1055 y "D.T." XLIX, p. 1.

cias extraordinarias de trabajo, obras y servicios específicos [26]. Nuestra L.C.T. establece como contrato tipo al por tiempo indeterminado en sus dos versiones: trabajo continuo y discontinuo; sólo admite el eventual como excepción [27].

Algunas legislaciones, en especial en Europa durante el período de los "años gloriosos", establecieron respecto de algunas categorías que el empleador sólo podía contratar a personas que se habían presentado como candidatos para ello ante la administración laboral ("listas numéricas"; fue éste uno de los temas en que se hizo hincapié para lograr una flexibilización del sistema).

El desarrollo de los principios generales, así como de los institutos jurídicos y técnicas de protección se fue concretando lentamente [28], de manera tal que, en la mayor parte

26 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 6 y ss.

27 A nuestro juicio, no posibilita la contratación a plazo fijo (por voluntad de las partes), ya que condiciona la concertación al cumplimiento de ciertos recaudos: a) que haya sido fijado en forma expresa y por escrito (por un plazo no mayor de 5 años) y b) "que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen" (arts. 90 y 93).

28 En la Argentina se comenzó legislando sobre algunos aspectos vinculados a la "relación individual" de trabajo: a) descanso dominical en el orden federal (ley 4661, año 1904), luego ampliado por leyes locales a las diversas provincias; b) trabajo de mujeres y menores (ley 5.291, año 1907, abrogada por la ley 11.317, año 1924, que fue modificada por ley 18.624, año 1970); c) reparación de los daños provocados con motivo de la prestación de trabajo (ley 9688, año 1915); d) normas de trabajo a domicilio (ley 10.505, año 1918, luego reemplazada por la 12.713, año 1941); e) forma y condiciones de pago (ley 11.278, año 1923) f) régimen de tiempo útil de trabajo (ley 11.544, año 1929); g) régimen general del contrato de trabajo (ley 11.729, año 1933) que parte de la jurisprudencia interpretó al principio que sólo se refería a las actividades de carácter comercial, criterio que al promediar la década del 40 fue modificado; h) régimen del personal de bancos particulares (ley 12.637, año 1940, abrogada por ley 22.425, año 1981); i) ídem de viajantes de comercio (ley 12.651, año 1940, modificada por ley 14.546, año 1958); j) ídem del periodista profesional (dec.-ley 77.618/44, ratificado por ley 12.908, año 1946); k) estatuto del peón de campo (dec.-ley 28.169/44); l) régimen general de vacaciones (dec. 1.740/45); ll) régimen del empleado administrativo de empresas periodísticas (dec. 13.839/46); n) ídem por ley 12.921); m) estatuto del personal aeronáutico (dec. 16.130/46); n) ídem de choferes particulares (ley 12.867, año 1946); ñ) ídem del personal de casas de renta sometidas al régimen de la propiedad horizontal (ley 12.981, año 1947); o) ídem del docente particular (ley 13.047, año 1947); p) ídem del personal que presta servicios en casas de familia (dec.ley 326/56); q) régimen de reclamo de diferencias de sueldos e indemnizaciones (ley 16.577, año 1964); r) contenido y forma de recibos de pago (ley 16.576, año 1964); s) régimen del ejecutante musical (ley 14.597, año 1958); t) ídem del trabajo portuario (dec.-ley 6.673/63, abro-

de los países económicamente desarrollados y en algunos en vía de desarrollo, en la década del 70 se había conformado un conjunto de disposiciones suficientemente coherentes entre sí, que aseguraban la vigencia de ciertas reglas de protección respecto de las relaciones contractuales que se configuraran. Salvo disposiciones contenidas en algunos países en normas especiales (ello ocurrió antes del proceso de ajuste que se dio a partir de la segunda mitad de la década del 70), las partes podían contratar con quienes desearan [29]. En cambio, la libertad de configuración quedó limitada al ámbito que excede el marco delineado por las normas de orden público laboral, ya de carácter estatal o convencional colectivo (arts. 12, L.C.T. y 8º, ley 14.250, t. o., 1988).

Algunos criterios de carácter doctrinario y jurisprudencial le han conferido al derecho del trabajo "un perfil" especial no siempre exigido por el ordenamiento jurídico. El hecho de que en la relación de trabajo no se acepte la renunciabilidad de los derechos que conforman el orden público laboral (el art. 12, L.C.T., hace expresa referencia a los previstos en la ley, estatutos profesionales y convenios colectivos), resulta obvio, ya que de lo contrario si aquéllos pudieran ser renunciados (ya como condición de ingreso u otra), podrían convertir en inútil su consagración.

Un criterio, que estimamos de rigidez doctrinaria y, en algún caso, judicial, ha llevado entre nosotros a que una determinada corriente [30] considere que la irrenunciabilidad

gado por ley 21.429, año 1976); u) disposiciones sobre higiene y seguridad industrial (ley 19.587, año 1970). En 1974 cuando se sancionó la ley de contrato de trabajo (L.C.T.), prácticamente la legislación que estaba vigente a ese momento cubría la mayor parte de la temática laboral, de manera tal que, como lo indicó la exposición de motivos del P.E.N. que acompañó al proyecto de ley, la tarea realizada fue "más de recopilación que de creación", sin pretensión de originalidad (Nº 3).

29 En algunos sectores se limitó el marco de posibilidades de elección, no por razones de carácter personal, sino dentro del conjunto (por ej. en el ámbito de los periodistas profesionales, en que el 90 % de los trabajadores de la empresa deben ser argentinos (art. 26 de la ley 12.908) o por razones de orden técnico (exigencia de título o reconocimiento habilitante) o de seguridad (en algunas categorías del personal marítimo se requiere ser argentino).

30 Dentro de ella pueden distinguirse tres posiciones. Según la primera,

no sólo alcanza a los derechos que integran el ámbito del orden público laboral, sino también a todos los que tienen como causa fuente la libre determinación de las partes que, por supuesto, supera aquel nivel mínimo. Consideramos que dicha irrenunciabilidad se refiere exclusivamente a las normas que constituyen el orden público laboral, por lo que nada empece a que la capacidad de configuración que se les reconoce a las partes (en cuanto el acto no está afectado por un vicio de consentimiento o las recíprocas prestaciones resultan groseramente desproporcionadas, arg. arts. 953, 954 y c.c. del Código Civil), se ejerza respecto del ámbito negocial que supera esos mínimos [31].

---

en ningún caso corresponde admitir un acuerdo de partes que modifique *in peius* para el trabajador uno anterior de esa misma naturaleza. Cfr. RODOLFO CAPÓN FILAS, su voto en la causa "Bariain N. c/ Mercedes Benz Argentina S.A.", publicado en "T.S.S.", 1985, p. 740 (el fallo fue anulado por la Corte Suprema de Justicia Nacional, ver "T.S.S.", 1987, p. 120); ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *La irrenunciabilidad y el orden público laboral*, "D.T.", 1986-B, p. 1751; JUAN ÁNGEL CONFALONIERI (h.), *Alcances del principio de irrenunciabilidad dentro del sistema jurídico laboral*, "L.L.", 1987-E-780.

Una segunda corriente considera que en cada caso el juez de oficio debe analizar si en el acto no ha habido un abuso por parte del empleador o el mismo repugna al derecho. Cfr. HORACIO DE LA FUENTE, *Renuncia de derechos y modificaciones del contrato de trabajo*, "L.T.", XXXIV, p. 1; *De nuevo sobre la renuncia de derechos y las modificaciones del contrato de trabajo. Estado actual de la controversia*, "L.T.", XXXV, p. 90. En el mismo sentido, ver EDUARDO ÁLVAREZ, *Autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos*, "D.T.", 1988-A-891. Por su parte, ADRIÁN GOLDÍN, *Acuerdo modificatorio de contrato de trabajo en perjuicio del trabajador; injusta amenaza, lesión subjetiva*, "L.T.", XXXIV, p. 401, considera que cuando se da una situación de esa naturaleza,corresponde presumir iuris tantum que la misma constituye un acto ilícito (la prueba para desvirtuarle está a cargo del empleador).

31 Cfr. MARIO L. DEVEALI, *Lineamientos del Derecho del Trabajo*, 3ª ed. p. 381; JUSTO LÓPEZ, *El Salario*, en "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Deveali, t. II, p. 366; *Ley de Contrato de Trabajo comentada* (en colaboración con CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID), 1ª ed., t. I, p. 465; *El Contrato en el derecho laboral. Convenio Colectivo y Contrato individual de trabajo*, "L.T.", XXXIII, p. 11; JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *Remuneraciones*, en "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por VÁZQUEZ VIALARD, t. IV, cap. XV, p. 740; CARLOS A. ETALA, *El orden público laboral, la revisión del contrato y el vicio de lesión*, "L.T.", XXXIII p. 561; L. RAMÍREZ BOSCO, *La derogación convencional de cláusulas contractuales más favorables*, "T.S.S.", XII, p. 740; J. A. DE DIEGO, *La remuneración del trabajador*, Bs. As., 1984, p. 138; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría General del Derecho del Trabajo*, en "Tratado de Derecho del Trabajo", t. IV, p. 223; *Validez de los acuerdos modificatorios de las condiciones de trabajo fundados en derechos nacidos de normas no imperativas*, "L.T.", XXXIV, pp. 241, 481 y ss.; *El principio de irrenunciabilidad: estado actual de la doctrina judicial y de los autores*, "D.T." 1986, p. 1215.

Es indudable que la doctrina restrictiva tiende a beneficiar al trabajador, pero en la práctica puede traducirse en su perjuicio [32]. Si el empleador que en un momento tiene la posibilidad fáctica para admitir por vía convencional la ampliación del ámbito de los derechos económicos o de otro orden a favor del trabajador, no puede luego a través de un pacto con éste reducir ese reconocimiento, es muy difícil que se avenga a disponer el mejoramiento de las condiciones de aquél. Ello se debe a que en el futuro, cambiada la situación que lo llevó a admitir esa ampliación de derechos, esa actitud puede resultarle perjudicial, ya que no se admite la posibilidad de obtener una reducción de los mismos. De esa manera, se establece una regla de rigidez que tiende a mantener como único parámetro lo que marca el orden público, y se entorpece que a nivel convencional individual se mejoren las condiciones de trabajo, lo que indudablemente empobrece los matices propios de la relación contractual.

Por supuesto, la modificación de las condiciones pactadas en forma expresa o implícita por las partes que mejoran lo establecido por el orden público laboral, sólo puede ser adoptada por decisión de ambas; de manera alguna puede serlo en forma unilateral por una de ellas que carece de facultades para alterar el ordenamiento privado vigente.

En la práctica ha ido tomando cuerpo un cierto criterio según el cual en el derecho del trabajo siempre se debe "estar en la línea de lo más", lo que significa que todo pacto ya a nivel individual o colectivo, sólo puede incrementar los derechos de los trabajadores. Ello ha hecho que, con frecuencia, ese criterio responda a una concepción según la cual

32 Lo que suele ocurrir cuando la protección es excesiva, en cuanto ello induce al empleador a limitar el reconocimiento de derechos (sea por vía negocial o de su decisión unilateral) que superan los mínimos legales, cfr.: Por un más dinámico y efectivo mundo del trabajo mejor adaptado a las necesidades de todos, Organización Internacional de Empleadores (debate realizado por los empleadores de Europa) "T.S.S.", 1987, 202. Ver además autores indicados en nota 31.

las condiciones de trabajo pueden fijarse con prescindencia de la situación real de bonanza o de crisis que atraviesa la comunidad.

Esa afirmación permite varias lecturas. Una de ellas establece que en el ámbito de las relaciones individuales, las condiciones establecidas en la norma legal y en la convencional colectiva no pueden modificarse *in peius* para el trabajador. Éstas, como expresamente lo establece el art. 12, L.C.T., integran el orden público laboral, por lo que se imponen a las partes y, en consecuencia, carecen de validez las convenciones que intenten establecer limitaciones de esa índole.

En segundo lugar, creemos que esa limitación no rige respecto de aquellos derechos del trabajador que tienen como causa fuente una convención de carácter privado. Por la misma vía negocial, las propias partes pueden alterar el esquema pactado, aunque la modificación sea *in peius* para el trabajador [33].

Otra situación se plantea cuando es el convenio colectivo de trabajo el instrumento modificatorio del status anterior. En el caso, corresponde distinguir según que aquella provenga de un negocio privado o de uno de carácter colectivo. En el primer caso, de acuerdo con lo que expresamente establece la propia norma (art. 8º, párrafo 2º, ley 14.250, t.o. 1988), no pueden modificarse *in peius* las mejores condiciones que goza el trabajador. En la otra situación, luego de haberse afirmado lo contrario por vía de una doctrina judicial adoptada por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y luego abondonada [34], la doctrina judicial y de los autores admite que ello es posible.

33 Los autores indicados en nota 30 no admiten ese criterio, aunque algunos de ellos consideran que debe examinarse cada caso para determinar si hubo una imposición del empleador o estiman que cabe presumirla *iuris tantum*, por lo que le corresponde al empleador acreditar que el acto no adolece de vicio de consentimiento (GOLDIN).

34 Ver "S.C.P.B.A.", 18-7-1964, "D.T.", XXV, p. 202, con nota crítica de Máximo D. Monzón; 11-11-1964, "D.T.", XXV, p. 294, con nota crítica de Miguel Jovene. En el mismo sentido de la crítica, ver MARIO L. DEVEALI, *Derecho Sindical y de la Previsión Social*, 3ª ed., p. 162 y ss.

Por supuesto, la convención colectiva, de acuerdo con nuestra actual estructura normativa, no puede modificar *in peius* para el trabajador los derechos que le confiere la ley (art. 7º, ley 14.250, t. o., 1988) [35].

Un hecho que signó la primera etapa del desarrollo histórico del derecho del trabajo, pareció convertirse en algo definitivo. Lo facilitó la situación de holgura y crecimiento económico sostenido que caracterizó a los países económicamente desarrollados de Europa y otras partes del mundo durante los llamados "años gloriosos" [36] hasta la década

35 Las políticas que aceptan un cierto grado de flexibilización, consideran que cabe admitir que por vía de negociación colectiva se modifiquen los parámetros establecidos en beneficio del trabajador. Consideramos que ese criterio sólo puede admitirse en cuanto el sindicato que negocia tiene una suficiente capacidad de diálogo como para evitar imposiciones por parte del empleador (ello podría darse con frecuencia en los regímenes legales que limitan el ámbito de representación del sindicato a los trabajadores de una empresa aunque ésta cuente con pocos trabajadores). Por lo común, cuando la asociación profesional admite una situación de ese tipo, es en virtud de haber negociado renuncias a cambio de otras ventajas (que en razón de las especiales circunstancias del caso se consideran más beneficiosas). Ver notas 94 y 121.

Respecto de la oposición de algunos autores en relación con los alcances de la negociación colectiva en el proceso de desregulación, cfr. VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 44. Entre nosotros, se expresan en el sentido indicado, entre otros: RICARDO CORNAGLIA, *La flexibilidad y el orden público*, "D.T.", 1988-A-883; MAURICIO BIRGIN, *En torno a la denominada flexibilidad laboral*, ponencia al IX Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Bogotá, 1986 (hay ed. mimeografiada); L. P. SLAVIN, *La flexibilidad laboral. ¿Futuro o dramática realidad?*, "D.T.", 1989-B-2169; ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *El desempleo y el nuevo derecho del trabajo*, ponencia al IX Congreso Iberoamericano ya citado (hay ed. mimeografiada).

Estimamos que en nuestro ámbito, paulatinamente, se impone un criterio favorable a las políticas de flexibilización (en cuanto las mismas mantienen un equilibrio ponderado). Cfr. AMÉRICO PLA RODRÍGUEZ, *Un enfoque sobre la flexibilización*, "D.T.", 1990, 151; JULIO MARTÍNEZ VIVOT, *Flexibilización del derecho del Trabajo*, "D.T.", 1987-B-1993; ARTURO S. BRONSTEIN, *La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate*, Rev. "Derecho Laboral", L. XXXII, Nº 153, p. 3, Montevideo, enero-marzo 1989; CARLOS MOYANO LLERENA, *Las relaciones laborales y la economía*, Rev. "Valores", Nº 18, p. 4, año 1989; JUAN L. BOUR, *Relaciones laborales: La situación del sector público*, Rev. "Valores", Nº 18, p. 19; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *La flexibilidad en el derecho del trabajo: Eslogan para disminuir los derechos de los empleados o adecuación a la realidad*, en "Cuestiones laborales", en homenaje al maestro Mozart Víctor Russomano, México, U.N.A.M. 1988, p. 21 y "T.S.S.", 1987, p. 961. PLA RODRÍGUEZ, en op. cit., manifiesta que "no puede admitirse el alcance dinámico que nos introduce en el mundo de la irreversibilidad del derecho laboral" (p. 115).

36 La expresión que corresponde a Jean Fourastié ("Les Trente Glorieuse"

del 70, en que aquélla fue abruptamente interrumpida por la crisis del petróleo. Durante ese lapso, la economía posibilitó mejorar las condiciones de trabajo (aunque es factible que no ocurriera en la medida de lo posible), pero ello se dio no en razón de que los derechos del trabajador siempre deben mejorarse (lo que es una saludable aspiración, no siempre alcanzable), sino en virtud de que el crecimiento económico permitía que se concretara el incremento de tales derechos. En realidad, quizá lo que ocurrió no fue un mejoramiento relativo de los derechos de los trabajadores, sino una consecuencia de la participación de los mismos en el disfrute del aumento de los bienes y servicios elaborados a nivel de la comunidad. Como lo hemos afirmado, es factible que la redistribución de esa mayor riqueza no siempre haya sido bien proporcionada.

Como al concretarse las primeras leyes del trabajo se mejoraron las condiciones, pareció que ello podía ser factible en el futuro con el mismo ritmo, lo que justificó esa afirmación de optimismo. Sin embargo, no siempre se tiene en cuenta la situación particular en que se produjo ese cambio. Cabe afirmar respecto de esas primeras normas que integraron el marco de las llamadas conquistas sociales que quizá no todas, pero algunas de ellas, pudieron designarse como reconquista de derechos que corresponden a un orden natural, normal de las cosas —tal como el de la jornada de trabajo— que habían sido "expropiadas" por los empleadores en razón de su mayor capacidad para imponer las condiciones del trato [37]. Por lo tanto, frente a esa situación, no cabe hablar tanto de conquistas, sino de reconquistas de derechos que les correspondían a los trabajadores y que durante un lapso no pudieron gozar. Pasar de una jornada normal de trabajo de 12 a más horas como ocurría en muchas

ou "La Revolution Invisible de 1946 a 1975", París, 1979) designa al período de crecimiento económico que se operó en los países europeos después de la Segunda Guerra Mundial y que fue interrumpido por la crisis petrolera.

37 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, Nº 12 a 14, p. 116 y ss.

regiones, a una de 8 horas o menos, fue posible en tanto el punto de origen del proceso constituía una anormalidad —un nudo de injusticia— que paulatinamente fue ajustándose a una realidad más humana. Es evidente que ese cambio pudo hacerse a un ritmo determinado que no puede mantenerse cuando se ha alcanzado un punto de equilibrio en la distribución de las potencias e impotencias que se realizan a través del ordenamiento jurídico. No es lo mismo disminuir la tasa horaria que regía a principios del siglo XIX, que la que hoy constituye el débito laboral para la mayor parte de los trabajadores de los países económicamente desarrollados o en vías de desarrollo. Si hoy se plantea el problema —en muchos países se trata de un tema en debate— de disminuir la jornada de trabajo, ello no es como consecuencia de que se estime que la actual supera límites admisibles, sino como una manera para facilitar una mejor distribución de un factor escaso: el empleo [38].

En esa tendencia a mejorar la situación de los trabajadores, cabe distinguir netamente entre lo que corresponde a una mejora relativa, de aquélla que es absoluta. La primera se refiere a la que gozan aquéllos respecto del conjunto de las personas que integran la comunidad, lo que tiene un límite quizá no siempre fácil de determinar y en estrecha relación con un criterio de justicia social: la distribución de las cargas y beneficios sociales. La absoluta, en cambio lo hace respecto de un incremento de la situación que se goza, con prescindencia de la del conjunto global y sectorial. Por lo tanto, el papel del derecho no puede limitarse a mantener un "garantismo" de las condiciones del trabajo.

Ese deseo llevó a que algunos consideraran que la regulación de los derechos de los trabajadores, como norma, debe tener siempre un sentido ascendente (aspiración lógica, aunque no siempre factible), con prescindencia de la

38 Cfr. MANUEL ALONSO OLEA, *El trabajo como bien escaso*, Madrid, 1982, ed. Círculos de Empresarios.

situación económica de la comunidad. Ello, a nuestro juicio, constituye un grave error, ya que el derecho (en su acepción de ordenamiento jurídico) no crea riquezas; sólo distribuye —no siempre con justicia— lo que existe como fruto del esfuerzo de la comunidad, como así también las cargas para elaborar e incrementar aquéllas. Sin duda (en su acepción de ordenamiento jurídico), es un valioso instrumento para crear ámbitos de progreso económico y fundamentalmente social, de paz, a fin de alcanzar un nivel de convivencia aceptable, así como de género y calidad de vida. Para alcanzar el cumplimiento de su objetivo —o sea, ajustarse a parámetros humanos: distribuir con justicia lo que hay, crear condiciones para incrementarlo, así como lograr mejores niveles de vida—, debe tener en cuenta una serie de circunstancias, entre ellas y no la menos importante, la situación económica por la que atraviesa la comunidad. Se impone que la aparente antinomia entre lo social y lo económico sea superada por una síntesis que permita armonizar los diversos factores que operan en la realidad. De lo contrario, las soluciones que se propongan no superarán el restringido marco de un inútil voluntarismo, o de una imposición de un economicismo que no se adecua a una concepción que coloca al hombre como centro de la vida social, sujeto y protagonista de la historia.

Dentro de esa línea de pensamiento, algunos olvidaron el contexto dentro del cual se desenvuelve el derecho. Para asegurar una adecuación y una más justa participación en el disfrute de los bienes y servicios entre los distintos miembros de la comunidad, así también como el de su lógica contribución a la elaboración de los mismos, no puede prescindirse de ciertos elementos que, si bien no se hallan próximos a las preocupaciones de quienes pretenden repartir lo que no hay, no pueden ser olvidados. No basta que de ellos se ocupen los sociólogos y los economistas, también deben integrar la preocupación de los juristas. Entre otros, éstos no pueden ignorar la situación del mercado de trabajo, en especial la problemática ocupacional, la formación pro-

fesional, el sistema de colocación [39]. Al respecto y con especial referencia a la situación actual, con razón se ha manifestado que "de tanto preocuparse por las relaciones laborales ya constituidas, el derecho del trabajo se ha olvidado de las fases previas a la constitución del contrato". Desatender "los problemas del empleo, por la no integración al derecho del trabajo de los instrumentos específicos de la política de empleo", resulta demostrativo de algo grave y más profundo: "el hecho de que el derecho del trabajo ha dejado al margen a las personas desempleadas" [40].

El jurista, para alcanzar un nivel de realidad en su tarea, debe dar un salto desde "la centralidad de la fábrica" que a veces parece ser lo único que lo preocupa, a la "centralidad del mercado del trabajo" [41]. Su foco de interés no puede limitarse a establecer criterios de justicia que deben regir la relación laboral, sino también los modos para crear nuevos puestos de trabajo y las formas para distribuir con mayor equidad los existentes.

Es indudable que en las últimas décadas se ha producido un cambio cualitativo en el ámbito propio del de-

39 Cfr. MARÍA L. DE CRISTOFARO, *La disoccupazione: nodo cruciale del diritto del lavoro*, en AA. VV. Prospettive del diritto del lavoro per gli anni 80, Associazione Italiana de Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Milano, 1983. p. 176.

40 Cfr. MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO, *Derecho del trabajo y concertación social como instrumento de la política de empleo*, en AA. VV. Jornadas técnicas sobre Concertación Social y Empleo, Madrid, 1982, p. 120. HUGO SINZHEIMER, *Die Krisis Des Arbeits Recht*, 1933 (citado por BOB HEPPLE, *Esiste un diritto al lavoro*, en "Giornale di Diritto del Laboro e di Relazioni Industriali", diretto da Gino Gugni (D.L.R.I.), Nº 16, año IV, 1982, p. 672), frente a la crisis de 1930 se preguntaba "que sentido tiene el derecho del trabajo si es fundamentalmente el derecho de una élite de trabajadores que ya tienen la fortuna de trabajar, cuando fuera del derecho del trabajo se abre un cementerio económico de desocupación estructural". Por su parte, MANUEL ALONSO OLEA, *Relaciones del trabajo ante la crisis económica y el cambio tecnológico: una primera aproximación*, "T.S.S." 1989, p. 673 (p. 681), destaca el hecho de la existencia de "un derecho individual del trabajo excesivamente garantista". EURICO WOLLES, *De la institucionalización tardía a la desvirtuación: Italia*, en "A.A.V.V.". La flexibilización en Europa, dirigido por Robert Boyer, Madrid 1986, hace expresa referencia al excesivo reformismo en la década del 70, que explica (en Italia) una tendencia a reajustar las condiciones de trabajo.

41 Cfr. JUAN A. SAGARDOY BENGOECHEA, *La reconversión industrial y su incidencia sobre el empleo*, en Jornadas Técnicas sobre Concertación Social y Empleo, Madrid, 1982, p. 182.

recho del trabajo. El problema que plantea el desempleo y sus consecuencias, también integran el elenco de temas que deben ser regulados. Por lo tanto, la preocupación del jurista laboral no puede restringirse al campo de la relación contractual (que involucra al trabajador que ha conseguido un empleo); también debe atender a la situación de quien aún no ha podido obtenerlo o ha sido desplazado del que tenía y no ha logrado otro.

El tema del derecho a obtener un puesto de trabajo, aunque no puede ejercerse concretamente contra ningún probable empleador (cuyas obligaciones recién se efectivizan cuando ha formalizado un contrato), ya que es un débito que debe satisfacer la comunidad global, no puede por ello dejar de preocupar al iuslaboralista. Más aún, la situación que al respecto se da en el contexto social tiene una especial gravitación sobre la regulación del contrato de trabajo, no sólo en cuanto se refiere a su concertación y extinción, sino también a su ejecución.

No debe olvidarse que el derecho del trabajo en cuanto es un medio jurídico instrumental de la Política Social, no puede soslayar el tema del desempleo que constituye una grave deficiencia social que debe hallar una solución a través de un reparto equitativo de las cargas que provoca, así como de los medios para combatirlo y vencer a ese flagelo [42].

Sólo así es posible apreciar el impacto que sobre la efectividad de las normas tiene la consideración de la segmentación del mercado del trabajo que ahora se observa, la economía sumergida, el número de trabajadores que no pueden hallar trabajo dentro del mercado formal y, en consecuencia, ingresan en el clandestino [43]. Para corregir esos desajustes que hieren el sentido primigénico del derecho,

[42] Cfr. HUMBERTO A. PODETTI, *Política Social*, en VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de Derecho del Trabajo*, cap. II, t. 1º, Nos. 183 y ss., p. 528 y ss.; CLAUDIO NEWELL y JOSÉ REY NORES, en JAVIER HUNICKEN y otros, *Manual de derecho de la seguridad social*, p. 281 y ss., Bs. As., 1989.

[43] Cfr. GINO GUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni 80*, en "D.L.R.T.", Nº 15, 1982, p. 404.

no basta la acción —insuficiente de suyo, pues no se puede controlar la totalidad de las relaciones— de la policía laboral que brinda la administración pública. Es indudable que lo social, como lo económico y en especial lo cultural, condicionan la factibilidad de las normas jurídicas, tanto las de carácter estatal convencional colectivo, como las privadas. Un desconocimiento de los diversos factores que conforman esa realidad (además de lo jurídico), sólo puede llevar a un voluntarismo inútil e ineficaz para lograr auténticas transformaciones sociales.

Cabe anotar que la figura del contrato de trabajo "clásico" que se desarrolló en los países de economía de mercado, se hizo en armonía con el sistema fordiano de protección; sin duda, ello fue facilitado por políticas keynesianas y neokeynesianas que contribuyeron a un incremento de la producción económica que "no preveía límites en su horizonte", lo que permitió la creación de empleos estables e ingresos acordes con el aumento de la productividad [44]. Dicho sistema, al igual que el taylorismo, facilitó la parcialización de la tarea del hombre que trabaja, lo que trajo aparejada una disminución de su aporte personal. En cuanto su labor se simplifica, se resiente su capacidad de iniciativa, lo que constituye una seria lesión a su vida psicológica [45].

44 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 1.

45 Este es un tema que reiteradamente ha destacado la Doctrina Social de la Iglesia (que distingue entre los aspectos subjetivo y objetivo del trabajo): ver JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, Nº 83; JUAN PABLO II, *Laborem Exercens*, Nº 6. De acuerdo con esa concepción del hombre y del mundo, sostiene JUAN XXIII (op. citada) que no se cumple con la justicia con sólo asegurarle al trabajador una buena remuneración, si la labor que realiza compromete su responsabilidad psicológica. El hombre que trabaja debe considerar a la empresa (sociedad de personas) en que lo hace y a su tarea, como algo propio, no ajenas. De lo contrario, se siente como un engranaje movido desde arriba o un simple instrumento de producción y no como sujeto dotado de iniciativa, ver JUAN PABLO II, *Laborem exercens* ("L.E.") Nº 15.

Respecto del efecto del sistema taylorista y fordiano sobre la subjetividad creadora del trabajador que daña su iniciativa y dignidad, cfr. ALAIN LIPIETZ, *Choisir l'audace*, París, 1989, p. 28 y ss.; GEORGES FRIEDMANN, *Problemas humanos del maquinismo industrial*, Bs. As., 1956; *El trabajo en migajas*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1959.

3. *Los efectos provocados por la crisis petrolera*

El estado de bonanza económica que caracterizó a los llamados "años gloriosos" en los países económicamente desarrollados, que facilitó la mejora de las condiciones de trabajo (en cierta manera ésta acompañó, quizá no siempre a un ritmo similar, al resto de la población), experimentó una grave interrupción con motivo de la llamada crisis petrolera cuyo punto de arranque se suele fijar en el año 1973. La brusca alteración de las condiciones económicas en los países más desarrollados en ese sentido (esa circunstancia, por reflejo, también se hizo sentir en los demás), los colocó en una situación de desajuste que sin duda tuvo como detonante a ese factor, aunque también respondió a otros, quizá inducidos por aquél, que influyeron en ese proceso. Prueba de ello es que, al mejorar en la década del 80 la situación económica como consecuencia del debilitamiento de los efectos de esa conmoción, se mantuvo la gravedad del problema planteado en el mundo laboral, en especial, el que se refiere al desempleo que ya no pudo achacársele exclusivamente a aquel fenómeno. Si bien la crisis económica se superó en los países industrializados con economía de mercado, perduraron los otros factores de desorganización del cuadro social, tecnológico y cultural que impidieron que la situación volviera a los parámetros que rigieron hasta principios de la década del 70.

Como es lógico imaginar, el desajuste de los precios (como consecuencia del grave incremento de uno de los factores más gravitantes en la industria y en la vida social), provocó una crisis o, por lo menos, disminución en la actividad de las empresas, lo que produjo paro. Como un hecho revelador del cambio de la situación, cabe hacer referencia a que en 1968, en el ámbito de la Comunidad Europea, se adoptó un "reglamento de libre circulación de los trabajadores dentro de la comunidad". El mismo tuvo en mira el flujo de trabajadores de algunos de los estados hacia otros, en busca de trabajo que éstos ofrecían en razón de que su población

que se hallaba en una situación de pleno empleo, no estaba dispuesta a cubrir ciertos trabajos sucios, así como los que no eran bien remunerados. Ello provocó una emigración laboral hacia ciertos países, en especial del centro europeo, que mantuvieron durante muchos años altísimas tasas de ocupación de extranjeros. La situación se revirtió a partir de 1973 de manera tal que el empleo se convirtió en un bien escaso [46].

Ese hecho produjo no sólo paro, sino también una productividad decreciente quizá como consecuencia de una no adecuada inversión en tecnología, lo que se tradujo en una rentabilidad insuficiente, todo lo cual desembocó en una aguda desorganización del mundo del trabajo. Ese desajuste produjo un impacto que los países industrializados trataron de compensar a través de una mejora de su capacidad competitiva en un escenario en el que se incrementó el comercio internacional, lo que tendió a agravar aún más el problema. La producción extranjera en algunos casos desplazó la tarea realizada por empresas nacionales. La necesidad de sobrevivencia hizo que éstas tuvieran que realizar un gran esfuerzo para mejorar la tecnología utilizada [47], lo que a su vez agravó el problema interno, en cuanto este proceso se caracteriza por la utilización de instrumentos sofisticados (entre ellos, robots) que tienden a desplazar trabajadores cuyos antiguos empleos desaparecen ya que gran número de tareas son realizadas por máquinas [48].

Ese cambio del panorama provocó, entre otros, efectos

46 Cfr. ALONSO OLEA, citado en nota 38.

47 Cabe destacar que en varios países, entre ellos Italia, en la década del 70, los sindicatos ejercieron una fuerte presión para evitar los trabajos que de acuerdo con los métodos tayloristas y fordistas eran de carácter repetitivo, sin iniciativa, lo que conspira contra el desarrollo intelectual del trabajador (ver nota 45). Ello obligó a las empresas a intentar suprimir esa clase de tareas, para lo que se desarrollaron investigaciones a fin de reemplazarlas por procedimientos automatizados.

48 Ese hecho facilitó el avance de un proceso que, desde hace varias décadas se da en varios países, en especial en los que tienen un cierto grado de desarrollo económico. En virtud de ello, la actividad laboral requiere cada vez menos esfuerzo físico (peones)) y más de carácter intelectual (ingenieros). Respecto del problema planteado con motivo de la aplicación de las nuevas tecnologías blandas, ver nota 4.

en: a) lo económico, que se tradujeron a través de una inflación, recesión, déficits fiscales, mundialización del comercio, mayor competencia en los países industrializados, variabilidad de la demanda, un mayor impulso de la terciarización en la actividad económica, desarrollo del trabajo a domicilio que parecía que había desaparecido y que con la utilización de las técnicas informáticas volvió a ser útil [49]; b) lo tecnológico, en especial a través de la revolución que provocaron, entre otros, el desarrollo inusitado de la microelectrónica que introdujo necesarias modificaciones en la organización, intensidad, ritmo, duración de las tareas y composición de la fuerza del trabajo [50], la robotización, el uso de nuevos materiales y recursos energéticos en un nivel que antes no se había conocido; c) lo social, con una alta tasa de desempleo que no disminuyó, al contrario en algunos casos aumentó, de manera tal que el fenómeno dejó de ser coyuntural, para convertirse en estructural, con su impacto no sólo económico sino psicológico; la existencia de un mercado de trabajo segmentarizado; d) lo cultural, con la aparición de nuevas aspiraciones, valores generacionales distintos a los anteriores, algunos de ellos con alguna tendencia antisolidarista, marcadamente individualista y hedonista [51].

La crisis económica y en especial la de carácter cultural provocada por los cambios de los valores fundamentales de la vida, afectó la relación de trabajo y, por ende, al derecho que lo regula, muchos de cuyos institutos habían sido estructurados en función de lo que había ocurrido en otras épocas (alguna de ellas de esplendor) [52]. Como bien se ha afirmado,

49 Una de las características de las nuevas modalidades impuestas por el cambio de la tecnología (en especial la microelectrónica), es el trabajo "exteriorizado" que se realiza fuera de la fábrica y del control del empleador.

50 Cfr. WOLFANG LECHER, *Adaptación del movimiento sindical europeo a la situación de crisis económica: evolución de las formas de negociación y de los temas de acción*, "T.S.S.", 1984, 953 (958); ver autores indicados en nota 113.

51 Cfr. CHRISTOPHER LASCH, *The Culture of Narcissim*, N. York, 1979, ed Warner Brooks.

52 Cfr. TOMÁS SALA FRANCO, *Lecciones de derecho del trabajo*, Valencia 1987, p. 34; EFREN BORRAJO DACRUZ, *Introducción al derecho del trabajo*, 5ª ed., Madrid, 1988, p. 39, hace referencia a la crisis del derecho del

el derecho del trabajo ante los fenómenos "se conmueve", no "dispensa certeza" [53].

Esa situación de crisis que trastocó algunos cimientos de la convivencia y que en algunos casos se produjo en forma brusca, provocó una reacción. No sólo los sindicatos (en ciertos países decreció vertiginosamente su tasa de afiliación) trataron de obtener soluciones; a veces lo intentaron a través de convenios colectivos negociados a nivel internacional, como una medida para luchar contra un fenómeno de carácter global que excede los límites de los distintos países. Los propios empleadores vieron afectada la rentabilidad de sus empresas. Por su parte, los Estados luego de un amplio período de abstención en cuanto se refiere a su intervención en materia regulatoria laboral, consideraron necesario asumir un rol protagónico y arbitrar determinado tipo de soluciones. Éstas no siempre coincidieron con las propuestas por los interlocutores sociales (trabajadores y empleadores), lo que es lógico entender si se tiene en cuenta que ellas eran promovidas desde sectores interesados que no siempre adecuan sus ofertas al interés de la comunidad.

La política de convenios colectivos que durante los períodos de bonanza económica en algunos países de Europa se había caracterizado por una tendencia a la descentralización y aun a realizarse a nivel de empresa, de establecimiento, sufrió un cambio decisivo. Como una manera de activar medios de solución de la crisis, diversos estados asumieron un papel protagónico en la materia [54], convocando a los ac-

trabajo clásico que no da solución a las justas peticiones que se formulan ante nuevas circunstancias, distintas a las anteriores.

53 Cfr. JUAN ANTONIO SAGARDOY, *Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral*, en "Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo" (estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de derecho del trabajo al profesor Manuel Alonso Olea), Madrid, 1989, p. 261. Ante el cambio, el derecho no podía quedar incólume.

54 Al respecto, es ilustrativo el llamado Acuerdo Scotti, en Italia (año 1983) en que el Ministerio de Trabajo medió en la concertación, de manera tal que las partes no tuvieron contacto personal, cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El derecho del trabajo y las relaciones industriales en una época de crisis: el caso italiano*, en "L.T.", XXII-A-115.

Respecto al caso español, cfr. EFRÉN CÓRDOVA, *La experiencia española de concertación social*, "T.S.S." 1985, p. 897; JUAN C. LIVELLARA,

tores sociales a analizar en conjunto las posibles vías de solución a fin de desactivar el proceso de desempleo, una de las cuales es la de crear nuevos puestos de trabajo, entre otros a través de la "explotación de yacimientos de empleos" [55] y fomento de nuevas empresas.

Una de las soluciones que apareció como factible de estructurarse en forma rápida, fue la de eliminar ciertas restricciones de carácter jurídico y social, a fin de estimular el crecimiento económico, el del empleo y mejorar la competitividad de las actividades desarrolladas. En ese orden de ideas, algunos llegaron a la conclusión, siguiendo la experiencia de Estados Unidos y Japón, de que no siempre la política macroeconómica reduce el problema del paro, por lo que se hace necesario buscar otros campos de acción, entre ellos la flexibilización, la adopción de nuevas tecnologías y formas de organización [56]. Alguna de esas acciones, en especial las que propendían a mejorar la competencia a través de una mayor productividad, requirieron la puesta en función de equipos costosos que exigen una utilización intensiva, lo que trae aparejadas consecuencias sobre la relación laboral cuyas nuevas modalidades requieren que el cambio se realice a través de la negociación y el diálogo social; sin duda, la situación amplió el espectro de temas que deben ser resueltos por esas vías [57].

Las relaciones laborales en la actualidad española, "D.T.", 1987-B-311; ALFREDO MONTOYA MELGAR, *El pacto social de empleo y sus instrumentos jurídicos*, "T.S.S." 1984, p. 385; JULIO MARTÍNEZ VIVOT, *El acuerdo nacional de empleo* ("A.N.E."); *Una experiencia española con relación al desempleo*, "D.T.", 1982-B-819.

55 Cfr. SAGARDOY, op. cit. en nota 54.

56 Ídem.

57 En la Argentina, entre otras, por las razones a que hacemos referencia en nota 131, los temas regulados por los convenios colectivos fueron determinados en los del año 1975, en los que casi no se innovó en las prácticas anteriores, ver A.C.D.E.-A.D.P.A.-I.D.E.A., *Investigación sobre los convenios colectivos de trabajo en la República Argentina vigentes en 1975* (hay edición mimeografiada, octubre 1983). A partir de 1988 en que se restableció la práctica de los convenios colectivos, el panorama se mantuvo, lo que se explica, ya que en una época de fuerte inflación, como la que se dio en esos años, la principal preocupación es la de carácter salarial. Cfr. ALDAO ZAPIOLA y otros, Las *cláusulas de ajuste salarial en las nuevas convenciones colectivas de trabajo*, "D.T.", 1990-A-23 y p. 1097.

Esa mayor competitividad que se dio a nivel internacional, requirió modificaciones en las prácticas conocidas en las relaciones laborales; en algunos casos se trató de facilitar una nueva distribución del tiempo de trabajo, lo que lleva a que la vieja lucha por la reivindicación de la jornada cambie su objetivo: del *quantum* se pasa al cómo se distribuye [58].

Los empleadores ante esa situación presionaron para acomodarse a las nuevas circunstancias, lo que como es lógico de acuerdo con el criterio prevalente en ellos, los impulsó a adoptar algunas estrategias que tendían a liberarlos (total o parcialmente) del peso que imponía la nueva circunstancia. Una de ellas se refería a la reducción de los costos del trabajo (en Italia se produjo a través de una desactivación de los aumentos automáticos: la desindexación), así también como la adopción de nuevas figuras contractuales que reducen o hacen desaparecer ciertas rigideces. Es lógico que frente a una presión ejercida contra el empleador, éste trate de influir sobre los diversos factores que inciden en su campo de actividad, lo que puede obtenerse a través de la mejora de la tecnología empleada, la racionalización del proceso, la reducción de los precios de los insumos, entre ellos el del trabajo, o la calidad del producto (lo que en un régimen de competencia internacional no es fácil que sea un medio efectivo), reducir los impuestos que debe abonar, propósitos que no siempre pueden aplicarse con éxito.

La solución que resulta más fácil, la transferencia del mayor peso al precio que deben abonar los consumidores, no es factible en un mercado abierto a la competencia internacional [59]. El propio consumidor interno, salvo raras situaciones de carácter extraordinario, no admite abonar un importe mayor por un bien o un servicio que la competencia externa le ofrece en mejores condiciones de precio y calidad. Obviamente, el extranjero no está dispuesto a que se le trans-

58 Cfr. SAGARDOY, op. cit. en nota 53 (p. 269).

59 La misma, en especial en el ámbito de la industria, se amplía cada vez más. En las últimas décadas, la aparición de los nuevos países industriales del Este Asiático ha incrementado ese fenómeno.

fieran a él las consecuencias de la ineficiencia de la actividad económica de otro país.

Se ha destacado, no sin motivo, que a veces existen razones de peso que explican la necesidad de admitir "organizaciones productivas más flexibles que pueden convertirse en normales en el futuro" [60].

Con frecuencia, los distintos gobiernos han apoyado esas tendencias. Cabe hacer referencia a que algunas instituciones económicas internacionales, en especial europeas [61], se mostraron partidarias de la adopción de políticas liberales de ajuste, que dieran solución a los cambios profundos que se observaban como consecuencia de las estrategias que se utilizaban ante la creciente competencia en los mercados nacionales e internacionales, así como de poner en práctica ajustes estructurales a fin de alentar el funcionamiento de las leyes de mercado.

4. *Las soluciones propuestas*

A ese fin, se han utilizado varios instrumentos, entre ellos: a) el ajuste que se opera sobre un derecho del trabajo rígido, conocido como flexibilización y b) desregulación.

4.1. *Flexibilización.* Esta corresponde a las medidas que tienden a lograr adaptaciones respecto de las relaciones de trabajo, de la contratación, duración pactada, reglas de ejecución de la prestación, régimen salarial, cambio de condiciones anteriormente establecidas por vía legal a convencional colectiva, etc. Se intentó que algunos de esos objetivos

60 Cfr. MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO, *Derecho del Trabajo y concertación como instrumento de la política de empleo*, Monografías sociolaborales, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1982, p. 124.

61 Entre ellas, la O.C.D.E.; ver *La flexibilité du marché du travail*, París, 1989, p. 7. Por su parte, la O.I.T. mantiene una actitud más reticente y a menudo critica frente a las modificaciones de ajuste que se proyectan; ver *El mundo del trabajo en evolución*, "Memoria del Director General", 1986, pp. 29, 42 y 43; *Informes de la comisión de expertos de aplicación de convenios y recomendaciones*, "Informe III", (4, a), 1989, p. 19; JACQUES MONAT, *La flexibilidad del mercado de trabajo*, ed. mimeografiada por Confebask, s/fecha.

que se propusieron se lograran a través de nuevas formas negociales colectivas ya a nivel de empresa, sectorial o global dentro de la economía [62].

La flexibilidad, que no es un concepto unívoco, constituye una cierta capacidad para renunciar a determinadas costumbres y adaptarse a nuevas circunstancias [63], lo que requiere una disponibilidad para adoptar nuevas actitudes a fin de ajustar el comportamiento (ya individual o grupal) a las cambiantes situaciones que se presentan en el medio ambiente. En el campo de las relaciones laborales, la misma se expresa, entre otras, a través de la capacidad de reacomodamiento que se opera en el mercado de trabajo en función de los costos de la mano de obra [64].

Los acuerdos que se adoptan en función de ese ajuste, por lo común se refieren a un tipo de flexibilidad: a) numérica o externa, b) interna o funcional. La primera tiende a facilitar la adopción de contrataciones de acuerdo con figuras "atípicas" que se apartan del tipo elaborado según los criterios prevalecientes en el ámbito del derecho del trabajo clásico. Las mismas facilitan la concreción de las relaciones genéricamente designadas como precarias que tienden a disminuir las indemnizaciones debidas con motivo de la finalización de la relación concertada por un lapso determinado.

Por su parte, las medidas de carácter funcional tienden a lograr una mayor liberalidad a favor del empleador en el ejercicio del *ius variandi*, lo que suele compensarse

62 Cfr. ARTURO HOYOS, *La flexibilización del derecho laboral tradicional. Tendencias internacionales recientes*, en "Derecho Laboral", Montevideo, año XXX, Nº 147, julio-setiembre 1987, p. 519.

63 Ver informe DAHRENDORF, *La flexibilidad del mercado de trabajo*, Madrid, 1986 (el original: *La flexibilité du marché du travail*, "Rapport d'un groupe d'experts de haut niveau au Secretaíre Géneral", París, 1966, p. 6); FEDERICO DURÁN LÓPEZ, en "A.A.V.V.", *El ordenamiento legal español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, 1980, p. 99; ROBERT BOYER, *¿Flexibilidades defensivas... u ofensivas...?*, en *La flexibilidad del trabajo en Europa*, "A.A.V.V.", dirigido por R. Boyer, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1986, p. 277 y ss.

64 Cfr. JUAN J. DESCHSLIN, *Flexibilidad y Empleo*, "T.S.S.", 1987, p. 685; JULIO SÁNCHEZ FIERRO, *Los costos laborales en España y en la C.E.E.: ante una nueva política salarial como exigencia para la competitividad empresarial*, "T.S.S." 1987, p. 290.

con una mayor seguridad en el empleo (en los países de centro y norte de Europa, el despido es costoso, pero se admite un régimen de flexibilidad interna relativamente compensado)[65].

Dentro de esos ajustes se destaca lo referido al tiempo de trabajo; de un esquema rígido (todos los días, con el mismo horario), se pasa a uno flexible que admite disminución de días de labor que se compensan con el recargo de horas realizadas en otros. Además se acepta la existencia de redes de subcontratación. Se facilita la creación de empleos, aunque los mismos ofrezcan menos seguridad en cuanto se refiere a la estabilidad; según un político español en una expresión que revela una alta dosis de pragmatismo: "es mejor tener un empleo no efectivo (precario) que no tenerlo". La utilización de alguno de esos criterios facilita la ocupación de trabajadores a través de empresas que no siempre integran el sector estructurado, que incrementan la llamada economía sumergida que se practica tanto en los países económicamente desarrollados como en los que están en vía de ello [66]. No se trata de fomentar esa situación de anormalidad evidente desde la perspectiva del derecho del trabajo clásico, sino de dar una solución —por lo menos transitoria, mientras se ajustan las cargas a nivel global— frente a situaciones que se presentan y a las que la economía no parece darles un rápido, o por lo menos discreto, cauce. Como se analiza luego, el juicio crítico que se formule sobre las políticas que proponen tal tipo de adaptación a la realidad, debe tener en cuenta las posibilidades concretas de lograr formas más justas, más humanas de relaciones laborales, lo que no depende sólo de la voluntad, sino de que ello sea factible en la realidad.

La tendencia que ha mostrado el referido ajuste en la

65 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 3.

66 Esa realidad económica es designada de diversas maneras en los distintos países: "economía subterránea", "sumergida", "oculta", "irregular", "sector informal de la economía", "sector no estructurado", "cuarto poder", "sectores socialmente desprotegidos".

mayoría de los países, ha consistido en la política de facilitar que las partes regulen sus relaciones laborales a través de formas distintas a la típica del derecho del trabajo clásico (por ello se las denomina "atípicas") [67], que constituyen excepciones al contrato tradicional por tiempo indeterminado, estable. No es tarea fácil catalogar las nuevas formas que, por lo común, se refieren a relaciones que se establecen en razón de diversas pautas por un período fijado entre mínimos y máximos que establece la norma. Existen modalidades contractuales para jóvenes con o sin formación profesional y para trabajadores con dificultades especiales. También se han establecido figuras contractuales por tiempo parcial que facilitan la realización de tareas que tienen determinadas características que se adecuan a las necesidades de ciertos trabajadores (en especial de mujeres que deben atender las tareas familiares) [68]. Dentro de ese total de soluciones se pueden citar labores: a) de relevo del tiempo que queda disponible con motivo de haber adherido el trabajador titular, que reúne las condiciones de tiempo de servicio, al régimen jubilatorio anticipado (es una forma para crear nuevos puestos de trabajo); b) empleo compartido entre dos

[67] EFRÉN CÓRDOVA, *Del empleo total al trabajo atípico: ¿Hacia un viraje en la evolución de las relaciones laborales?*, "Rev. Internacional del Trabajo", vol. 15, Nº 4, octubre-diciembre 1986, p. 432. De este autor, ver *Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas*, ponencia en el XI Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Caracas, setiembre 1985), citó más de 30 modalidades de relaciones atípicas aplicadas en Europa. Por su parte, ANTONIO OJEDA AVILÉS, *Flexibilidad laboral y contratos de trabajo: tendencias recientes en Europa Occidental* (ponencia al 8º Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Relaciones de Trabajo, Bruselas, setiembre de 1989), se refirió a trece que habían surgido en Europa en los últimos años.

[68] En la Argentina no existen normas que impidan la realización de contratos por tiempo parcial, pero las disposiciones de seguridad social (en especial jubilatorias, y en la práctica también las de Obras Sociales), requieren que el aporte se realice sobre un mínimo, aunque el salario sea menor. Ver al respecto la crítica de JOSÉ ARMANDO CARO FIGUEROA, *Rigidez y flexibilidad en el mercado de trabajo argentino*, p. 69 y ss.

El proyecto de ley de empleo que se halla en trámite parlamentario en la Cámara de Diputados (junio de 1991; el Senado introdujo reformas al proyecto que remitió el P.E.N.) no contempla más que algunas nuevas figuras contractuales referidas, en especial, a los contratos por tiempo determinado, ver nota 114.

trabajadores que en conjunto realizan el horario normal; c) de solidaridad de un trabajador que admite reducir su tarea para que otro que reúne las condiciones prescriptas, pueda trabajar; d) contratos por tiempo intermitente, a través del cual el trabajador se compromete a estar a disposición del empleador (una especie de guardia pasiva), durante determinados días y horas dentro de éste [69].

Además de esas figuras, existen contratos de empleo de formación para trabajadores aunque hubieran superado la edad normal (juventud) que siempre se tuvo en cuenta para la capacitación, que de esa manera obtienen una oportunidad para insertarse en el mercado del trabajo a través de una nueva calificación profesional o de hábitos de trabajo (cuando han estado desocupados durante un largo período) [70]. También en el catálogo de soluciones arbitradas, se hallan las figuras contractuales para categorías especiales de trabajadores (desempleados de larga duración, trabajadores de cierta edad, mujeres, jóvenes) para realizar tareas de interés público o para satisfacer necesidades colectivas [71].

Completan el número de figuras atípicas los contratos de trabajo temporario que se concretan mediante la intervención de agencias de servicios eventuales en los que se produce una triangulación de las relaciones. Se trata de una forma contractual muy resistida en la mayor parte de los países e incluso en el nuestro [72]. Frente a la oposición ex-

69 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 12 y ss.; MANUEL ALONSO OLEA, *Las relaciones de trabajo ante la crisis económica y el cambio tecnológico: una primera recapitulación*, "T.S.S.", 1969, 673; ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Las respuestas del Derecho del trabajo a la crisis económica*, "Civitas" (Revista española de derecho del trabajo), Madrid, Nº 14, abril-junio 1983, p. 193.

70 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva.*

71 Ídem.

72 En Italia, España y Grecia, dicha figura contractual está prohibida. En Alemania, Bélgica, Francia y Portugal, está sujeta a reglas muy estrictas; en cambio la ley la permite en el Reino Unido e Irlanda, ver GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 27. En la Argentina, de acuerdo con lo que prescribe el art. 29, párrafos 1 y 2, "L.C.T.", la persona que recibe el trabajo es considerada como empleador, sin perjuicio de que el trabajador también pueda reclamarle el cumplimiento de las obligaciones laborales al tercero contratante que, junto con aquél,

presada por los sindicatos respecto de la admisión de estas figuras contractuales, las legislaciones que la admiten definen expresamente la relación entre las diversas partes, duración de la relación, necesidad de que exista una causa objetiva que la justifique, y la necesaria consulta con la representación de los trabajadores en la empresa [73].

En el balance de fuerzas entre el empleador y el grupo trabajador, a un mayor grado de flexibilización corresponde uno de mayor poder del empresario; en cambio, un mayor grado de rigidez laboral produce un incremento del poder del grupo de trabajadores (sindical) [74].

Lo que importa quizá no es tanto lo que cambia, sino el método que al efecto se utiliza [75]. En el ajuste que impone la flexibilización corresponde distinguir: a) qué es lo que cambia; b) cómo se realiza (quién lo dispone) y c) a cambio de qué se produce la modificación.

4.1.1. *Qué es lo que cambia.* En cuanto al primer interrogante, ¿cuál es la modificación?, la solución depende de las particulares circunstancias que vive cada comunidad. Parece evidente que resulta inconveniente mantener un solo tipo de contrato por tiempo indefinido, por la jornada total, que debe aplicarse a situaciones diversas que presentan particularidades especiales. Hace varias décadas en el ámbito de la doctrina del derecho del trabajo se hizo referencia a la "propiedad del empleo" por parte del trabajador, lo que, a nuestro juicio, fue desechado con razón, ya que no es factible mantener una inmutabilidad en una relación cuyos actores,

---

son solidariamente responsables. Se exceptúa el caso (art. 29, párrafo 3º) en que la empresa que ha proporcionado al empleado para que realice la prestación, ha sido reconocida por la autoridad de aplicación que, al efecto, ha establecido un régimen estricto (dec. 1455/85). No obstante ello, consideramos que el trabajador puede accionar contra la persona que recibió su prestación (arg. art. 30, "L.C.T."). Ésta puede reclamarle el pago realizado al contratista de servicios temporales.

73 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 27 y ss.

74 Cfr. JUAN A. SAGARDOY BENGOCHEA, *Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales en España*, "T.S.S.", 1987-673.

75 Ídem.

por su propia naturaleza, viven una situación de tránsito (lo hacen en la vida en la que no son permanentes, eternos). Lo importante es que cada ser humano tenga la posibilidad de hallar un empleo a través del cual pueda desarrollar su capacidad para dominar la naturaleza, lo que no sólo hace referencia a la percepción de un ingreso que le permita mantener un nivel propio y familiar decoroso, sino también, y fundamentalmente, el desarrollo de su papel de sujeto protagonista de la historia que, al realizar su tarea, sea a través de una figura de trabajo dirigido o autónomo, compromete su vida psicológica, moral, no sólo física.

De acuerdo con ello, resulta evidente que no basta asegurar las relaciones de carácter contractual que vinculan a empleados y empleadores, que ha sido el ámbito tradicional del derecho del trabajo, para asegurar que aquéllos puedan lograr una ocupación. Se explica así que el centro de la cuestión se desplaza hacia la política de empleo, o sea del ámbito de la empresa al de la comunidad global que, en definitiva, es la que puede crear las condiciones para incrementar el número de puestos de trabajo.

Parecería que ya no se trata sólo de asegurarle un ingreso al desempleado, cometido que tradicionalmente constituyó uno de los objetivos de la seguridad social; se requiere que la comunidad se preocupe para crear condiciones que aseguren la posibilidad de que quienes tienen disponibilidad y aptitud para desarrollar una tarea capaz de producir bienes y servicios [76], puedan hacerlo. Ello exige no sólo promocionar el número de puestos de trabajo, sino también facilitar la formación técnica de quienes aspiran a incorporarse al mercado del trabajo, así como de quienes ya lo inte-

76 Cabe destacar que lo que interesa desde el punto de vista social, es que la prestación que se realiza a través de un empleo tenga un auténtico sentido productivo, en cuanto significa un aporte real al servicio de provisiones de la comunidad, o sea, que entre el costo de la elaboración del bien o servicio y su precio real (no subsidio), haya una diferencia que permita una justa remuneración de los diversos factores que han intervenido. De lo contrario, se trata de un subsidio o una manera de disfrazar una prestación de desocupación que encubre la existencia de recursos ociosos (entre otros, el trabajo humano invertido) que podrían ser utilizados para producir otros bienes o servicios.

gran y, en especial, de los que han sido desplazados del mismo a veces por la utilización de nuevas técnicas, a los que la comunidad debe brindarles la oportunidad de obtener una recalificación profesional. Es éste un ejemplo del desplazamiento de la centralidad de la cuestión que afronta ahora la sociedad como una consecuencia de los desafíos que se lanzan sobre ella.

El criterio de justicia que ha de regular esa relación no sólo debe tomar como parámetro lo físico, lo económico (elementos fundamentales sin duda), sino también lo moral, psicológico, toda vez que el intercambio que se opera a traves de una relación de trabajo, se realiza entre seres humanos, por lo que todo lo que los define a éstos, no sólo una parte, debe ser tenido en cuenta. Con razón se ha considerado que en esa relación no se alcanza un nivel de justicia con sólo asegurar al trabajador un buen ingreso, si en esa actividad queda comprometida su responsabilidad psicológica, moral, que le cabe como sujeto, protagonista de la historia, no como una cosa, un objeto [77].

Al diseñar las nuevas figuras de la relación de trabajo que han de reemplazar a la que elaboró el derecho clásico, no sólo debe tenerse en cuenta el balance propio de un intercambio económico, sino también el de carácter humano que se integra con otros elementos. En esa tarea, el jurista no puede olvidar que la acción que el hombre realiza a través del trabajo presenta una doble faz: objetiva y subjetiva [78]. A través de la primera, mediante su acción se propone producir bienes y servicios destinados a integrar el acervo de provisiones a disposición de la comunidad. La integración de éste, así como su distribución, requiere firmes pautas de justicia.

[77] JUAN XXIII en *Mater et Magistra*, "M.M.", Nº 83, ya citado, destaca esa realidad que hace referencia al aspecto subjetivo del trabajo (su subjetividad creadora), que realiza o destruye al hombre. En el mismo sentido, ver JUAN PABLO II, *Laborem exercens*, "L.E.", Nº 6; Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, en "Tratado de Derecho del trabajo", t. I, Nº 4, a 9, p. 39 y ss.

[78] Ver documentos indicados en nota anterior.

Pero la acción del hombre no se limita a ese aspecto, ya que a través de ella es el propio ser humano el que actúa con la totalidad de su ser. En el trabajo no sólo, a través de su esfuerzo, produce bienes y servicios, sino que realiza una acción que repercute en su vida psíquica, moral y física (que no puede dejar de contemplarse). A través del trabajo, el hombre no sólo co-construye el mundo que habita (a veces lo destruye), sino que también a través del mismo, edifica o aniquila su personalidad [79]. No en vano, en 1931, Pío XI destacaba la paradoja del mundo moderno: mientras que el hombre a través de su trabajo (hacía una expresa referencia a la actividad industrial, aunque la situación también es válida para otras tareas) perfecciona la materia prima, la tarea que realiza, con frecuencia, lo deteriora a él como ser humano [80].

A través de esa rica gama de posibilidades que el cambio impone, debe procurarse que ello no lesione la persona del hombre que trabaja, su vida psicológica, su responsabilidad moral, la posibilidad de que finalizada su actual relación, pueda hallar una nueva con la que satisfaga su legítima aspiración de seguridad. Si bien ésta no puede ser absoluta (para siempre y frente a todas las contingencias), el empleado, ante el enigma que la vida futura le presenta, debe saber que cuenta con el apoyo de la comunidad que no le puede garantizar la conservación de una ocupación determinada, pero sí la posibilidad, librada al ejercicio de su responsabilidad personal, de hallar una proporcionada a su capacidad técnica como productor. El nuevo aspecto de la seguridad no consiste en que la misma se logre a nivel de una empresa, sino de la comunidad que le brinda la oportunidad de obtener un ingreso suficiente para cubrir los gastos per-

79 A través del aspecto objetivo de su trabajo, colabora en la obra creadora de Dios, en cuanto interviene en la tarea de desarrollar las potencialidades del mundo (escenario de la vida terrenal del hombre). El aspecto subjetivo del trabajo corresponde al impacto que este produce en la vida del hombre que lo ejecuta. Si facilita el desarrollo de su subjetividad creadora (lo realiza como personal); de lo contrario, lo deteriora.

80 Ver *Quadragesimo anno,* Nº 135 in fine. La situación descripta corresponde a una consecuencia (en el caso negativo) del aspecto subjetivo del trabajo.

sonales y familiares que le exige una vida digna y decorosa, como así también satisfacer sus necesidades de desarrollo humano (psicológico, moral).

Creemos necesario poner el acento en los diversos aspectos de la tarea que la realidad actual le impone al jurista; no sólo debe atender a las formas externas de la relación (que operan en una amplia diversidad)[81], sino también si ella se acomoda a su realidad humana o sea si le permite la satisfacción de sus necesidades propias y familiares (nivel de vida), y de carácter psicológico, moral, espiritual a través de las cuales el hombre se construye a sí mismo (género, calidad de vida). Con ello se cumple la doble finalidad del trabajo en sus aspectos ad extra, objetivo (construye el mundo) y ad intra, subjetivo ("realiza" la persona del que lo ejecuta).

Es indudable que satisfacer esas necesidades requiere un marco que supera el aspecto individual de la relación (indispensable y fundamental sin duda), en cuanto le compete a la comunidad global asumir el rol de crear las condiciones tanto materiales como inmateriales, para que el aspecto laboral de la convivencia pueda realizarse en un clima de justicia que también implica el reconocimiento de la dignidad de las personas que intervienen en la relación, de manera tal que sus legítimas aspiraciones puedan ser satisfechas.

La pregunta respecto a qué es lo que cambia no se refiere exclusivamente al aspecto exterior; incluye también el modo mismo de la relación que se da entre seres humanos, por lo que, aparte de la faz vinculada con lo organizativo económico, también debe tenerse en cuenta las consecuencias de carácter moral, psicológico que aquélla produce.

Además, cabe preguntarse el tiempo que insumirá el proceso de cambio. Dado que éste no sólo se refiere a aspectos cuantitativos externos al hombre, sino de algunos cualitativos que dependen de la consideración de éste e influyen en su persona, normalmente es lento. No sólo se trata

81 Ver al respecto los autores citados en nota 67.

de modificaciones de horarios, de técnicas, a veces de relocalización del lugar de trabajo, de reconversión del proceso productivo y de las tareas que desarrolla el empleado, sino también disponer medidas que afectan al grupo (despidos, suspensiones) que no es fácil adoptar en corto tiempo.

Como todo cambio supone como presupuesto básico uno de mentalidad, es lógico que se presenten serias resistencias —algunas justificadas, otras no—, en tanto se propone la redistribución de cargas, la imposición de algunas nuevas, la modificación de hábitos, todo lo cual sólo se logra con el transcurso del tiempo.

4.1.2. *Qué mecanismos se utilizan para el cambio.* El segundo aspecto se refiere a los procedimientos a través de los cuales se puede elaborar el diseño de figuras jurídicas que faciliten nuevos modos de relación laboral, a través de las cuales los hombres podamos no sólo ganar un sustento digno, sino también hallar un ámbito adecuado para lograr un crecimiento de nuestra vida espiritual, psicológica y moral.

Varias son las formas que pueden utilizarse. Una técnica adoptada por el derecho del trabajo (en su segunda etapa), fue la de instrumentar a través de la ley un ordenamiento jurídico que intentó corregir ciertas inequidades que se daban en la realidad y asegurar mínimos inderogables. Como lo hemos recordado, por vía de ese mecanismo se estableció una única figura —tipo de relación laboral que se imponía a quienes concertaban un negocio de esa índole—.

Aunque la norma legal es una vía más rápida y cómoda, actualmente, frente al cambio de las circunstancias, puede resultar ilusoria en cuanto a sus efectos. Quizá solucione los problemas de las empresas, pero a costa de un empeoramiento de la situación general, al incrementar el desempleo, o por lo menos, la situación de inseguridad de quienes pierden su ocupación en un momento en que disminuye la posibilidad de encontrar uno nuevo. Por otra parte, no siempre el legislador está dispuesto a crear o a enfrentarse a

situaciones de ese tipo. Sin duda, el cambio, como lo hemos indicado, requiere un proceso similar de mentalidad para comprender y dar una solución, por lo menos aceptable, al desafío que la situación plantea. Ello no sólo requiere tiempo, sino también una comprensión de las circunstancias que no siempre se modifican como consecuencia de la sanción de leyes.

En las condiciones actuales ese procedimiento, que no cabe desechar en su totalidad, no resulta del todo eficaz. Por otra parte, es otro el rol que corresponde asignarle a la norma estatal, ya que no se trata de fijar una sola figura contractual, sino de abrir un abanico de posibilidades a través de las cuales las partes —en especial el empleador que es el que normalmente toma la iniciativa—, puedan elegir la que más les conviene frente a las nuevas circunstancias que se presentan.

Estimamos que a fin de lograr un ajuste de la relación de trabajo, la norma estatal debe reducir su objetivo a fijar varias alternativas por las que se puede optar, cuyas concretas determinaciones deben ser fijadas a través de la negociación colectiva entre los interlocutores sociales (sindicatos y empleadores) [82].

Consideramos que uno de los temas fundamentales a fin de hallar pistas de solución al problema planteado respecto del necesario reajuste del criterio adoptado por el derecho de trabajo clásico, es el de tonificar la negociación colectiva, no sólo en su aspecto institucional, sino especialmente en el dinámico [83]. Frente a la tendencia que se manifiesta como

82 Parecería que esa es la experiencia que surge de la adopción de las políticas de flexibilización en los países de Europa luego de un período de acomodamiento, fruto de arduas negociaciones tripartitas (ambos sectores sociales y el Estado), ver cap. Nº 5, texto y notas 107 y 114.

83 OTTO KAHN FREUND, *Il lavoro e la legge*, Roma, 1972, p. 84 y ss., entre los métodos de negociación colectiva, distingue: *a*) dinámica - institucional y *b*) estática - contractual. Mientras que esta se pone en funcionamiento cuando se celebra un convenio colectivo, la primera se mantiene constantemente en vigencia a través de la creación de órganos permanentes de estructura bilateral que tienen a su cargo el análisis y toma de decisiones respecto de las cuestiones que se presentan diariamente, así como de la reforma de las condiciones de trabajo que se adoptarán en el futuro.

un signo del proceso de participación, esa vía ofrece una mejor alternativa para —a través de un diálogo entre partes que cuentan con la suficiente capacidad, aquilatada por su experiencia— que se expresen y defiendan los intereses que representan los interlocutores sociales, sin que exista un marcado desnivel de poder que permita que uno de ellos imponga las condiciones. En un esquema de esa índole, las soluciones que se alcancen dentro de las perspectivas de toda negociación que siempre se halla condicionada por las circunstancias propias de cada caso, pueden ser el fruto de un consenso que siempre cuesta obtener, pero que permite hallar cauces equitativos para lograr una convivencia y, si los hay, beneficios que se produzcan.

En este terreno creemos que conviene destacar, aunque ello de suyo no corresponde a un mecanismo para hallar soluciones concretas, la necesaria acción que debe realizarse a fin de lograr la modificación de las pautas prevalentes de carácter cultural en la comunidad. Nos referimos concretamente al estilo de vida común y valores que admite cada una de aquéllas y que constituyen el elemento básico según el cual cada hombre le asigna un sentido al hecho de usar y servirse de las cosas, de trabajar, de expresarse, adoptar comportamientos en su relación frente a los otros, establecer leyes, instituciones jurídicas, desarrollar la ciencia, las artes, cultivar la belleza, practicar la religión [84].

Existen varios criterios básicos con incidencia en la vida social según los cuales, el otro —persona individual o grupo—: a) es un enemigo al que, como condición para poder vivir en un clima de justicia, se debe destruir; b) alguien con quien se debe competir sin que importe el modo, el mecanismo que se utilice, sino sólo el triunfo que se debe obtener; c) un hipotético comprador de lo que se produce, a quien debe convencerse de la bondad de lo que se vende, con prescindencia de si ello es bueno o malo para él; d) un hermano con quien debe compartirse la existencia.

84 Ver "Vaticano II", *Gaudium et Spes,* Nº 53.

Cada una de esas formas de relación supone la existencia de distintos valores que actúan como elementos básicos de la vida comunitaria, en función de los cuales se les da una interpretación diversa a los factores de orden social, político, moral, psicológico, económico, tecnológico y, en especial, a los que están vinculados a la virtud de la justicia y al concepto de bien común, que inciden en forma decisiva en la estructura de las relaciones que se consideran normales.

Si se intenta modificar la malla de relaciones humanas, en el caso referidas a las de empleado-empleador-organizaciones profesionales-comunidad, es indudable que se impone darles otro sentido a algunos criterios que actúan como elementos básicos y orientadores de la vida social. En el caso que analizamos, entre otros, parece fundamental partir de una concepción de lo que es el hombre que trabaja y, en consecuencia, de la acción que realiza junto con otros para producir bienes y servicios que deben estar a disposición de la comunidad, así como de aquéllos otros con quienes colabora en ese quehacer y de los que han de ser los receptores del servicio prestado. De acuerdo con ello, no sólo tiene importancia decisiva el procedimiento a través del cual se determina el cómo se debe realizar la tarea, sino también y fundamentalmente, el sentido de la finalidad de la misma, lo que especifica la índole de la relación de trabajo.

4.1.3. *A cambio de qué se produce la modificación.* Una cuestión fundamental se relaciona con el tercer interrogante planteado. ¿Para qué un nuevo orden laboral?

Sin duda no basta una simple promesa para que la compensación por la renuncia que se hace se obtenga en el futuro; las urgencias perentorias de la vida no siempre permiten aceptar propuestas de ese tipo. Por otra parte, la situación de catástrofe que se puede producir si no hay cambios, en todo caso, no puede ser un motivo válido para que el costo lo cargue sólo el trabajador que pierde su empleo. Se requiere que la comunidad global arbitre soluciones compatibles con la situación, sin duda grave, que exige un cambio

de suyo doloroso y muchas veces heroico. En esa emergencia se impone una justa distribución de las cargas y ventajas que se obtengan a nivel de la comunidad global que se ve enfrentada a ese flagelo, a lo que deben contribuir quienes no sufren el daño de perder su empleo.

Consideramos que se impone un modo de contraprestación de tipo personal que se financie a través de mecanismos ya de orden fiscal de control del gasto público, así también como del reordenamiento del trabajo disponible (quizá prohibición del pluriempleo, realización de horas suplementarias, etc.), recalificación profesional a fin de brindarles a los desplazados no sólo una compensación económica que les permita subvenir durante un período durante el cual no lograrán un nuevo empleo, sino también y fundamentalmente, la posibilidad de mejorar su calificación profesional a fin de no quedar tan expuestos a la situación de crisis (a veces, es esa la única posibilidad para lograr un nuevo empleo).

Otro tipo de mecanismo puede ser en el nivel institucional, a través de un reparto del poder ya dentro o fuera de la empresa [85]. El que se logre o no ese reordenamiento social, es la clave para que se cumpla el fin primordial del derecho del trabajo: la paz social que es obra de la justicia, a través de un nuevo equilibrio entre los intereses de los poderes político, económico y social.

Cabe hacer mención respecto a esta tercera pregunta referida al proceso de cambio, si el derecho del trabajo concebido como regulación de las relaciones entre los actores del proceso económico, a fin de dar cauce a la concreción de criterios menos rígidos, más flexibles, debe dejar de lado la identidad que lo caracterizó desde que se estructuró como una nueva rama jurídica. Como lo hemos indicado, él mismo desarrolló algunos de sus institutos tomando como centro el principio protectorio. En algunos aspectos, se apartó de los criterios admitidos por una concepción individua-

[85] Cfr. JUAN A. SAGARDOY BENGOECHEA, *Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales en España*, "T.S.S.", 1987-673, p. 681.

lista que prevaleció durante la primera etapa del proceso fáctico que se produjo como consecuencia del influjo provocado por la revolución industrial, así como la de carácter cultural que se dio a fines del siglo XVII y principios del XVIII.

De acuerdo con ese "derecho nuevo", toda regulación jurídica que rige las relaciones entre las partes que conciertan un contrato de trabajo, debe tener en cuenta la situación de desigualdad de éstas. Por ello, establece parámetros que impiden abusos por parte del que tiene más fuerza y, por lo tanto, puede imponer las condiciones del trato.

Ante el cambio de las circunstancias tanto de orden social, político, económico, tecnológico, dentro de las que se da esa relación, tiene pleno sentido la modificación de ciertos criterios básicos en virtud de los cuales se estructuró esa rama jurídica. Ello en modo alguno, a nuestro juicio, significa que deban ser abolidas y privadas de vigencia práctica las consecuencias más inmediatas que surgen del principio protectorio. En otras palabras, si el esquema de la relación puede retrotraerse al que regía durante la primera etapa del derecho del trabajo (en el que sus institutos eran los propios del derecho civil), o sea el que surgió como consecuencia de la libertad que ejercía (en el plano teórico, no efectivo) cada parte de la relación.

No cabe negar que esa actitud es propuesta por algunas corrientes. Al efecto, se aduce que ello es conveniente ante los obstáculos que se presentan en razón de no hallarse canales rápidos de solución para lograr una adaptación equilibrada de la fuerza de trabajo con los requerimientos de la empresa en un mundo competitivo (en cambio acelerado, antes no conocido, que requiere prontas respuestas a las fluctuaciones del mercado). Esa solución tendería a evitar el bloqueo que puede provocársele a la dirección de la empresa moderna que, por el contrario, requiere una gran libertad de acción. Es indudable que el rol del empresario-empleador es optimizar la productividad y la competencia, recaudos indispensables para preservar la viabilidad de la

empresa y su capacidad para competir; esto en cierta manera resulta clave para, a través de la iniciativa, crear condiciones de empleo y bienestar para la comunidad [86]. Estimamos que de ello no debe seguirse como una consecuencia obligada que debe restituírsele al empleador una libertad de acción tal que implique, como condición, la supresión absoluta de las normas que regulan la relación, de manera tal que se vuelva "a los principios verdaderos de la economía de mercado", que facilitan el funcionamiento del "libre juego de las fuerzas que lo integran" [87].

A través de esa corriente de opinión se intenta restituirle al empresario la situación que, de hecho, ejerció durante la primera etapa del desarrollo del derecho del trabajo y aún durante la segunda, en tanto ese proceso no se tradujo en disposiciones tales que significaran una supresión o, por lo menos, disminución apreciable de su capacidad de iniciativa que, sin duda, constituye su aporte indispensable al bien común.

La cuestión se plantea entre posiciones que parecería que sólo pueden adoptar soluciones decididamente antagónicas. Una de ellas afirma que el progreso en el aspecto económico que posibilita la creación de empleos, sólo puede hallarse a través de la liberación absoluta de la capacidad de iniciativa del empleador de toda restricción y de la extinción de las normas básicas que regulan la relación de trabajo. De lo contrario, se aduce que la empresa queda imposibilitada para cumplir su fin dentro de un nivel aceptable, que es fundamental para la comunidad.

Creemos que cabe atemperar esos presagios agoreros. Lo que ocurre es que el mundo ha cambiado, se impone un "aggiornamento". La dirección de la empresa que supone una capacidad de iniciativa, debe ejercerse dentro de condiciones distintas a las que de hecho rigieron en épocas ante-

86 Ver: *Por un más dinámico y efectivo mundo de trabajo mejor adaptado a las necesidades de todos, Organización internacional de empleadores,* "T.S.S.", 1987, 201.

87 Idem.

riores. La misma no puede desconocer el derecho del trabajador, integrante de la "sociedad de personas" que constituye la empresa [88], a participar en la misma, pues ello está insito en su naturaleza humana que requiere que la actividad que desarrolla no lesione su dignidad como persona que se expresa a través de su acción (que no es una cosa). Por otra parte, con el grado de desarrollo social actual que ha alcanzado nuestra civilización, el ejercicio de la gerencia empresaria no debe realizarse en forma autocrática. Debe serlo en diálogo con la representación de los trabajadores, así como en otro orden lo hace con la del capital que ya no pertenece a una sola persona o grupo, sino que está diseminado en una gran cantidad de titulares nacionales y extranjeros, así también como con la de los representantes de los proveedores y, en algunos casos, también de los consumidores.

El problema consiste en hallar modos operativos eficientes de diálogo a través del cual deben diseñarse las pautas que han de regir las relaciones de trabajo. No se trata de que una parte, en razón de sus intereses propios, imponga a la otra las condiciones del trato. Ambas, dentro de un marco en el que también juegan los de otros sectores que integran la comunidad global (la que adquiere características especiales en razón del fenómeno de la mayor interde-

88 Ver JUAN PABLO II, *Centesimus Annus* "C.A.", Nº 43. Con anterioridad la Doctrina Social de la Iglesia hacía referencia a una "comunidad de personas", a la que también hace mención "C.A.", Nº 35; Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *La empresa como comunidad de personas, su aporte al derecho del trabajo,* "L.T.", XXVII, p. 385.

Tanto una como otra denominación destacan el aspecto del aporte que hace el trabajador a la empresa, que no consiste en algo que le es exterior, sino su propia vida. Si en la realidad fáctica se lo mantiene como un simple aportante de un insumo (que a veces se lo reduce al papel de cosa), es indudable que se lo desmotiva, al tiempo que se desconoce su subjetividad creadora. Ello conspira contra una buena relación, lo que trae aparejadas lógicas consecuencias.

Estimamos que es un error considerar que la empresa sólo es una sociedad de capitales, pues éstos, por sí, no tienen capacidad para crear bienes y servicios. Son un factor de la producción que forzosamente requiere de la referida subjetividad creadora del hombre, sea que su rol se desarrolle dentro del ámbito de la concepción, organización, dirección, supervisión o simple ejecución de las tareas, aún las más simples, pero necesarias para la producción de los bienes y servicios que constituyen uno de los objetivos de la empresa. Por lo tanto, esta es una sociedad de personas que aportan distintos factores: el trabajo (en sus diversas modalidades), capital y tierra (concebida como un don de la naturaleza).

pendencia de personas y grupos), deben negociar soluciones que se hallen en armonía con el bien común.

Uno de los hechos que aparecen como signos de los tiempos se refiere a la relatividad de las categorías jurídicas que se usan, así como de las estructuras mentales y culturales; es necesario concebir al derecho del trabajo no en términos de una estática jurídica, sino en los de una dinámica que se desarrolla dentro de un contexto socio-cultural-económico que le da pleno sentido a esa, como a las demás ramas del derecho [89].

Dentro de la problemática que impone el ajuste de la relación laboral a los requerimientos actuales, cabe distinguir entre los diversos aspectos de la flexibilidad según que el procedimiento a través del cual se programan las decisiones que deben adoptarse al respecto lo sean por: a) el empleador; b) el Estado; c) los propios interlocutores sociales; d) entre éstos y el Estado a través de los llamados pactos sociales [90].

El llamado derecho de la emergencia a través del cual se intenta adecuar la relación laboral a las circunstancias del mundo actual, implica admitir un cambio en el reparto de roles que se opera a través de la negociación individual (real o ficticia), colectiva y de la legislación estatal. Parecería que el nivel óptimo para ello lo constituye la vía del convenio colectivo en su versión dinámica [91], a veces condicionada por pautas establecidas a nivel global (con la intervención del Estado) o sectorial que se desarrolla dentro de un concepto de negociación articulada que permite el ajuste de lo pactado a las particulares exigencias del establecimiento, empresa y sector [92]. De esa manera se facilita

89 Cfr. JUAN C. J. JAVILLIER, *Ordenamiento jurídico, relaciones profesionales y flexibilidad. Enfoques comparativos e internacionales*, "T.S.S.", 1987, p. 3 y ss.

90 Idem.

91 Ver nota Nº 83.

92 Cfr. FERNANDO VALDEZ DAL RE. *Flexibilidad y condiciones de trabajo*. "Rev. Claridad", Nº 17, Madrid, 1987; TOMÁS SALA FRANCO, *Flexibilidad del mercado de trabajo en España*, ponencia en el Congreso organizado por la Fundación F. Ebert, Granada, 1986; *Lecciones de derecho del trabajo*, Valen-

un proceso de "despositivización" que aún admite la reforma peyorativa de las condiciones que establece la ley a favor del trabajador, cuando a cambio de ello se obtienen otras ventajas que no podían concebirse hace algunas décadas [93]. El ajuste que se opera a través de la negociación colectiva de concesiones, no sólo consiste en recíprocas ventajas [94] que se refieren a cuestiones de una misma naturaleza (remuneraciones, horas de trabajo), sino de diversa índole: condiciones de trabajo a cambio de mayor seguridad en el empleo, seguridad sindical que implica un mayor control, etc. Se insinúa así un modelo alternativo de flexibilidad mucho más matizado [95].

El futuro del derecho del trabajo, por lo menos en cuanto se refiere a establecer criterios básicos que facilitan el ajuste de las regulaciones a las condiciones reales del mercado influido por circunstancias de orden social, político, económico, tecnológico, parecería inclinarse más hacia el diálogo entre los interlocutores sociales que por la vía legal (sin perjuicio de lo imprescindible de ésta, ya en determinadas comunidades globales o en sectores en que la representación del trabajo no tiene la suficiente fuerza para negociar en un pie de igualdad)[96]. Mientras que ésta facilitó un

cia, 1987, p. 34 y ss.; *El debate sobre las políticas de flexibilidad laboral y el derecho del trabajo*, "L.T.", XXXVI, p. 336.

93 Cfr. TOMÁS SALA FRANCO, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, p. 35.

94 De acuerdo con ese procedimiento que los franceses designan como "donant-donat", y los anglosajones "concession bargaining", se da algo a cambio de algo que se recibe. No se trata de la dejación de un derecho, sino de una adecuación de las respectivas partes sociales; ver nota 121.

95 Cfr. TOMÁS SALA FRANCO, *El debate sobre las políticas de flexibilidad y el derecho del trabajo*, "L.T.", XXXVI, p. 336.

96 Cfr. JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *El futuro del derecho del trabajo*, "D.T.", 1989-B, p. 1471; *Realismo y principios jurídicos en el derecho del trabajo*, "D.T.", 1988-B, p. 1908; JUAN C. LIVELLARA, *Reflexiones sobre el presente y el futuro del trabajo argentino*, "D.T.", 1989-B, p. 1101; JULIO MARTÍNEZ VIVOT, *Evolución y tendencias recientes de las ideas sobre la función del derecho laboral*, "D.T.", 1988-B-1703; *Estado actual del derecho laboral en Argentina*, "T.S.S.", 1988, p. 778; AMÉRICO PLA RODRÍGUEZ, *Reflexiones sobre los convenios colectivos en una época de crisis*, "D.T.", 1989-A, p. 167; *Reflexiones sobre la defensa del salario en una época de crisis*, "D.T.", 1982-A, p. 381; CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA, *Nueva visión de la tutela de las relaciones laborales en momentos de crisis*, "D.T.", 1983-B, p. 935; OSCAR

garantismo individual, existen anuncios de que hoy se muestra como más conveniente un "garantismo colectivo" [97].

4.2. *Desregulación.* Esta es la otra solución que se plantea, mucho más radical. Consiste en la supresión de las diversas normas que tienden a establecer parámetros dentro de los cuales debe desarrollarse la relación laboral. Es un intento de que la regulación de ésta debe determinarse libremente entre las partes, sin limitación por disposiciones de orden público laboral [98]. Por lo tanto, no se trata sólo de una reducción de rigideces de la figura clásica a fin de facilitar una mayor competitividad, adaptación a las circunstancias del mercado y de la tecnología, una forma de compartir el trabajo escaso, evitar abusos, sino volver a la técnica utilizada durante la primera etapa del desarrollo del derecho del trabajo en el cual la configuración del trato, no obstante la disparidad de fuerzas que existía entre las partes, se dejó librada al libre juego de las respectivas voluntades.

Queda clara la diferencia que existe entre flexibilizar y desregular. A través de ésta, no se intenta formular una revisión correctora para enmendar rigideces, sino la supresión de las actuales pautas (constituidas por las normas de orden público laboral), a fin de dejar librada la determinación de las reglas del trato a las partes de la relación individual de trabajo en el juego de la oferta y de la demanda en el mercado. A través de esa técnica se exalta el papel de la autonomía de la voluntad del trabajador, por una parte, y

---

ERMIDA URIARTE, *Las relaciones de trabajo en América Latina,* "D.T.", 1988-B-1265; *Panorama y tendencias de las relaciones de trabajo y el derecho laboral en América Latina,* "T.S.S.", 1988, p. 577; JOSÉ A. CARO FIGUEROA y ADRIAN GOLDIN, *El futuro de las relaciones de trabajo en la Argentina,* "T.S.S.", 1988, p. 193.

97 Cfr. GINO GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni 80,* en "D.L.R.I., Nº 15, año 1982, p. 389; MANUEL ALONSO OLEA, *Relaciones del trabajo ante la crisis económica y el cambio tecnológico: una primera recapitulación,* "T.S.S.", 1989, p. 673.

También se hace mención del paso de un "garantismo legal" a uno "contractual colectivo".

98 Cfr. HUMBERTO A. PODETTI, *Panorama actual del derecho del trabajo,* "L.L.", 1989-B, sec. doctrina, p. 893, (Cap. III).

por la otra, del empleador (a veces integrante de un fuerte grupo económico) que, sin duda, no cuentan con fuerzas similares para entablar el diálogo que supone toda relación. Se rechazan las protecciones legales en una tendencia a lograr una cierta "reprivatización" del mercado del trabajo [99].

De acuerdo con esa técnica, el derecho del trabajo concebido como la regulación de las relaciones individuales, pierde su identidad que está dada por el principio básico protectorio. A través de éste se trata de encauzar aquéllas, asegurando —con prescindencia del poder de cada una de las partes— un mínimo de equidad que asegure el reconocimiento de la dignidad del hombre que trabaja, cuya actividad, objeto de la relación, no puede ser considerada como una mercadería. Respecto al juicio que nos merece esta tendencia, nos remitimos a lo afirmado en 4.1.3.

Es evidente que el Estado, gerente del bien común, en esta nueva etapa del Derecho del Trabajo no puede dejar de cumplir con su función, que no necesariamente significa —cuando ello es necesario— que sólo deba introducir un esquema rígido a fin de fijar pautas mínimas de cumplimiento obligatorio en la relación laboral, sino también disponer medidas que tonifiquen a los grupos a fin de que, a través de un diálogo que equilibra sus fuerzas, se establezca una relación armónica. Sin duda, no se trata tanto de la intervención del Estado creador de normas, sino de su actuación a fin de facilitar el acuerdo entre las partes a través del convenio colectivo o de los pactos tripartitos; en otras palabras, lo que se le requiere no es tanto una acción que intenta disponer medidas concretas, sino facilitar las condiciones del diálogo entre los interlocutores sociales y al mismo tiempo, ejercer un control en defensa del bien común [100].

De acuerdo con el rol propio que le compete al Estado en el ejercicio indelegable de la gerencia del bien común

99 Cfr. JUAN A. SAGARDOY BENGOECHEA, *Anotaciones críticas sobre las relaciones laborales en España*, "T.S.S.", 1987, p. 673 (p. 680). El autor hace referencia a un "derecho del trabajo flexible" y no a un "derecho flexible del trabajo".

100 Esas son las funciones que le competen como gerente del bien común.

o sea, de la creación de condiciones externas que, dentro de la comunidad, faciliten el pleno desarrollo de las personas que la integran, creemos que el mismo no debe adoptar una actividad de abstención total. Por supuesto, dadas las nuevas condiciones sociales y el desarrollo de la actividad sindical, no parece conveniente que el Estado se arrogue el papel de único elaborador de la norma laboral. Ésta debe ser diseñada por las partes sociales a través de la negociación colectiva, instancia en la que le cabe asumir al Estado la representación de los intereses de la comunidad, máxime cuando, como ocurre hasta ahora en la Argentina, prevalece una economía cerrada [101]. Aun en los países insertos dentro de un régimen de competencia internacional, los Estados en los últimos años, por lo común, han asumido la función de animadores del diálogo entre los interlocutores sociales, así como la de sugerir soluciones que no siempre es posible alcanzar desde el convenio colectivo aun a nivel sectorial. Los mismos con frecuencia, en un mundo muy interdependiente, requieren la adopción de medidas de tipo macroeconómico que deben ser diseñadas con una activa participación (no en forma exclusiva) del Estado que cuenta con los medios de información para ello.

De la misma manera que ciertas circunstancias fueron propicias para establecer normas de orden público laboral (o de cumplimiento obligatorio u otra denominación, según las terminologías empleadas en los distintos países) que, en una primera etapa, abarcaron un sector muy vasto respecto de la determinación de las condiciones de trabajo, que luego —en la medida que creció el desarrollo de los sindicatos y mejoraron las condiciones económicas— se redujo, hoy se dan otras que requieren el dictado de disposiciones

101 Al momento de la redacción de este trabajo (junio de 1991) se destaca, desde hace menos de dos años, una tendencia impulsada por el P.E.N. de integrar al país y a su economía dentro del orden internacional. No obstante los importantes pasos dados, no se puede afirmar que se ha superado totalmente la modalidad y mentalidad de país cerrado que lo caracterizó durante más de cinco décadas (en algunos períodos con más intensidad).

de orden público económico [102]. Éstas no tienen en vista sólo la protección de un sector (trabajadores), sino de la comunidad global, dentro de la cual deben compatibilizarse los intereses de los distintos grupos entre sí y respecto de otras comunidades con las que se da una apertura socio-económica.

Cabe destacar el rol distinto que le cabe asumir ahora al Estado como participante activo en la negociación tripartita y en la defensa de los intereses de la comunidad, en el orden interno frente a los distintos sectores y en el externo, respecto de otras comunidades. Obviamente, en la medida en que el desarrollo de las asociaciones profesionales no le permita asumir un papel efectivo en el diálogo con los empresarios, deberá mantenerse como excepción y dentro del principio de subsidiariedad, la intervención del Estado como legislador de un orden público laboral extenso en su aplicación. En cuanto se produzca un crecimiento de aquéllas, este ámbito se debe reducir y limitarse a aspectos fundamentales, que aún pueden ser reducidos a través de la negociación colectiva, a cambio de otras ventajas que la representación de los trabajadores considere que tienen mayor relevancia que aquéllos, asegurados —por supuesto— principios básicos e inderogables como los que se refieren, entre otros, a la dignidad del trabajador, condiciones de higiene y seguridad, etc.

5. *Juicio que merecen las diversas modalidades de flexibilización*

Es indudable que frente a los cambios que se imponen en la realidad, surge en forma evidente una aguda crisis de la figura "tipo" impuesta por el derecho del trabajo en su versión clásica. Éste ha facilitado el desarrollo de una nor-

102 Cfr. JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *Orden público y convenciones colectivas de trabajo*, "D.T.", 1973, p. 5 y bibliografía allí indicada; VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría General del derecho del trabajo*, en "Tratado de derecho del trabajo", t. II, p. 305 y ss.

mativa considerada como ideal, protectora, que se ha ido desnaturalizando en la práctica por modalidades impuestas en forma unilateral o pactadas, de resultas de las cuales el área del no derecho alcanzó en algunos sectores una zona más amplia que la del derecho legal [103]. No se trata de criticar la justa aspiración de lograr un ordenamiento más humano, sino analizar si la figura jurídica típica a que dio lugar esa tendencia, se acomoda hoy a la realidad. Ésta, más allá del juicio de valor que merezca, impone condiciones que, de hecho, han posibilitado el desarrollo de formas que no se adecuan a ese orden ideal que hoy provoca graves desajustes, entre otros, impedir el acceso a un empleo regulado por esas normas utópicas a una parte importante de la población, que sólo lo halla en un mercado sumergido [104].

Sin duda, se impone hallar modos que aseguren formas más humanas de convivencia laboral que, por cierto, no se logran a través del juego de las reglas que se dan en un mercado de trabajo libre, en el que las partes de la relación individual de trabajo se hallan en una evidente disparidad de fuerzas [105]. Frente al cambio, se impone un reexamen crí-

103 JOSÉ A. CARO FIGUEROA, *Rigidez y flexibilidad en el mercado de trabajo argentino*, en "Flexibilización del mercado laboral y crecimiento económico", Asociación de Bancos Argentinos, Bs. As., 1989; *El debate de la flexibilidad laboral en Europa y en la Argentina*, ponencia al primer Congreso Internacional de Política Social, Laboral y Previsional, Bs. As. octubre 1989; GINO GUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni 80*, "D.L.R.I.", Nº 15, p. 404.

104 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva;* JOSÉ A. CARO FIGUEROA, *El debate sobre la flexibilidad laboral en Europa y en Argentina;* GINO GUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni 80*, "D.L.R.I.", Nº 15, 1982, p. 404; ARTURO S. BRONSTEIN, *La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate*, "Derecho Laboral", t. XXXII, Nº 153, p. 3 y ss.

105 Ante algunos entusiasmos que se despertaron con motivo de la caída del muro de Berlín en 1989 y de los acontecimientos que lo siguieron en el Este europeo, creemos necesario destacar el rol que le corresponde al Estado como gerente del bien común. Al mismo le compete determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones sociales y económicas, a fin de asegurar que a través de ellas se respeten los derechos de sus miembros al ejercicio de su dignidad (entre otras situaciones, cuando realizan una tarea laboral), así como preservar su igualdad, y evitar que se produzcan abusos contra los más débiles, a los que la comunidad debe promover (esas son condiciones mínimas para asegurar una sociedad y economía libres). Cfr. JUAN PABLO II, *Centesimus Annus*, Nº 15; JOSÉ CARO FIGUEROA, *Rigidez y flexibilidad en el mercado de trabajo argentino*, p. 50. Este autor sostiene que "el mercado de

tico sereno, desapasionado, de la situación, a fin de proponer pautas para ordenar el desarrollo de esa relación, de manera tal que se respete el carácter humano que ella tiene, al mismo tiempo que las soluciones que se procuren resulten viables. Éstas no sólo deben serlo desde el punto de vista económico; también deben asegurar a la mayor cantidad de personas condiciones equitativas de labor y facilitar su acceso a un empleo que les permita obtener un ingreso suficiente para hacer frente a las necesidades que impone el mantenimiento de una existencia digna (no sólo medida materialmente, sino fundamentalmente en calidad de vida) para ellos y su grupo familiar. No parece que esto se pueda lograr por el simple hecho de querer mantener la permanencia e inmodificabilidad de institutos que pudieron ser óptimos en otras épocas, quizá hace 20 ó 30 años, pero que hoy ya no lo son. Pretender hacerlo, significa "cerrar los ojos a la realidad del cambio social y su necesaria e inevitable incidencia en lo jurídico" [106]. No obstante las buenas intenciones que se tengan, no es factible fijar un esquema de relaciones de trabajo en la historia, como si fuese el único

trabajo ha sido y seguirá siendo un mercado regulado por normas estatales y autónomas" y que "en el mundo democrático, ninguna de las opciones políticas representativas plantea la liberalización total de los Sistemas de las Relaciones de Trabajo, desde que las regulaciones son imprescindibles no sólo por imperativos políticos (demandas de tutela, paz social, cláusulas constitucionales, convenios internacionales, objetivos sociales del Estado democrático de derecho), sino también por imperativos económicos (encauzar los conflictos sociales, mejorar la productividad, garantizar la competencia leal).

Creemos que, en el caso, una elemental medida de equilibrio aconseja distinguir entre una intervención absorbente que anula la vida social, y una reguladora que asegura la preservación de parámetros mínimos de convivencia que aseguren el respeto de la dignidad del hombre en todos los ámbitos de su actividad. Al efecto, en el caso, es aplicable la expresión de Johannes Messner: "tanta sociedad como sea posible, tanto estado cuanto sea necesario".

Una auténtica ecología humana que comprenda la del trabajo (y supera la meramente física) que tenga en cuenta la dimensión integral del hombre (no sólo algunos de sus aspectos), requiere un equilibrado marco jurídico. Éste que debe preservar los derechos de la persona en el juego de la convivencia, debe mantenerse dentro de una justa proporción. El exceso quita responsabilidad y al establecer un orden que petrifica la vida social, se lo deteriora, con el consiguiente perjuicio aun para aquéllos a los que se quiso proteger (en exceso).

106 Cfr. HUMBERTO A. PODETTI, *Cambio social y adaptabilidad del derecho del trabajo*, "D.T.", L, p. 2519.

posible, cuando la característica de aquélla es la de su mutabilidad, lo que plantea situaciones diversas en las distintas épocas.

El fracaso de esa utopía no significa, sin más, tener que aceptar formas que son el resultado de la imposición del más fuerte, como si fueran las únicas posibles. La tarea que debe realizarse para lograr niveles de convivencia más justos y por ello más humanos, no fácil de suyo, requiere un sano realismo que sepa distinguir entre lo permanente y lo mudable en la historia de las relaciones jurídicas. Lo primero se refiere a la dignidad del hombre que trabaja, lo que impone establecer determinadas pautas de reparto de potencias e impotencias respecto de los bienes materiales elaborados a nivel comunitario, así también como de otras de carácter inmaterial que aseguran el respeto de la persona, lo que comprende el de su vida psicológica y moral.

De acuerdo con esa tendencia, se han ido articulando nuevas figuras más flexibles que han roto la unidad que tuvo la relación laboral de acuerdo con el derecho clásico [107]. De esa manera se tiende a adecuar, con frecuencia con el apoyo de los gobiernos dentro del marco de una política de empleo (no sólo de derecho del trabajo), programas que producen la atemperación, en otras la desaparición, de las elaboraciones del derecho de trabajo clásico. El objetivo propuesto tiende a facilitar una adecuación rápida a la situación que plantea un nuevo tipo de competitividad respecto de los factores del proceso productivo (no sólo los de carácter material, técnico, organizativo). A través de ese acomodamiento se trata de crear nuevos puestos de trabajo productivos [108], aunque los mismos no siempre alcancen a satisfacer las exigencias del pleno empleo [109] y establecer, en

[107] Cfr. JOSÉ A. CARO FIGUEROA, *El debate sobre la flexibilidad laboral en Europa y Argentina*, considera que el tema referido al ajuste laboral en los países de Europa (de economía de mercado) ha quedado atrás.

[108] Respecto a este concepto ver nota 76.

[109] Ante la nueva situación planteada con motivo de los cambios operados, en algunos sectores europeos se considera que el pleno empleo constituye actualmente un objetivo difícil de alcanzar, sin que existan perspectivas ciertas

especial a través de la negociación colectiva a nivel macroglobal, sectorial, operativas que tiendan a lograr, por una parte esos objetivos y, por el otro, evitar abusos y fraudes a los que los hombres, en especial los que tienen más poder, somos tan proclives [110].

Los cambios que se reflejan sobre el mercado de trabajo provocan varios efectos. Además de la segmentación del mismo que caracteriza al mundo actual —no obstante el intento de la figura del contrato tipo para sujetar la realidad—, se produce un cierto desarrollo de un esquema de empresa flexible que intenta mantener relaciones distintas con tres tipos de trabajadores: a) los que integran el núcleo central que realizan las labores más importantes, tanto en el orden de la dirección como de la ejecución, que exigen calificaciones que no son frecuentes en el mercado, los que normalmente se hallan vinculados por relaciones de carácter permanente y de tiempo completo; b) los que integran una periferia que se caracteriza por labores que, por lo común, requieren menos preparación profesional, en razón de su carácter rutinario y mecánico, en las que se destaca una mayor proporción de trabajo de mujeres que en el anterior y se caracteriza porque el vínculo suele establecerse a través de contratos a tiempo parcial o temporarios y c) trabajadores externos provistos en gran medida por agencias de servicios temporarios, con requerimientos profesionales va-

---

de lograrlo en un futuro a corto o mediano plazo. Esa situación obliga a no desatender las medidas propias de la Política Social tendientes a paliar la consecuencia de una grave deficiencia, en cuanto la comunidad no está en condiciones de brindar a sus miembros la posibilidad de encontrar un empleo adecuado a sus aptitudes profesionales. Ello explica la necesidad de adoptar medidas que les aseguren a los mismos un ingreso por lo menos mínimo, pero digno, para sufragar los gastos de subsistencia propios y del grupo familiar y, en especial, programas de recapacitación profesional para adultos y de enseñanza técnica para adolescentes y jóvenes adecuada a los nuevos tiempos.

Es indudable que en las sociedades actuales, por lo menos en la Argentina, existen sectores, en especial referidos a la prestación de servicios sociales (salud, ancianidad, etc.), en los que se da un déficit de oferta cuyo incremento absorbería trabajo humano.

110 Se trata de una de las consecuencias de la llamada "lesión antropológica".

riados, a veces muy calificados y en otras no, ya que realizan tareas simples [111].

La lucha contra el desempleo ha llevado a una difusión de variadas formas de contratación atípica que, sin duda, no deben considerarse como una panacea, sino como un medio para hacer frente a ese flagelo que también requiere acciones fundamentales en otros frentes. Con frecuencia, esas modalidades operativas provocan una cierta precarización del empleo, lo que, en cuanto limita la estabilidad, no sólo tiene un efecto jurídico, sino también psicológico, en tanto desmotiva a los trabajadores y plantea serios problemas de inseguridad. Dichas figuras, además, facilitan la comisión de abusos y fraudes, por lo que, en especial desde el campo sindical, se tiende a evitarlas a través de un reajuste de la referida contratación a fin de revertir una desregulación excesiva y perjudicial, incluso para una sana política de personal dentro de la empresa [112].

En varios países, la reacción de los sindicatos frente a esa modalidad de contratación tiende a morigerar los abusos que se infiltran a través de la política de flexibilización, lo que se intenta hacer mediante la negociación colectiva [113]. En los europeos que corresponden al ámbito de la economía de mercado, parecería que en la década del 80 se produjo una cierta estabilización de las figuras atípicas [114].

111 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 5.

112 Como lo hemos indicado en texto y nota 88, en tanto la empresa es una "sociedad de personas", en la práctica debe admitirse el rol que el trabajador desempeña en ella como parte que aporta su propia vida (trabajo humano), no sólo algo que le es externo.

113 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 47 y ss. Respecto de la actitud de los sindicatos frente a las políticas de flexibilización, cfr. JOSÉ A. CARO FIGUEROA, *La acción sindical en la crisis económica*, "T.S.S.", 1985, p. 897; ROBERTO FALCHETTI, *El papel de los sindicatos en la sociedad democrática en épocas de crisis. Tendencias del movimiento sindical moderno*, "T.S.S.", 1985, p. 1060; CARLOS ALDAO ZAPIOLA, *Nueva visión de la tutela de las relaciones laborales en momentos de crisis*, "D.T.", 1985-B-93.

114 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, op. cit. en nota anterior, p. 6, ver nota 107. En la Argentina, a través de la negociación colectiva podrían destrabarse algunos aspectos del S.R.T. que se caracteriza por una acentuada rigidez. Cfr. JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *Aporte para un modelo de relaciones labo-*

El análisis de las diversas situaciones permite observar que se han dado formas experimentales que han tenido una duración efímera, de manera tal que han desaparecido "con mayor rapidez de la ley que de los tratados y monografías jurídicas que tratan sobre ellos" [115]. La tendencia actual en Europa tiende a restringir el uso de los contratos atípicos y someter su ejecución a un mayor control, a fin de evitar un cierto "facilismo" que permite abusos y fraudes. Se muestra actualmente una tendencia a que las causas objetivas que permiten la adopción de figuras de esa índole, sean fijadas por la negociación colectiva.

No es fácil determinar si la aplicación de la política de flexibilidad facilita la disminución del desempleo o, por el contrario, lo incrementa [116]. Estimamos que hay que adoptar

---

rales en la República Argentina, en Rev. "Valores", Nº 18, cuarto trimestre 1989, Bs. As., año VII, p. 37; CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA, *Convenciones colectivas de trabajo, posibilidad de enriquecer su contenido*, "D.T.", 1987-B-2023. No obstante, ello no ha ocurrido en una forma relevante. En algunos acuerdos de esa naturaleza celebrados en el curso de los dos últimos años, se pueden apreciar algunos síntomas promisorios de ajuste a la realidad.

A principios del año 1990, el P.E.N. remitió al Congreso un proyecto de ley de empleo que luego modificó. No obstante la insistencia de aquél, sólo fue tratado por el Senado en la primera mitad de este año (1991) y lo sancionó con modificaciones; actualmente se halla en Diputados para su examen. El proyecto del P.E.N. sólo contemplaba cinco figuras contractuales de flexibilización que las considera como formas promovidas: a) contrato de trabajo de tiempo determinado como fomento de empleo; b) ídem por lanzamiento de nueva actividad; c) ídem para trabajadores provenientes del sector público; d) que se refieren al trabajo de jóvenes: 1) contratación para práctica laboral y 2) contrato formación. Como formas no promovidas, se introducen modificaciones a la actual contratación de trabajo de temporada y eventual, cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Aspectos de la normativa laboral modificados por el proyecto de ley de empleo*, "L.L.", 1990-E-sec. doctrina, p. 725 y ss.

Estimamos que no obstante que se admiten contratos por tiempo determinado, se establecen exigencias que hacen difícil su concertación, entre ellas: a) que el número de contratados bajo esa modalidad supere el plantel total promedio de los últimos doce meses; b) que el empleador no haya producido "despidos colectivos por cualquier causa en los doce meses anteriores a la contratación".

115 Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 6; JUAN A. SAGARDOY, *Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral*, en "Cuestiones actuales...", p. 261.

116 Cfr. ALFREDO MONTOYA MELGAR, *Un debate europeo sobre crisis de empleo y reparto de trabajo*, "T.S.S.", 1986-504; GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*,

especial cuidado para valorar el sentido de la respuesta que dan los hechos, ya que en ellos normalmente inciden otros elementos de juicio que hay que ponderar, a fin de no distorsionar el resultado del análisis. Si el impacto que produce el cambio que se opera, obliga a aceptar modificaciones en los modos operativos por cauces "no ortodoxos" respecto de las figuras típicas (tal los de la economía informal), es evidente que las medidas de flexibilización sólo podrían plantear efectos negativos en la medida en que no indujeran la posibilidad de crear nuevos empleos (aunque con una "garantía" menor que la de la ley laboral común) o, por otra parte, fomentaran el traslado de puestos de trabajo normales a un régimen precarizado.

El primer hecho denotaría una falta del instrumento para cumplir su objetivo que no depende exclusivamente de la bondad de la norma jurídica, sino de las condiciones del mercado.

El principal factor para el aumento de empleos productivos es el desarrollo de la economía (en especial, la formación de nuevas empresas) y de una política de inversión tanto del sector interno como externo. El crecimiento económico en los países europeos de mercado [117], salvo en España, no ha provocado un descenso del desempleo, lo que acredita que este fenómeno no responde sólo a ese factor, sino también a otros, entre ellos la tecnología empleada. El desarrollo de esta última, por su parte, a corto plazo no crea empleo, al contrario, facilita el desplazamiento de puestos de trabajo por la máquina, aunque, al inyectar en la co-

p. 36. No obstante las críticas expresadas al respecto, algunos países por vía legal prorrogaron los regímenes existentes de carácter temporario. En Alemania, la ley sancionada en 1985 que fenecía en 1990, lo fue hasta 1995. El gobierno conservador de Francia consideró que la flexibilización es "la antecámara de la vida activa" y corrige la rigidez de la figura "típica" del contrato de trabajo que limita la creación de nuevos empleos. Dentro de esa tónica, se estima que el trabajo precario confiere la habilidad para la que no preparan adecuadamente los servicios de formación y de colocación.

117 En los del Este, recién comienza la experiencia, cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 5/6.

munidad capacidad adquisitiva adicional, incrementa la demanda lo que, a su vez, induce a la creación de nuevos empleos, por lo común, con mayores requerimientos de carácter intelectual.

En cuanto a la segunda alternativa (transferencia de empleos estables a un régimen precario), consideramos que la misma es fruto o bien de un error de diseño de la norma que facilita un resultado que conspira contra el objetivo perseguido, o de un uso abusivo y fraudulento de ella. En ambos casos, la solución es de tipo jurídico [118] y de un eficaz control de la aplicación de aquélla. Aunque parecería que esta situación podría solucionarse a través del ejercicio de la policía administrativa laboral, creemos que esa posibilidad, de suyo, no es totalmente eficaz. En primer lugar, no es materialmente factible que, con una cierta periodicidad, se inspeccionen un gran número de empresas, pues ello significaría contar con un personal adecuado tanto en cantidad como en preparación técnica, recaudo éste que no siempre les es posible cumplir a las agencias del Estado. Por otra parte, con cierta frecuencia, ese sistema de control ve disminuida su efectividad por corruptelas muy difíciles de desterrar (en algunos casos se requeriría contar con vigiladores de los propios vigiladores, lo que convierte al sistema en algo no sólo muy rígido, sino impracticable).

Sin perjuicio de no descartar ese sistema tradicional de inspección cuya eficacia debe medirse no tanto por el número de casos controlados, sino por el potencial efecto demostrativo, cabe recurrir a otros medios. En primer lugar, a una mayor concientización de la comunidad respecto del impacto negativo que tienen sobre ella esos tipos de fraude. Ello puede inducir a un cambio de mentalidad que incida

118 Creemos que, no obstante ello, resulta más eficiente un cambio de las pautas culturales respecto de quienes deben cumplir la norma y, en especial, de las asociaciones sindicales que, al respecto, deben ejercer un eficiente control, entre otros, a través de la propia representación en la empresa. Como ya lo hemos manifestado, consideramos que la acción de la policía laboral es menos efectiva que la que pueden llevar a cabo las organizaciones sindicales.

en una mayor preocupación por parte de las asociaciones sindicales y de las representaciones gremiales en las empresas. Sin duda, ese activo control informal opera como un disuasivo de actitudes fraudulentas cuya comprobación, previo un procedimiento que asegure el debido proceso, deben ser severamente sancionadas.

Los sindicatos, no obstante su oposición, ya que la flexibilización por lo común provoca desprotección de los trabajadores respecto del derecho clásico, en algún caso han admitido ese proceso "como una forma para luchar contra el desempleo". Su interés, como ya lo hemos indicado, es el de establecer, cuando es necesario someterse a esa política, que la aplicación de las figuras atípicas lo sea mediante una regulación establecida por convenio colectivo.

En cuanto a los empleadores, la incertidumbre económica los lleva a preferir los contratos atípicos. Por lo común, se destaca una tendencia de los mismos a favorecer la estabilidad del personal que integra el núcleo central de la empresa y a mantener las relaciones de aquel tipo con el sector de la periferia. Consideran que la rigidez laboral daña el ejercicio de la libertad de acción que les corresponde. Destacan que su función es optimizar la productividad y la competencia, lo que requiere libertad de iniciativa. Por lo común, son partidarios de la negociación descentralizada a nivel de establecimiento [119].

Una de las circunstancias más relevantes de la actual situación laboral, es la que se refiere a los nuevos aspectos de la negociación colectiva. Los interlocutores sociales asumen un mayor protagonismo en lo que respecta al lanzamiento, elaboración y aplicación de la normativa de trabajo. Esa práctica se expresa a través de nuevas formas negociales que, en cierta manera y a través de la llamada "legislación negociada", "negociación prelegislativa", "negociación legisferante", "negociación colectiva de concesiones", "reglamen-

119 Ver: *Por un más dinámico y efectivo mundo de trabajo mejor adaptado a las necesidades de todos*, Organización Internacional de Empleadores, "T.S.S.", 1987, p. 201.

tación negociada", abren una brecha a las nuevas modalidades y aun al criterio de admitir por esa vía la derogabilidad de las normas que provienen de una fuente legislativa. En algunos casos, el propio legislador le ha encargado a las partes adoptar medidas de flexibilización a través de la negociación colectiva.

Respecto de las relaciones que en este sentido se dan entre la ley y los convenios colectivos, pueden destacarse tres situaciones distintas según se facilite o no la posibilidad de estos últimos de adoptar figuras atípicas de contratos de trabajo. Una de ellas se expresa a través de la llamada "negociación condicionada" que subordina la aplicación de aquéllas a la concertación de convenios de esa índole.

Otra modalidad opera a través de la llamada "negociación coadyuvante". Sobre la base de la ley estatal, el convenio colectivo puede crear modalidades diversas. Además, en tanto aquélla lo admita, a través de esa vía puede reducirse el nivel de protección legal, así como la creación de otras condiciones, por ejemplo número de trabajadores dentro de la plantilla, fijación de nuevas figuras, etc. En cambio, según un tercer tipo, la "negociación prohibida", la norma legal no admite que por vía convencional colectiva se establezcan excepciones a su régimen [120].

De conformidad con las dos primeras figuras: "negociación condicionada" y en especial "coadyuvante", se destaca un cierto cambio en el sesgo del convenio. Éste que nació para mejorar la situación de los trabajadores en "relación de dependencia", en la experiencia actual en algunos países que admiten un cierto grado de flexibilidad laboral, puede actuar como instrumento para disminuir ventajas que establece la figura legal para el trabajador, por supuesto, cuando su representación gremial lo admite [121].

[120] Cfr. GERALDO VON POTOBSKY, *Modalidades contractuales, política de empleo y negociación colectiva*, p. 45.

[121] Como lo hemos destacado (ver texto y nota 94), la negociación por lo común consiste en recíprocas concesiones, o en su caso, ajuste de las condiciones de trabajo a la realidad que impone el mercado de trabajo (sea en su caso para evitar despidos, ampliar el número de puestos de trabajo, etc.). De

Es evidente que frente a un régimen que muestra cierta rigidez ante un mundo que cambia en forma acelerada, en el que hay que afrontar nuevas situaciones, se impone admitir una flexibilización de las relaciones de trabajo que permita ajustar la norma a las nuevas circunstancias que se presentan.

Por lo común, los juicios que se han formulado respecto de los regímenes de ajuste laboral tienen una gran carga de tipo ideológico y destacan determinados aspectos; no siempre formulan un juicio que abarca la totalidad del panorama. Muchos de ellos se inscriben dentro de un claro maniqueísmo [122]. Por una parte, se destaca la necesidad de acomodar la relación de trabajo a la realidad que imponen los cambios que se producen y, por la otra, se pone el acento en la intención de los empresarios de provocar una desregulación que retrotraiga la situación laboral a los comienzos del siglo XIX.

Como ocurre con la mayor parte de las elaboraciones humanas, los regímenes de ajuste laboral presentan un carácter ambivalente. Por lo tanto, un juicio sereno, desapasionado, requiere analizar el hecho innovador en su totalidad, no en sus parcialidades positivas o negativas y, fundamentalmente, dentro del contexto socioeconómico dentro del cual se produce. De lo contrario, la visión se desfigura.

Como hemos intentado señalarlo, en la actualidad en la mayor parte de los países que han alcanzado un cierto grado de desarrollo industrial y tecnológico —condición necesaria,

---

acuerdo con esa realidad, queda mitigado el sentido de la aguda observación formulada por MANUEL ALONSO OLEA (*Relaciones de trabajo ante la crisis económica y el cambio tecnológico: una primera recapitulación*, "T.S.S.", 1989, p. 673, p. 686), respecto de que el convenio colectivo que nació como una técnica para mejorar la condición de los trabajadores, ahora puede utilizarse para empeorarla.

122 En razón de que el debate sobre la flexibilización con frecuencia asume un subido tinte ideológico, existen posiciones (aun doctrinarias) que consideran que la misma es intrínsecamente mala o, por el contrario, que constituye una solución ideal a los problemas que plantea el cambio social; cabe al respecto, formular juicios serenos, desapasionados; cfr. ARTURO S. BRONSTEIN, *La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate*, "Derecho Laboral", t. XXXII, Nº 153, p. 3.

aunque no siempre suficiente para lograr un mejor nivel y calidad de vida—, se requiere que las relaciones de trabajo se puedan viabilizar a través de mecanismos que se adecuen a las nuevas circunstancias. Esa exigencia también se ha dado en otras épocas y responde a una razón muy simple: las normas que tienden a regular la vida de relación deben recoger la experiencia y dificultades que se plantean.

Al respecto, consideramos necesario distinguir aspectos substanciales que hacen al fondo de la cuestión y accidentales que dependen de las circunstancias —por lo común de suyo ni buenas ni malas— que se dan en una comunidad en un momento dado. Ello permite, con referencia al derecho y en especial al del trabajo, distinguir entre lo permanente y lo mudable. Lo primero se refiere a que se trata siempre de una relación entre hombres con la misma naturaleza y vocación, aunque con diferencias que no descartan aquella similitud. No todos los seres humanos, en cualquier época histórica, son idénticos en cuanto se refiere a sus capacidades para relacionarse, trabajar, descubrir nuevas situaciones, ni en lo que respecta al ejercicio de las virtudes en su vida. No en vano, se admite que cada uno de ellos es irrepetible.

La relación de trabajo dirigido es una comunicación entre personas, algunas de las cuales ponen su capacidad laboral a disposición de otras que la reciben y retribuyen. Es indudable que ese intercambio, por lo menos en cuanto se refiere al aporte de los primeros, no es un objeto material, sino su propia acción personal; por lo tanto, ese vínculo contractual no puede afectar su condición y dignidad de seres humanos que deben quedar a salvo. Lo que sí pueden variar son otros aspectos del trato, ya que las prestaciones a cargo del trabajador —aunque siempre de la misma índole—, no son similares; dependen de la disposición, de la habilidad de aquél, por lo que la equivalencia entre las mismas y lo que recibe en concepto de remuneración dentro de los límites propios de la justicia, está en relación al aporte laboral que se efectúa. Por supuesto, existe un piso mínimo según el cual lo que el trabajador percibe —material e inmaterial—, le debe

permitir mantener un nivel y género de vida personal y familiar, compatible con su condición de ser humano y proporcionado a su aporte.

De ello surge que existen condiciones en el trato que siempre se deben dar como un supuesto básico de justicia, y otras que pueden variar de conformidad con circunstancias referidas a la prestación realizada, situación de la empresa y de la comunidad global, tanto nacional como internacional.

Si en una época pudo estimarse aceptable la existencia de una figura tipo de aplicación obligatoria en todas las relaciones de trabajo, ello no significa que cuando han variado las circunstancias dentro de las cuales éstas se dan, no deban adecuarse las modalidades (quizá más de una) que regulan el trato.

Lo que no puede variar es la consideración de que se trata de una relación que vincula a seres humanos (aunque una de las partes sea una persona jurídica), por lo que la misma debe, por lo menos, alcanzar un determinado nivel tanto en lo material (remuneración, jornada, etc.), como en el respeto que las partes recíprocamente se deben. En cuanto se supera ese mínimo en lo que se refiere a los aspectos de orden material, el incremento debe estar en consonancia con las condiciones socioeconómicas del contexto; los términos del intercambio dependen del aporte concreto realizado y las posibilidades de la empresa y de la comunidad.

Frente a los cambios que se intenta introducir a través de las políticas de flexibilización, corresponde distinguir diversos aspectos. Una relación por tiempo indeterminado beneficia la posición del empleado al que le da una mayor seguridad, lo que constituye un objetivo que, en la medida de lo posible, debe propiciarse. Ese hecho no sólo tiene un sentido jurídico, sino también de carácter moral y psicológico que redunda en la calidad de la relación, a punto tal que en el esquema de empresa flexible se adopta esa figura contractual para el núcleo central.

Sin embargo, la experiencia demuestra que cabe admitir que pueden darse situaciones en circunstancias que res-

ponden a causas objetivas, que justifican una relación por tiempo determinado. Entre otras, puede hacerse referencia a la iniciación de actividades, ya sea de tareas o nuevas líneas de explotación que suponen un cierto riesgo respecto de su continuidad en el tiempo. Si se admite que pueda existir una disminución del monto de las indemnizaciones que debe pagársele al personal despedido con motivo de cesar la actividad (lo que debe ocurrir en un plazo prudencial fijado por la ley), ello puede alentar a que se promuevan iniciativas de ese tipo. Esa circunstancia significa una posibilidad de creación de empleos que de otra manera no se hubieran producido.

Si bien el riesgo constituye una carga que debe soportar el empresario, una disposición de ese tipo no lo exime totalmente de aquél, ya que sólo se trata, por lo común, de una liberación parcial (no toda la indemnización). Además, quien ensaya una experiencia empresaria, arriesga la pérdida del costo de organización de la actividad, la desvalorización del instrumental que ante el cierre de la explotación debe venderse, y se expone a la frustración de una lógica expectativa, lo que normalmente significa un alto costo no solo material, sino humano. La contratación de personal a plazo que sólo se justifica en casos excepcionales establecidos en la norma legal y reglamentado en un convenio colectivo [123], significa una liberación parcial de un posible costo.

Esa posibilidad, así como la disminución de ciertas condiciones que impone la relación de trabajo [124], pueden re-

[123] El proyecto de ley de empleo remitido por el P.E.N. al Congreso, por lo común, respecto de las figuras contractuales que se crean establece (salvo en el caso de los contratos para jóvenes, vez nota 114, en que no la hay) una disminución del monto de las indemnizaciones que el empleador debe abonar con motivo de la rescisión del contrato de trabajo y reduce los aportes al sistema de Seguridad Social.

[124] Ya se refieran a tasas salariales especiales (doble escala: *Two tier gridi*) para los que ingresan en virtud de las nuevas modalidades contractuales; individualización del salario que tiene en cuenta más a la persona que realiza la tarea que al grupo; reducción de aportes al sistema de Seguridad Social respecto del personal comprendido dentro de regímenes de promoción de empleos; admisión de relaciones contractuales a tiempo parcial sin que deban efectuarse aportes sociales mínimos como si se tratara de una jornada normal.

sultar un aliciente para crear nuevos empleos que nada tienen que ver con la supresión de otros con motivo de la introducción de nuevas tecnologías que han convertido en obsoletas a ciertas competencias y habilidades. Se trata, con prescindencia del resultado final que depende de varias circunstancias, de una manera de facilitar la "explotación del yacimiento empleo" que en la actualidad constituye un bien escaso.

Estimamos que el mantenimiento del número de puestos de trabajo no se asegura sólo con indemnizacione por despido que, en todo caso cuando son elevadas, pueden postergar por un lapso la rescisión contractual. La permanencia de la relación de empleo (que es lo que interesa desde el punto de vista del bien común) requiere como condición, que el funcionamiento de la actividad económica incremente la necesidad que tienen los empleadores de "absorber" trabajo humano. El hecho de que en algunos sectores laborales, al principio por razones de coyuntura que luego se suelen postergar en el tiempo, se establezcan cupos mínimos de trabajadores que exceden las necesidades, no es una solución, sino una apariencia que tiene un alto costo social, en cuanto intenta disimular situaciones que se enquistan y que, cuando explotan, a veces producen peores efectos que los que se quisieron posponer. Además, durante el período en que se posterga la solución, la comunidad (no sólo el empleador) debe hacer frente a la retribución de un trabajo improductivo que insume una actividad que, en otras condiciones, puede emplearse en la creación de bienes y servicios.

Otra de las alternativas de flexibilidad se refiere al tiempo de trabajo pactado. De un criterio según el cual éste debe comprender la totalidad de la jornada, se pasa a otro que admite varias alternativas, no sólo para facilitar un incremento de los puestos de trabajo, escasos de suyo, sino también para facilitar el desarrollo de tareas por parte de algunos trabajadores. Entre éstos, las mujeres que se han incorporado en forma masiva al mercado de trabajo y que, normalmente, comparten el mismo con la atención (en for-

ma más intensa que los hombres) de las tareas del hogar y de la atención de los hijos.

De acuerdo con ello, una jornada laboral más reducida que la común, facilita el acceso al empleo de mayor cantidal de personas y permite, en razón de la diversidad de las tasas horarias, una mejor adecuación de éstos a las conveniencias de ciertos grupos de trabajadores.

Sin duda, la principal modificación en la materia se refiere a los llamados horarios flexibles que, dentro de una amplia gama de variaciones, permiten a los trabajadores la posibilidad de optar entre varias alternativas para ejecutar su labor, de manera de acomodar el cumplimiento de su débito a sus posibilidades o conveniencias. Por lo común, la jornada comprende un sector "fijo" en el que labora la mayor parte del personal de la empresa, y otro "variable" que permite compensar el retardo del ingreso, con la postergación de la hora de salida [125].

El horario flexible no sólo puede facilitar el desarrollo de su tarea al trabajador, sino también, en otra alternativa, le da posibilidad al empleador de diversificar horarios en función de las exigencias de la tarea, de manera tal de incrementar aquél en determinados días o épocas, que se compensan en otros. A tal fin, el empleado obtiene créditos horarios que lo liberan de prestar servicios en otros días o épocas. De esa manera, el empleador puede diagramar el "uso del trabajo" de acuerdo con las necesidades que imponen ciertas exigencias propias de la actividad. Éstas no siempre se mantienen parejas durante toda la semana, mes o año, de manera que en algunos momentos se dan recargos y en otros disminuciones, lo que permite, siempre que se realice dentro de ciertos límites, una compensación que no sólo faci-

125 Cfr. H. ALLENSPACH, *L'Horaire variable*, Ginebra, O.I.T., 1975; Institut Syndical Europeen, *Flexibilité du temps de travail en Europe occidentale: caractéristiques, consequences et positions sindicales*, Bruselas, 1986; ARTURO S. BRONSTEIN, *La flexibilidad del trabajo en los países industrializados: perfiles de un debate*, "Derecho Laboral", t. XXXII, Nº 153, p. 3 (13/20); HUGO R. CARCAVALLO, *Condiciones de trabajo (tiempo posible de trabajo)*, en "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, t. 4º, cap. XII, Nº 14, p. 18 y ss.

lita una mejor adecuación de la prestación laboral a los requerimientos de las necesidades de la empresa, sino también facilita al trabajador el goce de mayor número de días francos en la semana, en el mes o en ciertos períodos del año [126].

Ello sólo es posible en cuanto se disminuye la rigidez del máximo de la jornada diaria, admitiéndose un aumento de la misma durante algunos días que se compensan en otros. De acuerdo con la realidad que se da en la prestación laboral en los grandes centros urbanos, a las horas en que el trabajador está a disposición del empleador, se suman los que le insumen los viajes, a veces desde zonas que quedan muy alejadas, con lo que el total de horas disponibles que le quedan al trabajador para dedicarlas al ocio, la vida familiar o el desarrollo de otra tarea, disminuye desproporcionadamente. Puede resultarle beneficioso al empleado incrementar el horario que le insume la prestación de su débito en algunos días, para ampliar los francos o disminuir el horario dentro de otros.

Esas nuevas modalidades horarias que pueden traer aparejadas ventajas para ambas partes, deben estructurarse a través de negociaciones colectivas que establezcan ciertos parámetros. Éstos, al tiempo que impiden cometer abusos, facilitan la adecuación de la jornada a los requerimientos del mundo moderno, no sólo en cuanto se refiere a las modalidades de las actividades a cargo del empleador, sino también al hecho de que la mayor parte de los empleos se ejecutan en grandes centros urbanos, lo que normalmente impone un plus importante de tiempo que se invierte en cansadores viajes, cuyo número puede disminuirse o trasladarse a otras horas en que hay un menor aglomeramiento de personas y de tránsito.

Las descriptas, como otras muchas, son formas que per-

126 Las referidas posibilidades hacen a la calidad de vida del trabajador. Con frecuencia éste prefiere una semana de cuatro días.

Cabe asignarle importancia a la llamada "anualización" que computa el trabajo que se realiza en el período de un año.

miten adoptar distintas modalidades en la prestación de la labor. Ésta requiere que se posibilite una flexibilización de ciertos parámetros establecidos en la legislación del trabajo que pudieron tener plena justificación en otra época, pero que hoy, en especial a través de la negociación colectiva, admiten reformulaciones ventajosas para las partes. Para los trabajadores, en cuanto se traducen en menor número de horas de viaje y un aumento real de las disponibles para la vida familiar, el ocio (que integran la calidad de vida) o para dedicarlas a otras actividades productivas. Por supuesto, como una exigencia propia de los tiempos, ese cambio parecería que no pueda instrumentarse a través de una desregulación absoluta de la relación laboral, sino que debe serlo a través de la negociación colectiva en sus variadas modalidades, aun la de carácter tripartito.

La posibilidad de que tenga vigencia efectiva una regulación que se halle más ajustada a la realidad, requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos básicos. En primer lugar, cabe tener en cuenta que en ciertos países —la Argentina entre ellos— se ha desarrollado un modelo que se basó en el esquema de un Estado de bienestar social, de providencia, asistencial, benefactor, pronto a la distribución pero no tan preocupado por la producción, el que, como lógica consecuencia, en muchas oportunidades ha llegado a distribuir pobreza, no riqueza [127]. Ello requiere que se admita otro tipo de modelo, el de un Estado del desarrollo [128] que establezca criterios operativos a fin de facilitar condiciones para que se incremente la creación de riqueza (o sea que el hombre, a través de su trabajo e iniciativa convierta la posibili-

127 Ante la precariedad de las condiciones sociales que se generan con motivo de la disminución de la productividad (lo que constituye un contrasentido respecto a la directiva a que hace referencia el Génesis —1,28— a fin de que el hombre domine la naturaleza), disminuye el servicio de provisiones a disposición de la comunidad, por lo que cada miembro de ésta (sin perjuicio de que la situación se empeore con motivo de una injusta repartición de los bienes y servicios) tiene menos posibilidades de alcanzar un nivel de vida aceptable.

128 Cfr. JULIO OYHANARTE, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Bs. As., 1969, p. 12.

dad que la naturaleza le brinda en bienes y servicios concretos), presupuesto lógico para que se dé una justa distribución que asegure una elevación del nivel de vida, sustento básico de un mejor género de vida [129].

En cuanto se refiere al ordenamiento laboral, el mismo no puede apartarse de un concepto básico, según el cual su desarrollo tiende a que el principio protectorio ya mencionado se concrete en normas y especialmente en la cultura vivida, de manera tal que aseguren una justa distribución de las cargas y de lo producido conjuntamente dentro de un ámbito comunitario (entre otros, por la acción de las partes vinculadas por contratos de trabajo). Ciertas exigencias de los tiempos relacionadas con una mayor justicia y participación de los diversos sectores sociales, aconsejan que sea el diálogo (facilitado por la negociación colectiva que responde a un modelo pluralista que admite diversos niveles de negociación, dentro de una necesaria articulación) el canal a través del cual se elabora la norma. Ello conduce, sin duda, a evitar la adopción de esquemas rígidos, carentes de agilidad, que no se compadecen con los variados, ricos y multifacéticos aspectos de la vida moderna.

Si la norma, como recaudo básico para establecer cauces de convivencia, debe ajustarse a la realidad fáctica, en el ámbito del derecho del trabajo no puede soslayar la condición del hombre que trabaja a través de la puesta de su capacidad creadora a disposición de otro, así como la de aquél que recibe el fruto de esa acción humana. Ambos son seres dotados según su naturaleza y vocación trascendente, de una dignidad que no puede ser menoscabada con motivo de las exigencias del trabajo o de otras circunstancias. Como lo hemos anotado, deben tenerse en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos del trabajo humano: no hacerlo significa introducir una causa que sin duda ha de incrementar los efec-

129 El primer concepto (nivel de vida), se refiere a la cantidad de bienes a que tiene posibilidad de acceder el hombre para satisfacer sus indigencias de orden físico y espiritual. El segundo (calidad de vida), está dado por las condiciones que se le ofrecen (paz, orden, trabajo, etc.), para desarrollar su existencia.

tos, de por sí dañinos, que se siguen como consecuencia de la "lesión antropológica".

De acuerdo con ello, el acto laboral dirigido que, por lo común, se desarrolla dentro del ámbito de una empresa (aunque no existe óbice para que ocurra fuera de ella), corresponde a una acción bilateral humana que debe condicionarse a esa realidad. En cuanto la misma tiene como finalidad producir bienes y servicios (aun en las actividades no lucrativas), queda sometida a ciertas reglas de la economía que no pueden ser soslayadas. No obstante ello, no puede reducirse la dimensión del hecho laboral sólo a aspectos materiales, a pesar de la importancia que éstos puedan revestir. El mismo, en cuanto el trabajo humano constituye el núcleo de esa relación, no puede asimilarse a una mercancía que se vende; corresponde al actuar de un hombre que, a través de una figura jurídica (contrato de trabajo), pone su capacidad cocreadora a disposición no sólo del empleador, sino de la comunidad, a fin de acrecentar el sistema social de provisiones [130].

Surge evidente que el trabajo humano no es una mera transacción de carácter comercial o civil, sino una relación entre hombres que intercambian el fruto de sus acciones. Aunque en el mundo actual, en la mayor parte de los casos, uno de los términos de ese diálogo está constituido por un grupo, empresa, ello no cambia lo que, en su esencia, es un acto humano. Si bien en todo negocio jurídico siempre hay un diálogo entre hombres, gran parte de los que constituyen el objeto de otras disciplinas, normalmente lo son en función de un intercambio de cosas que condensan el trabajo que ha requerido su preparación; en cambio, el trato que

130 El mismo está constituido por el conjunto de bienes y servicios con que cuenta una comunidad a fin de que sus miembros puedan satisfacer sus necesidades de tipo biológico, psíquico, intelectual, moral, social, etc., tanto en el orden de lo vital (básicas) y de lo superfluo. Como es lógico, aquéllos antes de ser consumidos o utilizados, deben haber sido preparados, lo que depende del trabajo (tanto realizado en el orden interno, como externo) que se le ha aportado a la comunidad; ver JEAN FOURASTIÉ, *¿Por qué trabajamos?*, Bs. As., 1984; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, en "Tratado de derecho del trabajo", t. 1º, Nº 3, p. 25 y ss.

regula el derecho del trabajo, se refiere directamente a la acción del hombre (lo que también ocurre en el llamado "trabajo autónomo"). Por lo tanto, las reglas que conciernen a los modos de concertar la relación, de su ejercicio, de los derechos y obligaciones que surgen como consecuencia del trato, así como las causas de su rescisión, no pueden dejar de tener en cuenta esa realidad que, si bien en un aspecto se desarrolla dentro del ámbito de lo económico (lo que debe ser tenido muy en cuenta), lo supera.

De acuerdo con esa realidad, la determinación de las reglas a que debe estar sujeta la relación laboral, no se compadece con las pautas propias de una cultura autoritaria, a través de la cual las condiciones del trato son impuestas por el empleador, por el hecho de que normalmente tiene una mayor capacidad para imponerlas. Ello significa un desconocimiento de la naturaleza propia de la relación humana constituida entre seres con la misma dignidad y vocación; la diferencia que permite el trato, se refiere a una de carácter funcional. Por lo tanto, no corresponde que uno de ellos se considere superior para imponer condiciones al otro; el cambio debe adecuarse a la virtud de la justicia.

Para evitar ese desnivel, el trabajador, en una primera etapa, recibió la protección de la norma jurídica que creó disposiciones de orden público laboral inderogables que se incorporan al contrato. Transcurrido el tiempo y, a través del derecho a asociarse en una organización sindical, logró el remedio para disuadir los efectos de esa desigualdad.

De la misma manera que es nocivo el autoritarismo en la relación individual, también lo es en el nivel asociacional. El hombre que trabaja, en cualquiera de esas relaciones, no puede ser desconocido como un ser dotado de una dignidad que tiene su raíz en su propia naturaleza, no en el simple reconocimiento de ello por parte de otros. Estas reglas resultan básicas dentro de una antropología jurídica y no pueden ser desconocidas por quienes —cualquiera sea el ámbito en el que operan—, elaboran las normas. Cuando éstas pretenden dispensar una tutela que no se adecua a esos

valores, lejos de servir al hombre, lo agobian y le impiden lograr un ámbito compatible con su naturaleza y dignidad. El hombre tiene primacía sobre la economía, la producción, así como sobre la vida social en sus diversos niveles. Esta última tiene como finalidad brindarle a aquél un clima que le facilite el desarrollo de su persona, no una lápida que le impide vivir de acuerdo con su propia naturaleza.

La asociación de trabajadores (sindicatos) en cuanto se propone recuperar la vía del diálogo, no ya a nivel individual sino de grupo, a fin de establecer las bases mínimas que deben regular la relación, tiende a ese objetivo a través de la concertación del convenio colectivo. El catálogo de contenidos de éste (que con frecuencia en nuestro país ha tenido un objetivo casi limitado a determinar algunos aspectos de las condiciones de trabajo, entre ellas las salariales y otras de carácter general)[131], deberá ampliarse [132]. Una política de negociación colectiva que intente establecer nuevos ajustes a fin de adecuar la relación contractual a las circunstancias del mundo actual, tendrá que incorporar otras temáticas, entre ellas, tal cual lo hemos analizado, admitir los cauces a través de los cuales se debe producir el acomodamiento de las condiciones de trabajo a las nuevas exigencias que imponen los cambios de carácter tecnológico y cultural que se producen, cuyas consecuencias deben armonizarse con un criterio de justicia. No se justifica que el trabajador cargue, exclusivamente, con todas las secuelas de ese proceso, algunos de cuyos aspectos producen un claro beneficio social.

A través de esa vía deben establecerse nuevos canales

131 Esa situación, en parte, se vio facilitada en los últimos quince años con motivo de la aguda crisis económica que vivió el país con una fuerte inflación (que hizo que se dedicara casi toda la atención a negociar los ingresos de carácter material que se despreciaban con motivo de la inflación) y por el congelamiento de la política de convenios colectivos (1976-1988), lo que impidió la realización de un diálogo entre las partes sociales.

132 Cfr. JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *Aporte para un modelo de relaciones laborales en la República Argentina*, en Rev. "Valores", Nº 18, Bs. As., p. 37; CARLOS M. ALDAO ZAPIOLA, *Convenciones colectivas de trabajo, posibilidad de enriquecer su contenido*, "D.T.", 1987-B-2023.

que faciliten no sólo la determinación de la norma como fruto del acuerdo concertado entre los interlocutores sociales, sino también, medios para asegurar una mayor participación de los trabajadores en los aspectos vinculados con la gestión de la empresa. Con frecuencia se ha puesto el acento en la cogestión, en la participación en las utilidades, así como en la propiedad de la empresa, pero no en otros tópicos que presentan aspectos muchos más fáciles de concretar y quizá más efectivos en sus resultados que se refieren a situaciones prácticas en las cuales, por lo común, no se manifiestan graves y razonables oposiciones. Entre ellas, pueden mencionarse: *a*) al derecho de información [133] que tiene una importancia fundamental en las relaciones que se dan a nivel de empresa; *b*) la concreción de procedimientos a fin de concertar los cambios impuestos por razones de orden tecnológico, en especial en lo que concierne al desplazamiento de parte del personal y de su recalificación a fin de que pueda adaptarse a nuevas circunstancias; *c*) establecer mecanismos que posibiliten la participación de los trabajadores en el control y elaboración de nuevas normas relativas a condiciones de higiene y seguridad, así también como la adaptación de nuevas técnicas que faciliten un incremento de los niveles de "calidad de vida" laboral que se desarrolla en la empresa; *d*) establecer procedimientos que viabilizan la instancia de arbitraje, a fin de dar solución adecuada y rápida a cuestiones que no tiene sentido que se sometan a la decisión de los jueces que, más allá de que se hallan abarrotados de trabajo —lo que posterga en tiempo sus decisiones—, requiere poner en movimiento un pesado procedimiento estructurado en función de otras situaciones [134].

133 Cfr. ARTURO S. BRONSTEIN, *Derecho de los trabajadores a la información y relaciones colectivas*, "T.S.S.", 1986, p. 694; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El derecho de los trabajadores a la información, finalidad, presupuestos básicos y estructuración*, "T.S.S.", 1986, p. 493.

134 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Posibilidad de que determinadas cuestiones vinculadas con aspectos individuales o colectivos del derecho del trabajo, sean resueltas por árbitros, organismos paritarios de carácter profesional o con carácter general por autoridad judicial*, "D.T.", XLVII, p. 125.

En este sentido tiene una importancia fundamental incrementar los mecanismos y usos actuales referidos a la negociación colectiva y, en especial, a su articulación a diversos niveles. A través de ella pueden hallarse vías aptas para establecer ámbitos calificados para lograr la adaptación de la normativa laboral a la realidad, al tiempo que así se facilita una participación más activa, eficiente y decisiva.

Como lo hemos señalado, en la base de las reformas que se considera necesario adoptar, se halla la de admitir una concepción personalista del derecho del trabajo [135]. La misma debe partir del reconocimiento de los valores que surgen de una antropología jurídica que considera al hombre como un ser social con una naturaleza y vocación que lo colocan como sujeto y protagonista de la historia, con una vida psicológica y responsabilidad que no pueden quedar comprometidos a través de la relación de trabajo. Esta, por el contrario, debería ofrecerle un ámbito propicio para desarrollar todas sus posibilidades humanas [136]. Los distintos institutos jurídicos deben asegurar la primacía del hombre a través de cuya actividad se realiza el acto laboral, por sobre la economía, y por sobre las cosas que fabrica y utiliza como instrumentos; así como de la ética que se refiere a las relaciones entre los seres humanos en razón de su naturaleza, por sobre la técnica que debe utilizarse en el proceso de producción.

Una concepción personalista del derecho del trabajo que no significa establecer las bases de una ilusoria utopía (debe partir de una visión realista del hombre y del mundo), no puede prescindir de la consideración e importancia que adquiere el conflicto en la vida de relación, como un hecho que normalmente pone trabas a una armónica convivencia. Esta realidad, sin duda consecuencia de la ya referida "le-

135 Cfr. EFRÉN BORRAJO DACRUZ, *Introducción al derecho del trabajo*, 5ª ed., Madrid 1988, p. 66; ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *El trabajo humano*, en "Tratado de Derecho del Trabajo", Bs. As., 1982, t. I, cap. I, Nos. 9 y 10 ss., p. 114 y ss.; *Teoría General del Derecho*, en ídem, t. II, Nos. 4 y ss., p. 7 y ss.

136 El desarrollo de la persona incluye el de su subjetividad creadora.

sión antropológica", no puede soslayarse, así como sus consecuencias. Un derecho que pretenda actuar como auxiliar eficiente de la vida social, debe reconocer esa circunstancia, dura sin duda, que se impone; además, debe hallar cauces que favorezcan la disminución de las causas del conflicto que muchas veces constituyen nudos de injusticia. Por supuesto, esa tarea supera el cometido de la norma jurídica, ya que esa situación suele, por lo común, estar arraigada en el corazón, en la mala voluntad de los hombres, a los que no tiene sentido que se los obligue jurídicamente a ser buenos, cumplidores de sus débitos morales, para lo que el constreñimiento externo, de suyo, no es un buen modelo de solución. No obstante ello, el derecho en su acepción de ordenamiento jurídico, puede crear condiciones que faciliten el desarollo de pautas culturales adecuadas para que cada hombre —en el caso, empleado, empleador— tome conciencia de que debe adecuar su conducta de acuerdo con lo que es debido, a la "cosa justa". De esa manera, el conflicto que normalmente se produce como consecuencia del desajuste social, podrá disminuir en sus efectos, con la consiguiente mejora del tenor de las relaciones humanas y de las condiciones que aseguran una mejor calidad de vida.

Estimamos que no se trata de dar una solución óptima que encauce todos los problemas que se plantean con motivo de la relación laboral, lo que de suyo es una aspiración no siempre alcanzable, pero sí establecer pasos, pequeños quizá, para construir formas más humanas de vida.

6. *Conclusiones:* El sistema de relaciones de trabajo (S.R.T.) que el ordenamiento jurídico intenta disciplinar, sufre las consecuencias del impacto que provocan los cambios que se producen a diversos niveles (tecnológico, terciarización de la actividad laboral, mayor interdependencia entre las personas, países y regiones, incremento del comercio internacional, inflación, modificación de pautas culturales, etc.). Esa situación explica la necesidad de realizar ajustes en los modos de relación que se habían desarrollado

con anterioridad, los que se correspondían con la situación entonces existente que fue modificada por los nuevos acontecimientos. Estos, sin duda, alteraron el marco de una regulación diseñada sobre la base de un esquema rígido del tipo contractual que, en muchos países, a partir de la década del 50, se vio favorecido por un aumento de la producción económica que "no preveía límites en su horizonte".

El cambio de contexto provocó, entre otros efectos, paro, de manera tal que este, de un fenómeno coyuntural, se convirtió en uno de carácter estructural. Como reacción y a fin de paliar la situación, se propuso adecuar las relaciones laborales (en sus distintos sectores) a la realidad. A tal efecto se recurrió a la adopción de regímenes de flexibilización de los criterios legales y funcionales [137] a fin de lograr índices de mayor productividad que aseguren un crecimiento económico que, entre otros, permita: *a*) mejores niveles de salarios reales (no sólo nominales); *b*) aumentar el coeficiente de ocupación. Se trata de un medio que, en cuanto se desarrolla dentro de un marco de justicia, permite lograr una más armoniosa relación de trabajo y facilita un incremento de la participación de los trabajadores a través de la representación gremial, no sólo en la fijación de las condiciones de trabajo (que se negocian a través de los convenios colectivos), sino también en los problemas concretos planteados con motivo de la crisis: desplazamiento de personal, su reentrenamiento, administración de los servicios sociales, etc.

La modificación operada plantea nuevas alternativas. Una de ellas es la de lograr un equilibrio entre algunos aspectos de ciertas "conquistas sociales" y un régimen de relación laboral más dinámico que facilite un crecimiento socio-económico que permita redistribuir, con mayor equidad, los nuevos frutos obtenidos y las cargas que impone la innovación.

No cabe admitir que la nueva situación planteada deba significar necesariamente que el derecho del trabajo pierda

137 Corresponde distinguir entre las vías propias de una flexibilización (ver Nº 4-1) y las de una desregulación absoluta (ver Nº 4-2).

su identidad como una vía para, dentro de un ámbito de justicia, armonizar una relación "individual" entre partes que no se hallan en un mismo nivel en cuanto a su poder negocial. Sin duda, ante la nueva situación, esa rama jurídica deberá elaborar otros criterios de acción ente los cuales se hallan: *a*) el desarrollo de la negociación colectiva dinámica [138] (que no se limita a la concertación de acuerdos al expirar la vigencia de la anterior, sino que se concreta en el trato diario entre las partes sociales); *b*) la asunción por parte del Estado del rol que le compete como gerente del bien común, a fin de propender al diálogo entre los interlocutores sociales y la defensa de los intereses de la comunidad (no solo de los trabajadores) y no limitarse a actuar como hacedor (único) de la norma jurídica (papel que en forma subsidiaria debe ejercer en tanto en determinados sectores, la representación sindical no tenga capacidad para mantener, en un pie de igualdad, un diálogo con los empresarios) [139].

De acuerdo con ello, pueden señalarse algunas vías para implementar regímenes de mayor flexibilización en el ámbito de la empresa, en cuanto, en lo externo, posibilitan la vigencia de nuevas modalidades de contratación (no se reducen a un solo tipo) y, en lo interno o funcional, admitan criterios más amplios en cuanto se refiere al ejercicio del ius variandi, reasignación de tareas y categorías que tengan en cuenta la polivalencia de las aptitudes laborales, la aceptación de horarios flexibles, así como de políticas que vinculan salarios con productividad, con rendimiento, con la economía de material, y la admisión de nuevos métodos de trabajo que contemplen el funcionamiento de series pequeñas, grupos autónomos, círculos de calidad de vida y propendan a un clima de una más activa negociación dinámica.

138 La misma constituye un clima propicio para facilitar concesiones recíprocas entre las partes.

139 Cabe destacar el rol que le compete al poder público como facilitador del diálogo entre las partes, así como de la elaboración de políticas que establezcan nuevas pautas de relaciones que contemplen los intereses de la comunidad social.

En el ámbito global y sectorial, el nuevo criterio de apreciar las relaciones laborales puede propender a que la negociación colectiva incremente su acción y facilite su articulación entre diversos niveles, en especial el que corresponde a las empresas que cuentan con una dimensión apropiada para ello. Dentro de los criterios de negociación "condicionada" o bien "coadyuvante", se pueden ampliar los modelos contractuales a fin de facilitar la creación de nuevos puestos de trabajo.

En materia de seguridad social, un régimen de flexibilización debe complementarse con un sistema de seguro de empleo que no sólo se proponga otorgar una prestación económica al que ha perdido su puesto de trabajo en razón de una modificación de pautas (que suele traer aparejado un beneficio para la comunidad que, de esa manera, asume su responsabilidad, y evita que el peso de la carga recaiga exclusivamente sobre el trabajador desplazado), sino que apunte a un régimen de reentrenamiento para facilitar la obtención de nuevas calificaciones profesionales de acuerdo con los requerimientos del mercado de trabajo. De no implementarse un servicio de este tipo, será muy difícil diseñar un régimen de flexibilización que redistribuya con justicia la carga que impone el cambio social.

Con frecuencia, esos sistemas se complementan con regímenes de desgravación impositiva y reducción de la contribución a la seguridad social, así como de promoción y apoyo económico a las empresas que contratan nuevos empleados, en especial a jóvenes que ingresan a su primer empleo, desempleados de larga data, discapacitados, etc.

Consideramos que un régimen de flexibilización no puede alterar el principio básico del derecho del trabajo según el cual, en una relación entre las partes individuales, se debe asegurar un mínimo de protección a favor del trabajador que es la más débil. Por esa razón, no cabe admitir una desregulación absoluta como si se tratara de un diálogo entre quienes cuentan con igual capacidad para hacerlo, por lo que, en principio, debe asegurarse que se respete la regla

de la paridad en el cambio a fin de evitar que una parte expropie el derecho de la otra.

El tipo de contrato de trabajo, así como ciertos criterios doctrinales y jurisprudenciales que han sido elaborados a la luz del derecho del trabajo clásico, deben adecuarse a una realidad que en ciertos aspectos ha cambiado y requiere otro enfoque. El nuevo ordenamiento jurídico debe surgir de la negociación entre los interlocutores sociales y de la participación del Estado en el ejercicio de su rol de gerente del bien común (tripartismo). Ello exige no sólo una modificación de las normas pertinentes sino fundamentalmente de mentalidad tanto por parte de los operadores sociales como de la comunidad y, en especial, de quienes se dedican al derecho del trabajo, los que deben tener presente que en ese ámbito se ha producido un cambio importante.

Si bien la defensa de los intereses y de los derechos del titular de un puesto de trabajo continúa siendo un objetivo fundamental, no debe olvidarse que el mismo debe conciliarse con el de las personas que, teniendo deseo y aptitud para desempeñar un empleo, no hallan la oportunidad de hacerlo (pues los puestos de trabajo son escasos). Estimamos que, como consecuencia de lo que constituye un criterio de solidaridad social, se produce un cambio de la centralidad de la cuestión. A la consideración de lo que ocurre en la empresa (en la que normalmente se desarrollan las relaciones de trabajo que existen, que para muchos es el punto focal), debe agregarse lo que acontece en el mercado de trabajo a fin de distribuir las cargas y los derechos con mayor justicia. Sin duda, se ha producido un traslado del eje de la cuestión hacia lo macroglobal. Sin perjuicio de que la empresa debe hacer su aporte respecto de la seguridad del trabajador que se desempeña en ella, en el futuro, cada vez más, esa garantía sólo podrá brindarla de una manera más eficiente la comunidad, tanto respecto de ese personal como del que se halla en situación de paro o no ha podido ingresar aún (jóvenes) al mercado de trabajo.

Si bien el cambio de las circunstancias que se operan

no es un argumento válido para dejar de lado el fundamento último del derecho del trabajo, tiene que apreciarse que éste, en una nueva versión más amplia, debe contemplar la problemática del hombre que desea trabajar (no sólo del que tiene un empleo), al que hay que asegurarle las condiciones para lograr un puesto a través del cual no sólo colabore en la co-construcción del mundo (aspecto objetivo), sino que le ayude a autorrealizarse (aspecto subjetivo del trabajo).

Como ocurre en las demás ramas del derecho y quizá con más intensidad en la del trabajo, no puede olvidarse que una concepción personalista de las relaciones humanas que considera a los actores de éstas como sujetos, protagonistas de la historia, requiere que el ordenamiento jurídico les facilite hallar condiciones propicias para su pleno desarrollo. Esto supone la existencia de empleos suficientes para que todos los miembros de la comunidad puedan lograr uno adecuado a sus aptitudes y, con carácter subsidiario y mientras ello no ocurre por razones que les son ajenas, obtengan una compensación económica que les permita hacer frente a los gastos de mantenimiento personal y de su familia, así como la posibilidad de reconvertir su capacidad laboral para adecuarla a las nuevas exigencias que ha impuesto el cambio.

Las políticas de flexibilización, en cuanto reavivan la vieja polémica entre lo social y lo económico [140], suelen facilitar la aparición de criterios que ponen el acento en aspectos parciales de la cuestión y olvidan los globales que interesan a la sociedad en su conjunto. Como consecuencia de ello, destacan ciertos matices (a veces sacados de contexto) que denotan disfuncionalidades. Estimamos que un análisis desapasionado puede facilitar la elaboración de políticas que ayuden a armonizar los diversos intereses comprometidos y a proponer soluciones positivas no sólo para las partes sociales sino para la comunidad global.

140 Por lo común, la misma da lugar a posiciones doctrinarias que se caracterizan por su concepción "laboralista" o "economicista" respectivamente.

EL PLAN BONEX Y LOS DERECHOS ADQUIRIDOS (CAUSA "PERALTA, LUIS A. Y OTRO c/ESTADO NACIONAL")

Panel realizado en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 8 de agosto de 1991, con la intervención de los académicos doctores Germán J. Bidart Campos, Néstor P. Sagüés y Luis García Martínez, con la coordinación del académico Dr. Horacio A. García Belsunce

Dr. Horacio A. García Belsunce:

En fecha 3 de enero de 1990 el Poder Ejecutivo Nacional dicta el decreto 36 por el que se dispone que las entidades financieras reintegren a sus titulares los depósitos en caja de ahorro especial, a plazo en australes, aceptaciones y pases pasivos hasta la cantidad de un millón de australes en efectivo y por el excedente de esa cifra en Bonos Externos 1989 pagaderos a diez años de plazo y sobre la base de una relación de cambio de ₳ 1.800 por dólar estadounidense. Algunos tenedores de depósitos a plazo fijo cuestionaron la medida por considerar que importaba una conversión obligatoria o confiscación de sus pertenencias y plantearon la cuestión alegando la inconstitucionalidad de la medida. Uno de esos casos fue el planteado por Luis A. Peralta y otro, que llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía de una acción de amparo. El Alto Tribunal declaró procedente el amparo y convalidó la legitimidad constitucional del decreto 36/90.

La gravedad institucional de la decisión nos ha decidido a encarar el tema en este panel y a sus efectos debo comenzar por señalar que hay un punto importante de la sentencia que no será materia de nuestro tratamiento. Me refiero a la procedencia de la acción de amparo como vía idónea para examinar la constitucionalidad de normas legales. La posición de la Corte Suprema no es novedosa, pero ratifica en forma categórica criterios discutibles, admitiendo que corresponde indagar la validez o invalidez constitucio-

nal de normas legales por la vía de amparo, a pesar de la limitación contenida en el art. 2º, inc. d) de la ley 16.986 que no admite la referida acción cuando ella requiriese la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas, norma que no declara inconstitucional en el presente caso, admitiendo que es procedente el planteo de inconstitucionalidad cuando se pueda establecer que las disposiciones impugnadas resultan manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales.

Para el desarrollo de este panel habremos de seguir este método: el Dr. Bidart Campos se referirá al aspecto formal, o sea, a la procedencia o no de los decretos de emergencia dentro del ámbito de la Constitución y de las competencias asignadas a los poderes del Estado. El Dr. Sagüés tratará la cuestión de fondo, o sea, la constitucionalidad o no del decreto 36/90 en cuanto a las limitaciones, restricciones o alteraciones que él ha podido ocasionar al derecho de propiedad de los particulares afectados por el mismo. El Dr. García Martínez —académico titular de la Academia Nacional de Ciencias Económicas a quien agradecemos su intervención en este acto— se ocupará de la razonabilidad de la medida dispuesta desde el punto de vista económico. Terminadas las exposiciones que se limitarán a quince minutos por participante podrá debatirse por cinco minutos adicionales las manifestaciones del expositor y terminadas todas estas actuaciones, quien les habla sacará las conclusiones que correspondan. Terminadas nuestras intervenciones los asistentes podrán formular al panel preguntas por escrito.

Dr. Germán J. Bidart Campos:

El fallo de la Corte Suprema en el caso "Peralta", de 1990, ha hecho profundo impacto. El alto tribunal convalidó, con múltiples argumentos, un decreto de necesidad y urgencia —el 36/90— que sobre la base de una indudable

situación de emergencia económica, dispuso la convertibilidad de depósitos dinerarios en los bancos, en títulos públicos.

Los decretos de necesidad y urgencia son objeto de opiniones disímiles entre los administrativistas y los constitucionalistas del país. Personalmente, no los hemos aceptado y, por ende, los reputamos inconstitucionales.

No valen para el caso los antecedentes del derecho comparado cuando otras constituciones los prevén. La nuestra guarda silencio en torno de ellos. Pero de ese silencio podemos extraer la opinión de que les niega validez.

En efecto, la constitución argentina al organizar como eje troncal en la estructura del poder al principio divisorio, reparte y adjudica a cada uno de los tres departamentos gubernamentales las competencias propias; las hay expresas, y las hay implícitas. Pero una vez que las unas y las otras quedan colocadas en el ámbito de uno de los tres poderes, nos parece muy claro que ningún órgano puede ejercer las ajenas, ni por razones de necesidad y urgencia, ni por acuerdo consensuado entre el órgano que las asume y el que las declina o transfiere.

La constitución es el orden público supremo, y los órganos de poder no están habilitados para alterar o modificar la distribución competencial, porque la división de poderes no les es disponible.

A esta reflexión cabe añadirle otras. La supremacía y la rigidez de la constitución tampoco consienten que el poder ejecutivo ejercite competencias del congreso. Para decir esto no hace falta que la constitución contenga una prohibición expresa. Si hay competencias implícitas, hay a la vez prohibiciones implícitas. A la que emerge de la división de poderes se le suma la que proyecta aquella tipología suprema y rígida de la constitución. También merece invocarse el principio de legalidad y el de la zona de reserva de la ley. Lo que debe disponerse por ley en ningún caso es susceptible de disponerse por decreto del ejecutivo. Concurre, además, el perfil de la forma republicana. En suma, cuando la jurisprudencia de la misma Corte registra la pauta de que

la emergencia no confiere poderes inexistentes, pero permite que los concedidos se ejerzan con más intensidad y de modo distinto a como se ejercen en épocas de normalidad, nos está dando la verdadera orientación: la emergencia no permite que una competencia que para el ejecutivo es inexistente, porque le pertenece al congreso, sea asumida por el ejecutivo, ni siquiera en forma provisoria y ni siquiera si el congreso la tolera, la consiente, la deja pasar por alto, o no la invalida ni la legitima expresamente.

Las argumentaciones vertidas en la sentencia del citado caso "Peralta" nos permitieron decir, en ocasión de comentarlo en "El Derecho", que nos quedaba la impresión de que una grave emergencia adquiría rango supraconstitucional, y suministraba ocasión para marginar la rigidez del principio divisorio del poder. La Corte no lo sostuvo expresamente, pero la convalidación del decreto de necesidad y urgencia nº 36/90 ha revestido, para nosotros, ese alcance. La objeción no se salva por la circunstancia de que ese criterio jurisprudencial se tenga por excepcionalísimo y por recluido exclusivamente en ese caso. Aun así, ha implicado una tergiversación inconstitucional en el orbe de las competencias del poder.

Dr. Néstor P. Sagüés:

Mi intervención se va a ceñir, sustancialmente, a los problemas constitucionales de *fondo*, o de *contenido*, que plantea el decreto de necesidad y urgencia nº 36/90, en particular en cuanto al derecho constitucional de propiedad, tal como emergen del caso "Peralta".

Interesa destacar que en materia de derecho de emergencia, el derecho argentino (a través de leyes, decretos-leyes y fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) había elaborado ya, antes del fallo "Peralta", un abundante catálogo de principios y de normas que conformaban en verdad, derecho consuetudinario constitucional.

Las pautas de ese derecho "pre-Peralta" eran básicamente las siguientes: a) podía hablarse de una emergencia "procesal" (en materia, v.gr., de suspensión de juicios o de ejecución de sentencias), como de una emergencia "sustantiva" (en cuestiones de derecho de fondo: moratorias hipotecarias y previsionales; suspensión de convertibilidad; reducciones y quitas —de intereses, cánones locativos, etc.—); b) ese derecho de emergencia, para ser constitucional, debía cubrir los siguientes recaudos: responder a una efectiva situación de emergencia; tener finalidad legítima (es decir, dictarse en función del bienestar general); ser razonablemente eficaz para enfrentar el estado de necesidad; tener transitoriedad, esto es, hallarse circunscripto en cuanto a los plazos; y provocar, en todo caso, la suspensión del goce de derechos constitucionales, pero no su frustración. Me he referido a tales recaudos precisamente en esta Academia, en mi conferencia de incorporación (cfr. *Derecho constitucional y derecho de emergencia,* anticipo de "Anales", año XXXV, nº 28).

Conviene alertar que muchas de estas directrices jurisprudenciales resultaban algo vagas. Por ejemplo, en cuanto a la temporariedad de la norma de emergencia, las hubo en materia de locaciones durante décadas, y en materia de pago de deudas previsionales (caso de las leyes 17.616 y 17.905, por ejemplo) se dictaron pagos escalonados en ocho años.

Cabe preguntarse qué aporta "Peralta" al escenario descripto. Se detectan, al respecto, algunas contribuciones de enorme trascendencia.

La primera, tal vez, es que afirma que el derecho de emergencia no nace fuera de la Constitución, sino de ella misma (considerando 47º). Esto importa, nos parece, un positivo intento de juridizar una temática que algunos han encuadrado fuera del derecho, en zonas metajurídicas (*"necessitas non habet legem"*). Si se acepta lo indicado por la Corte, el derecho de emergencia tiene marcos constitucionales que de algún modo lo condicionan, no siendo, entonces, una suerte de cheque en blanco en favor del Estado.

El segundo criterio relevante de "Peralta", en cuanto la doctrina de emergencia, es que ésta "dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado" (considerando 46º). Esto significa, en buen romance, una modificación al estándar tradicional de la Corte, en el sentido de que la temporariedad de la regla de emergencia era un recaudo indispensable para su constitucionalidad. En vez de un "derecho de emergencia", lo correcto sería, a partir de "Peralta", hablar de un "derecho de necesidad" en sentido amplio (ya que una situación de excepción *no transitoria* también podría autorizar reglas de excepción *permanente*, más propias de un *derecho de necesidad* —lato sensu— que de un *derecho de emergencia*, visualizado éste, por lo común, para atender problemas coyunturales y contingentes).

En este punto, la Corte ha afrontado con bastante sinceridad un tema presente en el mundo contemporáneo, como es la existencia de casos constantes y estructurales de "estado de necesidad".

Toca ahora preguntarse cómo aplica la Corte, en "Peralta", tales pautas, en función de lo dispuesto por el decreto 36/90: la transformación de depósitos bancarios a plazo fijo, superiores al millón de australes, en bonos del Estado, pagaderos en diez años, en dólares estadounidenses.

Sobre la *naturaleza* de tal transformación la Corte Suprema no guarda coherencia, ya que por un lado, siguiendo las pautas de la ley 23.871 (art. 16), la denomina "conversión obligatoria de activos financieros", mientras que por otro (considerando 52), la llama "fuerte reprogramación de vencimientos". Lo primero, en efecto, significa un "cambio de cartera", en tanto que lo segundo alude a pagar la misma cosa, pero con moratorias.

Respecto al *efecto* de tal operación, la Corte entiende que no importó nada novedoso, ya que repetiría anteriores casos de moratoria; y que, en definitiva, no hubo menoscabo ni quita (considerando 52) para el derecho de propiedad de los afectados —puesto que recibirían a la postre sus acreencias— (considerandos 48 y 56). Añade la Corte

que no hubo tampoco "gravamen concretamente sufrido" y que el aparente perjuicio causado a los tenedores de los bonos del Estado (vale decir, a los antiguos depositantes a plazo fijo) quienes, si deseaban convertir tales bonos en la Bolsa, sólo recuperarían una parte (aproximadamente la tercera) de aquellos depósitos, importaba un agravio incierto. ¿Qué habría pasado —se pregunta el tribunal— si en lugar de disponerse aquella medida por el Estado, se hubiesen reintegrados los depósitos a plazo fijo, volcando sobre la vorágine inflacionaria tan significativa parte del circulante?

En resumen, para la Corte Suprema el decreto 36/90 fue *necesario* y *razonable*. No afectó al principio de igualdad (ya que todos los depositantes que se encontraban en la misma condición recibieron igual trato), y tampoco al de equidad (porque se eligió, para enfrentar la emergencia, a quienes poseían capacidad económica: considerando 58º). Además, las consecuencias del decreto fueron similares, explica la Corte, a las de una devaluación o desagio (considerando 55º), figuras ya admitidas en la praxis local.

Ante el fallo dictado en "Peralta", propongo reexaminar el problema desde dos perspectivas: la legitimidad *constitucional* del decreto de marras, y su legitimidad *supraconstitucional*.

En el primer terreno, el decreto utilizó una metodología novedosa: no recurrió al régimen de las moratorias (consentidas por el derecho consuetudinario constitucional argentino) sino que hizo que el Estado se incautara de dinero nacional, depositado en plazos fijos bancarios, y lo cambiase por algo distinto: bonos del Estado, pagaderos en otra moneda, y a diez años. Todo esto equivale a una suerte de expropiación, pero no previamente indemnizada en dinero, según diáfanamente lo exige el art. 17 de la Constitución nacional.

Demás está decir que si se aplica la llamada "doctrina de las consecuencias", equivalente a la "interpretación previsora" del derecho y de la constitución (tal como lo aconseja la Corte Suprema en v.gr., "Saguir Dib" y "Baliarda");

o sea, si el jurista se preocupa de verificar los resultados que produce la aceptación constitucional del decreto 36/90, no le será difícil advertir que, en el futuro, habría que autorizar al Estado —en situaciones de emergencia— a expropiar activos de cualquier tipo y abonarlos con bonos del mismo Estado, a pagar en moneda nacional o extranjera, en un plazo abierto, determinado solamente por la situación de necesidad. Y esto, obviamente, no condice con la constitución argentina.

Resta agregar que la solución implementada por el decreto 36/90 tampoco es constitucional, en orden a la desigualdad que conlleva. Fueron los depositantes a plazo fijo quienes debieron costear, básicamente, el remedio antiinflacionario, y por decisión explícita del Estado. El plan aplicado por aquel decreto no es similar al de una devaluación o desagio: perjudicó discriminatoriamente a un sector de los poseedores de moneda nacional, sin involucrar, por ejemplo, a depositantes en cajas de ahorro o cuentas corrientes, o a los simples tenedores en efectivo de australes.

En definitiva, el decreto 36/90 no cuenta con apoyatura constitucional, ni aun interpretando la constitución según una "lógica de la emergencia", o de acuerdo con las pautas del derecho constitucional consuetudinario preexistente.

Pese a todo, una norma de emergencia puede hallar legitimidad, aunque *supraconstitucional,* en los supuestos extremos de *imposibilidad material,* o de *imposibilidad racional,* de cumplimiento de la Constitución (este difícil y riesgoso tema lo hemos abordado en nuestro estudio ya citado, *Derecho constitucional y derecho de emergencia,* parágrafo 28). Pero para que esto ocurra, la medida en cuestión tiene, como *conditio sine qua non,* que ser *inevitable,* y aquí cabe destacar que los objetivos fundamentales del decreto 36/90 (impedir el retorno a plaza de los australes depositados) bien podían alcanzarse por otras vías admitidas en nuestro derecho constitucional consuetudinario (las moratorias). Otro requisito de la legitimidad supraconstitu-

cional alude, al mismo tiempo, a la *legitimidad intrínseca* de la decisión destinada a afrontar la situación de necesidad; y en este punto, el decreto aludido es inequitativo por desigualitario.

Como conclusión, por ende, tampoco tiene aquel decreto justificativo supraconstitucional.

Dr. Luis García Martínez:

La conversión compulsiva de una parte de los depósitos a plazo fijo en australes, en Bonex '89, derivó como consecuencia del denominado déficit "cuasifiscal". ¿En qué consistía éste? El Banco Central había otorgado fuertes redescuentos a la banca oficial; para evitar que esta expansión de la cantidad de dinero afectara la tasa de inflación, dispuso esterilizarla a través de la constitución obligatoria de encajes por parte de los bancos. El numen de la cuestión estribaba en que estos encajes devengaban una tasa de interés superior a la que devengaban los redescuentos. Dicho de otro modo, el Banco Central pagaba por los fondos que tomaba a los bancos, un interés más alto que el que percibía por los fondos que prestaba a la banca oficial.

En los hechos, los intereses devengados por los redescuentos no se percibían, en tanto que de los intereses devengados por los encajes, solamente se pagaba entre el 15 y el 20 %. Esto significa que el déficit fiscal devengado, era diferente al déficit fiscal de caja. De cualquier forma, ya sea por su impacto expansivo en la base monetaria (por la fracción de los intereses devengados que se monetizaba), o por su influencia en el crecimiento *nominal* de la deuda del Banco Central con los bancos (por los intereses devengados que, al no ser pagados, se capitalizaban), lo cierto es que se fue afirmando la creencia de que el déficit cuasi fiscal era la principal fuente de la inflación.

A fines de 1989, ante el fracaso del Plan B. B. (Bunge y Born), el tipo de cambio y la inflación comenzaron a cre-

cer. La tasa nominal de interés no hizo sino seguir esta tendencia, lo que ahondó la inquietud en torno al referido déficit. La "solución" que se encontró fue reemplazar la deuda del Banco Central en concepto de encajes obligatorios, por Bonex '89, título que debía ser entregado, a su vez, a los titulares de depósitos a plazo fijo en australes, más allá de un cierto monto mínimo que escapaba a la conversión compulsiva.

El 27-12-90, la Corte Suprema dictó sentencia en el caso "Peralta" sobre el denominado "Plan Bonex", declarando la validez constitucional de éste, sobre la base de una serie de consideraciones jurídicas y económicas. En lo concerniente a estas últimas, distingue entre reprogramación de vencimientos y "quita" (considerando 52), aceptando lo primero y negando lo segundo. Esta reprogramación es indudable, ya que reemplaza un crédito a 7 días frente a una entidad bancaria, por un crédito a 10 años frente a un Estado nacional que padecía un fuerte déficit fiscal, y enfrentaba una gran deuda externa. En consecuencia, reprogramar vencimientos en estas condiciones, es obligar a los afectados por el citado Plan, si desean obtener fondos a corto plazo, a aceptar una fuerte quita en su crédito original, ya que el mercado secundario de los Bonex '89 registró una paridad promedio del 37,75 % en el trimestre enero/marzo '90. En otras palabras, una reprogramación de vencimientos como la señalada, al afectar gravemente la liquidez del título original, implica en la práctica la quita que la Corte niega.

Pero donde la Corte muestra un profundo desconocimiento del fenómeno de la inflación, es en el considerando 54, donde afirma que los depósitos a plazo fijo en australes, cumplían un rol en el mecanismo existente en la economía argentina, "que aparecía de público y notorio como negativo y perjudicial para la sociedad toda", incluyendo a los propios depositantes. Nada más contrario a la verdad.

En efecto, en una economía monetaria como la argen-

tina, afectada por un largo proceso inflacionario, se da la tendencia a no mantener activos monetarios en la moneda nacional, justamente por tratarse de una moneda que se deprecia rápidamente. Así, a comienzos de la década del 80, el stock del Mi (billetes y cuentas corrientes), ascendía a 4.732 millones de dólares. Una década después (fines de 1989), con una inflación promedio, en el decenio del 80, del 355,1 % anual, este stock se redujo a 2.301 millones de dólares, es decir, a poco menos de la mitad. Asimismo, comparando iguales fechas, el stock de depósitos a plazo fijo en australes, pasó de 8.055 millones de dólares, a 4.714 millones de igual moneda. Esto muestra que la alta inflación desincentiva la tenencia de la moneda nacional; por lo tanto, si se desea mantener una cierta demanda de esta moneda, es necesario ofrecer al tenedor de ésta una tasa de interés que lo induzca a ello. El elevado nivel (en términos nominales) de estas tasas, no es, pues, la *causa* de la inflación, sino su *símbolo*, su expresión.

Este error que subyace en el Plan Bonex, se pone de relieve confrontando sus objetivos básicos (controlar la inflación y estabilizar el precio del dólar), con los resultados que produjo. En cuanto a la inflación, ésta fue en diciembre de 1989, medida por el índice de precios al consumidor, del 44,0 %. En el trimestre enero-marzo de 1990, fue del 76,1 % mensual (promedio). En lo que hace al tipo de cambio, en diciembre de 1989 el dólar se cotizó a 1.345 australes (promedio). En este trimestre, la cotización promedio fue de 3.373 australes por dólar. Las cifras hablan por sí solas respecto del logro de los objetivos que inspiraron el referido Plan. La inflación y el deterioro del tipo de cambio comenzaron a revertirse cuando se dictó el decreto Nº 435 (4-3-90), que contiene una serie de disposiciones tendientes a eliminar el déficit fiscal, con lo que sí se apuntaba a un factor clave de la inflación.

Por último, en el considerando 55, la Corte asimila la pérdida (que ahora parece reconocer) de los afectados por el mencionado Plan, con la derivada de una devaluación.

Esto no es así, porque los depositantes a plazo fijo en australes, tuvieron la opción de pasarse a dólares si temían una devaluación. Si no lo hicieron, fue porque se sintieron atraídos por las altas tasas de interés en australes. Por lo tanto, si fueron perjudicados por una devaluación, se trata de un *riesgo calculado*, que deben aceptar sin protestar, porque éstas son las reglas del juego, que fueron violadas precisamente por el Plan Bonex, al castigar a los que optaron por quedarse en australes, desafiando el alto riesgo de devaluación que había en ese entonces.

Dr. Horacio A. García Belsunce:

Las conclusiones de los panelistas han sido concordantes en cuanto a la inconstitucionalidad del decreto 36/90 por razones formales (Dr. Bidart Campos) y por carecer de legitimidad intrínseca tanto constitucional como supraconstitucional (Dr. Sagüés). Es cierto que la doctrina está dividida entre los constitucionalistas y los administrativistas en cuanto a la validez de los decretos de necesidad y urgencia. En mi opinión no son válidos porque afectan las competencias asignadas por la Constitución a los poderes del Estado, las que no pueden ser alteradas so pretexto de una interpretación elástica o dinámica de la Constitución. Sin embargo, admito la validez de estos decretos en situaciones excepcionales que se dan en dos casos: cuando el Congreso está en receso o cuando por la naturaleza de la materia ella no puede ser sometida a un debate legislativo, como sería la fijación del tipo de cambio de la moneda nacional o la de aranceles de importación o exportación, supuestos éstos para los que la doctrina y la legislación financiera de antigua data admiten las llamadas "leyes candado", particularmente en el derecho francés. Pero aun en estos casos, considero que la validez de tales decretos está supeditada a la ratificación, que entiendo debe ser expresa y no tácita, tal como lo prevé en términos perentorios la constitución italiana.

Respecto de la ratificación, la Corte insinúa que el decreto 36/90 estaba ratificado tácitamente porque fue invocado por el art. 16 de la ley 23.871 que alude a las conversiones obligatorias de activos financieros dispuestas por el poder ejecutivo al 31 de diciembre de 1989 y agrega, además, que la ratificación podría resultar innecesaria porque la emergencia ya estaba dictada por la llamada ley de emergencia económica Nº 23.697. Es por ello que autores como Bianchi dicen que el decreto 36/90 es un reglamento de ejecución de la ley 23.697. Discrepo con tan autorizada opinión y considero que el decreto 36/90 no está ratificado porque la ratificación, en mi opinión, como he dicho anteriormente, debe ser expresa.

La Corte ha aceptado desde tiempo atrás el estado de emergencia y, consecuentemente, que leyes de emergencia pueden limitar derechos constitucionales. En el caso "Russo contra Delle Donne" dijo el Alto Tribunal que la emergencia debía reunir cuatro requisitos: ser establecida por ley; ser transitoria; responder a fines superiores y ser razonable. Insisto en este último recaudo que significa la adecuación de los medios elegidos por la norma con los fines perseguidos por ella. Esto es lo que se entiende —según Juan Francisco Linares— como la razonabilidad jurídica, la que supone, además, la razonabilidad fáctica que es la relación de eficacia de los medios con el fin buscado.

Agregaré que, como dijo Repetto en voto en disidencia en la causa "Avico contra de la Pesa" —siguiendo precedentes de la jurisprudencia norteamericana—, la emergencia no crea derecho ni poderes inexistentes; sólo permite usar los existentes con mayor intensidad. A ello agregó que la emergencia limita pero no suspende las garantías constitucionales, lo que sí ocurre en el estado de sitio.

Aplicando estos conceptos al caso que nos ocupa, diré que coincido con la Corte cuando ésta dice "que no hay violación al derecho de propiedad porque no se priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos y sólo se limita temporalmente la percepción de

tales beneficios", lo que implica dar por sentada la buena doctrina, pero lo que resulta sorprendente es que precisamente en el caso "Peralta" la Corte sostiene esa teoría pero falla contra la misma, porque es indudable que el decreto 36/90 no ha limitado temporalmente los beneficios que hacen al derecho de propiedad de los tenedores de los depósitos a plazo fijo sino que, por el contrario, ha privado a ellos de beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos. Como nos acaba de decir el Dr. García Martínez la conversión de los depósitos a plazo fijo por los Bonex ha implicado, contrariamente a lo que enfatiza la Corte, una quita y no reprogramación de los vencimientos. Sostiene el Alto Tribunal que no se afecta el valor real y que si la cotización era inferior al valor nominal no se sigue de ello que en valor real y frente a procesos verdaderamente descontrolados de la inflación que se había desatado, aquella quita haya efectivamente ocurrido.

Demostraré lo contrario con el siguiente ejemplo: supongamos un plazo fijo de ₳ 1.000.000 que convertido al tipo de cambio de ₳ 1.800 por dólar que fijó el mismo decreto 36/90 da lugar a la entrega de Bonex por valor nominal de u$s 555. Tomando un valor aproximado de cotización en estos días del 70 % para dichos Bonex, el valor real del poseedor obligatorio de ellos sería de u$s 388, lo que significa al tipo de cambio actual (₳ 10.000 por dólar) una tenencia en australes para el titular de esos Bonex equivalente a ₳ 3.880.000. Si actualizamos el depósito originario de ₳ 1.000.000 por la evolución del índice de precios al consumidor por el período que corre entre el 1º de enero de 1990 y el 31 de julio de 1991 (2.414 %) aquel depósito debería representar actualmente la suma de ₳ 25.140.000. La diferencia entre esta cifra y la de la tenencia en australes de los Bonex en dólares que, como hemos visto, es de ₳ 3.880.000, nos pone en evidencia la verdadera quita que desconoce la Corte. Visto lo que antecede, ¿puede sostenerse que no se afectó el valor real de los depósitos?

Por todo lo expuesto y recordando que la Corte Su-

prema ha dicho en la causa "Nación Argentina contra Düring Lausen" (1957) que la emergencia está sujeta en un estado de derecho a los mismos principios que amparan la propiedad en épocas normales, concluyo que el decreto 36/90 en cuanto afecta el valor real o los beneficios patrimoniales de los depósitos a plazo fijo es inconstitucional, porque significa alterar derechos adquiridos, lo que está vedado por imperio del art. 28 de la Constitución Nacional. Es del caso reiterar lo dicho en otras oportunidades: limitar, sí; alterar o vulnerar, no.

LOS DERECHOS DE LAS PROVINCIAS A LAS MINAS DE SUS TERRITORIOS

Disertación pronunciada por el académico correspondiente Dr. Francisco M. Uriburu Michel, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 22 de agosto de 1991

Palabras del académico doctor Segundo V. Linares Quintana

Es para mí tan grato como honroso cometido presentar y dar cordial bienvenida al nuevo Miembro Correspondiente de esta Academia, Dr. Francisco M. Uriburu Michel, al que deseamos el mayor éxito en sus tareas académicas, quien disertará sobre el tema: *Los derechos de las provincias a las minas de sus territorios.*

El Dr. Uriburu Michel nació en la ciudad de Salta, en la cual cursó sus estudios primarios y secundarios, para culminar el ciclo formativo en las aulas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

Ejerció la docencia como Profesor de Instrucción Cívica y de Historia Argentina en el Colegio Nacional y en la Escuela Normal de su ciudad natal.

Asimismo, actuó como Profesor Extraordinario de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Salta, y desde 1941 hasta 1943 se desempeñó como vocal del Consejo General de Educación de Salta.

Demócrata sincero fue siempre fiel a sus firmes convicciones republicanas, defendiendo el leal cumplimiento de la Constitución Nacional de 1853-1860, "la Nación Argentina hecha ley", al decir del Constituyente Juan María

Gutiérrez, así como la efectiva vigencia del principio federal y los derechos de las provincias.

En decisivos momentos institucionales publicó un valioso y señero trabajo sobre *La nulidad de la reforma constitucional de 1949 y la soberanía de Salta,* que fue muy tenido en cuenta por los estudiosos y la ciudadanía en general.

Elegido por el pueblo de su provincia, integró la Convención Nacional Reformadora que se reunió en Santa Fe en 1957, y fue uno de los once convencionales que dejaron sin quórum al cuerpo constituyente para evitar la reforma amplia y perniciosa de la Constitución fundacional e histórica de la República.

El Dr. Uriburu Michel actuó como Presidente de la Comisión Revisora y Coordinadora de la Legislación de la provincia de Salta en 1956 y presidió igualmente la Comisión Asesora del Gobierno salteño sobre los derechos de ese Estado local en el río Bermejo en el mismo año.

Por encargo del Interventor Nacional en Salta, don Julio A. Castellanos, redactó el decreto provincial nº 4.698/E. del 19 de octubre de 1962, que encomendaba al Fiscal de Gobierno de la provincia plantear la impugnación de inconstitucionalidad de la ley nacional nº 14.773 sobre la nacionalización de los yacimientos de hidrocarburos.

Cabe recordar también que, en 1956, el Dr. Uriburu Michel presidió la Comisión Asesora del Gobierno de su provincia sobre el Congreso del Petróleo.

Además, ejerció activamente y con singular brillo la profesión de abogado, ocupando en dos oportunidades la Presidencia del Colegio de Abogado provincial, entidad a la cual representó en varias conferencias organizadas por la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

Su vocación de estudioso se manifestó en muchos valiosos trabajos y artículos sobre diversos temas de derecho constitucional, derecho público provincial y municipal, derecho parlamentario, derecho minero, históricos y políticos publicados en diarios y revistas, como la "Revista del Co-

legio de Abogados de Buenos Aires", "La Nación", "La Prensa" y otros órganos de comunicación.

Destacóse como periodista y editorialista en los diarios "Norte", "El Intransigente" y "La Provincia", del cual fue director.

El Dr. Uriburu Michel es miembro titular desde su fundación de la Asociación Argentina de Ciencia Política; Miembro Correspondiente del Instituto San Felipe y Santiago de Salta; Miembro Correspondiente del Instituto de Derecho Parlamentario del Senado de la Nación; ha integrado la Comisión Especial de la Fundación Bunge y Born para el discernimiento del Premio en Derecho en 1988; y ha disertado desde la tribuna de calificadas instituciones académicas y culturales.

En el ámbito empresario, fue cofundador del Banco Regional del Norte Argentino, que fuera la primera institución crediticia privada de la provincia de Salta, en 1957.

Fue también cofundador y Presidente durante quince años de la Compañía de Radio y Televisión de Salta, CORTESA, titular del Canal 11 TV 89, la primera televisora de su provincia.

Importante faceta de su personalidad fue su actuación en el campo de la praxis de la política, con claro sentido institucional a la vez que profunda inspiración ética. Porque tuvo siempre el convencimiento de que —como escribiera Miguel de Unamuno— "la democracia nos impone más obligaciones y deberes que nos confiere privilegios y derechos. Y el primer deber que la democracia nos impone es interesarnos en el manejo de la cosa pública, de la *res publica*... Lo primero que un ciudadano necesita tener es civismo y no puede haber patria, verdadera patria, donde los ciudadanos no se preocupan de los problemas políticos" (Miguel de Unamuno, *Antología*, México, 1964, p. 376).

Es así que el Dr. Uriburu Michel fue elegido diputado provincial por el Departamento de Molinos en 1936 y por el Departamento de Capital de su Provincia en 1942; Pre-

sidente de la Unión Provincial de Salta, delegado y convencional ante el Partido Demócrata Nacional, la Federación de Partidos del Centro y la Unión Provincial.

Debo señalar que el sincero y profundo sentimiento federal del doctor Uriburu Michel, lo ha llevado, a través de todas las circunstancias de su vida, a la defensa permanente e irreductible de la autonomía política y económica de las provincias, entidades originariamente independientes y soberanas, que al constituirse la República Federal, a través de la Constitución Nacional, delegaron una parte definida de sus poderes en el gobierno central, reservándose el remanente, consumando el histórico sacrificio de sus recursos más importantes para la formación y sostenimiento del gobierno de la Nación, en una unión indestructible de Estados indestructibles. Como dijera Alberdi, "el Gobierno General no es un gobierno ajeno de las provincias; es un gobierno tan peculiar y propio de las provincias como el local de cada una. Lo que hay es que lo forman todas juntas, en lugar que el otro es obra aislada de cada una. Entre los dos se complementan y los dos forman el poder íntegro y total del pueblo de las provincias argentinas" [1].

La Garantía Federal que, de conformidad con las normas y los principios de la Constitución, el Gobierno Nacional está obligado a prestar a todas y cada una de las provincias, comprende, en primer término, la garantía del derecho a la existencia integral, la indestructibilidad y la integridad territorial de las provincias, inherentes a su calidad de estados, a la vez que a su condición de entidades políticas originariamente soberanas y preexistentes a la Constitución Nacional.

Y la garantía de la integridad física de las provincias, tanto con respecto al Gobierno Federal como a las demás provincias comprende, a su vez, todos los elementos que integran su territorio, e incluye el suelo, el subsuelo mineral

1 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Derecho público provincial argentino, Obras selectas*, Buenos Aires, 1920, t. II, p. 178.

e hídrico, el espacio aéreo, como así también el conjunto de sus recursos naturales. Abarca asimismo la propiedad y el uso de los ríos interprovinciales no navegables situados dentro de los límites de la provincia respectiva, así como el aprovechamiento de sus aguas, en este caso, en medida justa y razonable y con respeto de los legítimos derechos e intereses de las provincias abajeñas.

De acuerdo con el decreto-ley nº 4.362, dictado el 30 de noviembre de 1955, que establece el régimen jurídico de las Academias Nacionales, éstas "tienen por objeto congregar a las personas más conspicuas y representativas en el cultivo de las ciencias, las letras y las artes, con el fin de intensificar el estudio o el ejercicio de las mismas; promover el progreso de sus diferentes disciplinas; estimular la plenitud de las vocaciones intelectuales; difundir el fruto de sus trabajos y enaltecer en el país y en el extranjero, el prestigio de la cultura nacional. El título de académico es vitalicio y constituye el honor que se discierne a quienes hayan dedicado su vida, con relevante mérito, a los fines enunciados" (art. 1º).

Dice también el referido decreto-ley, que "las Academias Nacionales están constituidas por académicos titulares o de número y académicos correspondientes. Los primeros no podrán ser menos de veinte ni más de cuarenta; y los segundos serán elegidos en el interior y en el exterior del país".

Y conforme al Estatuto de nuestra Corporación, los académicos correspondientes la representan en el lugar en que residen.

La norma legal y estatutaria ha querido, con claro espíritu federativo, que superando el obstáculo de la distancia geográfica, las Academias, en función de su carácter nacional, pudieran distinguir con tan empinada jerarquía intelectual a conspicuas personalidades de las ciencias, las letras y las artes, del interior del país, enriqueciéndose con su valioso apoyo y colaboración.

Tal es el caso del nuevo Miembro Correspondiente,

Dr. Francisco M. Uriburu Michel, que ejercerá con competencia y dignidad la honrosa representación intelectual de su provincia en este "valle solitario de la ciencia", según las inspiradas palabras de Joaquín V. González, donde en el apacible atardecer de su fecunda vida, su elevado y progresista espíritu encontrará reposo, al decir de Osvaldo Loudet, en este ámbito académico, del trabajo sin ruido, la meditación penetrante y la serenidad luminosa, en que se puede escuchar el suave aleteo del espíritu en su viaje incesante hacia la luz y en donde los hombres mejor se comprenden, donde más se respetan y toleran, donde más se sienten hermanos, donde más y mejor estudian y trabajan.

LOS DERECHOS DE LAS PROVINCIAS A LAS MINAS DE SUS TERRITORIOS

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Confío en vuestra benevolencia para aceptar mi iniciación con el nombre de mi padre, el Dr. Francisco M. Uriburu, autor de un trabajo sobre *Derechos Históricos y Constitucionales de las Provincias a las Minas de sus Territorios,* publicado en 1923, donde aludía al derecho romano como origen del derecho español, mencionando el informe de Ajam en Francia, el descubrimiento de Ajustrel en Portugal y a los sabios estudios de Mispoulet donde se instala la división del suelo y subsuelo para reservar el primero al superficiario y el segundo sujeto a concesión del Estado, origen entonces de nuestro régimen de Minería.

La legislación de Minas en el derecho indiano fue prolija y abundante. El primer cuerpo conocido de regalismo se remonta al Fuero Viejo de Castilla en 1118 donde se establece "las minas son del Rey e ninguno sea osado a labrar en ellas"; concepto reproducido en Las Partidas de 1256, luego en el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en las Ordenanzas Reales de Castilla en 1387, en el Nuevo Cuaderno de 1584 y en las Ordenanzas de Méjico donde se leen las frases "son del Rey", "son de mi Real Corona", "del Real Tesoro", principios que pasaron a las Colonias, regalismo que permitió dar las minas en concesión.

En las citas del derecho indiano es importante anotar las Ordenanzas de Toledo de 1540, el Virrey a quién debemos la fundación de Salta. Luego aparece la Recopilación

de Indias en 1680 y las Ordenanzas del Perú de 1683, bases influyentes del derecho minero del Perú, Chile y Río de la Plata.

Naturalmente estas Ordenanzas fueron modificándose con sucesivas leyes intermedias y duraron hasta que en la segunda mitad del siglo XIX las repúblicas americanas dictaron sus Códigos tomados también de las leyes de Francia, las posteriores de España, de Austria, la Prusiana y la Sajona.

En el período anterior a la Constitución del 53 se trabajaron minas de oro y plata en San Luis, en Famatina en La Rioja; en Salta las del Acay y San Antonio de los Cobres. La Asamblea del año XIII se ocupó del fomento de la minería implantando la libertad de industrias y la igualdad entre los nativos y extranjeros; propició un Tribunal en Potosí, donde se auspiciaba una reunión cuando "cesaran las armas" para dictar modificaciones. La legislación española prevalecía y el Estatuto de 1817 declaró su vigencia siempre que no riñese con la libertad e independencia; a través de ella se implantó el reconocimiento incuestionable de propiedad de las provincias en las minas de su territorio.

Por esos años llegó Mrs. Andrews que conviene con Tucumán trabajos en el Aconquija. Salta también negocia con Andrews sin llegar a nada.

Cuando Rosas no se registran referencias a trabajos mineros. San Juan y Córdoba dictaron normas para reglamentar los laboreos; alguien recuerda que en Córdoba se trabajaron 13 minas y con 300 y 450 operarios; evidentemente las provincias ejercitaron jurisdicción y dictaron leyes de minería inclusive Buenos Aires; además se crearon la Casa de la Moneda en Córdoba y el Banco de Rescate en La Rioja.

Es interesante anotar que Quiroga fue empecinado en la defensa de los derechos de La Rioja, Mendoza y San Juan. Hostigó a unos ingleses a pesar de los 200 mineros europeos que traían con ellos y todo fracasó.

PERÍODO INTERMEDIO

Los gobiernos emanentes de la Revolución de Mayo no dictaron ninguna ley de cumplimiento forzoso para las provincias; las que se encuentran son todas fruto de las propias provincias. Prueba de ello es que éstas llegaron a acuerdos que luego el Preámbulo de 1853 recoge como "pactos preexistentes" para remarcar que las provincias eran anteriores a la Nación. Entre esos pactos, alrededor de 50, están el del Pilar de 1820, el Cuadrilátero de 1822, el Federal de 1831, el más importante por su definición; entre ellos caben el de San Nicolás de 1852 y el de San José de Flores de 1859, tendientes todos a reunirse en federación, en un Congreso federativo, bajo un sistema federal para asegurar la libertad, la soberanía y la independencia.

En el Preámbulo vale recordar que la Constitución se daba para "la unión nacional" con lo que el Congreso del 53 ratifica el Acta de 1816 cuando en ella se menciona la "voluntad unánime de estas provincias" para darse "de hecho y de derecho con amplio y pleno poder las formas que exija la Justicia". Queda claro que al proclamarse nuestra independencia se hace conforme a las formas que elijan las provincias; todo lo cual concreta el concepto de unión y no de unidad, que arranca de los discursos de Castelli y de Paso del 22 de mayo.

Ningún pacto de las provincias implicó cesión de sus bienes físicos a la Nación; sólo transfirieron algunos poderes, con expresa retención de los no delegados (art. 104 C.N.). Esto autoriza a decir a Cano que una ley nacional no puede privarlas de su subsuelo y a Bidart Campos que ni siquiera podría hacerlo una reforma constitucional.

Es adecuado recalcar que la Constitución de 1853-1860 fue el pacto esencial de la Nación y con ella no hubo transferencia de bienes. Su preámbulo, sus artículos 1º, 3º, 13º y 104º consolidan y tienen por base el dominio y jurisdicción provincial confirmado rotundamente por los arts. 2339, 2342, inc. 1º y concordantes del Código Civil, la ley 726, el

art. 7 del Código de Minería cuyo contexto histórico llega a la ley 12.161 de 1935 roto abruptamente con la Constitución de 1949, la cual inficiona sorprendentemente a las leyes 14.473 y 17.319.

Después del fracaso de las constituciones de 1819 y 1826, las provincias, por resoluciones propias, aplicaron las Ordenanzas de Méjico con su regalismo, y las concesiones otorgadas a su mérito fueron en función de su derecho privado. Recuérdese que el Congreso del año 1824-1826 dictó la Ley Fundamental en enero de 1825 donde se reconocía la preexistencia de las provincias.

Desde el interior no es fácil investigar y clasificar los actos de las demás provincias, prueba ésta de que todas ellas tienen su vida institucional diferente; pero puedo mencionar los de Salta, como la Memoria de don Manuel Solá muy interesante, los mensajes del Gobernador Delfín Leguizamón, la ley de 1882 con la que se concede a los Sres. Alteget y Méndez permiso para explorar aceites y minerales bituminosos, es decir, el petróleo; y también la ley con la que Salta autoriza mutilar su territorio para erigir la Gobernación de Los Andes. En Jujuy y en Mendoza también se dieron permisos para exploraciones de esta naturaleza más o menos contemporáneamente. Más adelante Salta, no bien apartada la Constitución del 49, da el decreto 432 en 1956 estableciendo su jurisdicción minera y el procedimiento para exploración y explotación de las minas.

SOBERANÍA

Se advertirá mi insistencia en calificar de soberanía a las potestades de las provincias que comúnmente se denominan autonomía. Mitre después de haber empleado con propiedad la calificación de soberanía en un célebre debate sobre jurisdicción de los ríos interprovinciales, fue en definitiva el creador de la palabra autonomía para configurar las atribuciones provinciales. No me es permitido explayarme en

este tema, baste remitirse a Guillermo Cano que desde 1935 viene estudiándolo y demostrando que por haber sido primero las provincias, al acudir a la creación de la Nación, concurrieron con su soberanía íntegra a ceder parte de ella en aras de su creación, pero con expresa reserva de sus poderes no delegados y no hay delegación de dominio ni jurisdicción ni del patrimonio público de sus tierras, ni de aguas de ninguna naturaleza, ni de energía, ni de flora, ni fauna, ni minería. La soberanía local es poder de decisión, enajenación o gravamen, de arrendamientos, de concesiones, reservas, vedas, límites o grados, tributación, regalías, condiciones técnicas de explotación, talas, reforestaciones, precios, tarifas y un estilo y calidad de vida, incluido el litoral marítimo de las provincias atlánticas, las cuales tuvieron dominio y jurisdicción sobre el mar territorial, su lecho y subsuelo. Cano destaca que con el despojo la Nación se fabricó un territorio nacional sobre la costa atlántica.

A nadie se le escapa que la Nación con una espesa legislación ha implantado el dominio y jurisdicción del subsuelo nacional con la caparazón de pagar regalías a las provincias petroleras. Con absoluta razón todos se preguntan por qué si los hidrocarburos son de la Nación se reconoce una mínima participación únicamente a las provincias petroleras.

Esta participación, extraña al dominio y jurisdicción del subsuelo, además viene dando lugar a permanentes quejas de las provincias. Santa Cruz, por ejemplo, denunció que la Nación le paga apenas el 58 % del total adeudado por participación; Mendoza declara que con el 35 % menos que la Nación le ha abonado, ella hubiese podido construir el Dique de Potrerillos; y Salta anota que de haberse cumplido el convenio de la ley 628 de 1940, el dique de El Tunal debió costearlo Y.P.F.

Alberdi en su *Derecho Público Provincial* habla de los poderes inherentes a las soberanías de las provincias, igual que en *El Sistema Económico y Rentístico de la Confederación.*

Manuel Moreno, integrante del bloque federal en 1826, negó al Congreso la facultad de disponer de tierras de las provincias.

Joaquín V. González en su *Manual* enseña que las provincias no son meras dependencias administrativas, sino verdaderos estados, con jurisdicción y soberanía para su legislación exclusiva sobre bienes raíces.

De cualquier modo y sea cualquiera la cantidad de dinero, por menguada que fuese, que la Nación abona por participación o regalía, cada vez que lo hace reconoce expresamente la soberanía provincial.

Si hay algún estado argentino que luchó y puso de manifiesto su soberanía es la provincia de Buenos Aires, que llegó a escindirse de la Confederación y tuvo una guerra civil y la aprobación de su legislatura para llegar a la Convención de 1860 donde impuso sus principios federales.

Ellos están reconocidos curiosamente en el art. 1º de la ley 14.773 y en el 12 de la ley 17.319, dictadas ambas, sin embargo, con el deliberado propósito de arrebatarles a las provincias su dominio y jurisdicción. También es curioso que el Presidente Illia para fundar sus decretos 744 y 745 de 1963, encaminados a anular los contratos de Frondizi, esgrimiera la negativa a la Nación de otorgar concesiones en territorios provinciales.

Jorge M. Mayer hace una detallada enunciación de los actos cumplidos por las provincias en ejercicio de su soberanía en materia de hidrocarburos; señala las leyes 21.778 sobre contratos de riesgo y la 22.259 de 1980 en la que su art. 412 autoriza a las provincias a convenir con la Nación las áreas de su dominio originario. Con ellas se relaja el monopolio *à outrance* de la 17.319.

La intransigencia torpe de la absorción estatal prefigurada en la obligación de pintar de blanco y azul los surtidores para enseñorear la argentinidad de la nafta, así proviniese ésta de refinerías internacionales, fue decayendo y hoy la política emocional de excluir el capital y la tecnología

extranjeros exhibe su irracionalidad, y así el presidente Alfonsín viajó a EE. UU. a elucubrar el plan Houston.

Davinovic, un malogrado estudioso y publicista, protestaba contra quienes combaten las explotaciones provinciales usando como armas de guerra para herir y matar los calificativos "entregadores de la patria" y "de las riquezas argentinas", los mismos que combaten el colonialismo externo y extreman la supremacía nacional menoscabando a las provincias, a las cuales eliminan de toda representación en los omnímodos organismos estatales.

LA LEGISLACIÓN POSTERIOR A 1853

Los mismos hombres, incluso muchos de los constituyentes del 53, intervinieron en la redacción de las leyes inmediatas posteriores por lo que lo consagrado en ellas tiene autenticidad singular para entender la voluntad legítima de respetar la propiedad y la jurisdicción de las provincias o de la Nación sobre las minas de su territorio.

Quienes defienden la doctrina unitaria y centralista de que las minas pertenecen a la Nación, hacen pie y arrancan con clarinadas, del Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación del 9-XII-853 redactado por Fragueiro, hombre de ese momento histórico. Sin embargo, ese Estatuto no tiene la trascendencia ni consagra nada específico sobre el dominio de las minas, y cualquier cosa que quisiere encontrarse en su texto fue inmediatamente contradicho por la legislación sobreviniente. En suma el Estatuto reitera lo establecido por las provincias respecto a la aplicación de las Ordenanzas de Méjico y resalta que ella se hará con las modificaciones de cada una de las legislaturas locales; su único objeto fue unificar provisoriamente la legislación y dar rentas a la Confederación, como que llegaba al extremo de incluir las tierras provinciales y nadie ha pretendido que ese Estatuto hubiese abolido la soberanía de las provincias; y en definitiva caducó con la reforma de 1860 y con el Código de Minería.

Es más, la ley 725 del 28-III-1875 encomendaba la redacción del Código de Minería consignando que las minas son bienes privados de la Nación o de las provincias. El redactor, Dr. Oro, violó la consigna y fue reemplazado y su proyecto rechazado *in continenti*, a raíz de lo cual Avellaneda, autorizado a designar el sustituto, lo nombra al Dr. Enrique Rodríguez. Éste, no obstante su experiencia minera en Chile, donde regía una legislación unitaria, de todos modos consignó en el art. 7 el dominio de las provincias o de la Nación según el territorio, pero en su nota hizo comentarios contradictorios impulsado por sus ideas en política minera. Cualquiera fuese la importancia a dar a esas notas, lo cierto es que Rodríguez al elaborar el art. 7 consagra un imperativo de la Constitución siendo irrelevantes sus opiniones de un claro contenido económico y sin base institucional.

El Dr. Filemón Posse impugnó el Código de Rodríguez, ante la Comisión Revisora, la que rechazó: a) la prohibición a las provincias de explotar directamente sus minas; b) la negativa de aplicar contribuciones o tributos a las minas; c) la creación de tribunales superiores y de personal nacional; d) establecer determinada organización, jurisdicción y competencia en el Código; e) ciertas funciones administrativas.

Así se establece que el dominio de las provincias sobre sus minas está pétreamente legislado en el Código de Minería, el cual rigió 50 años sin modificaciones hasta la ley 10.273 que en nada alterara lo prescripto en el art. 7, cuyo contenido se ratifica por ley 12.161 de 1935, confirmatoria de este aforismo, hasta el lamentable artículo 40 del 49 que intenta confiscar sus recursos naturales a las provincias en términos de despojo extremo, que el propio inspirador trata luego de amortiguar atribuyendo participación sólo a provincias petroleras sin ninguna legitimación coherente. Es adecuado traer a colación la cita de Mercado Luna relativa a la referencia de Faustino Infante en su estudio de "J.A.", 1951-IV, p. 74, alusiva a la discrepancia de Perón con el miembro informante del 40, Dr. Sampay, respecto al derecho de las provincias sobre sus minas; o sea que ese ar-

tículo 40 careció de claridad conceptual y de muy poca vigencia porque su omnipotente hacedor pronto entró a violar su estatismo y monopolio al celebrar el malhadado contrato con La California, donde se negó la jurisdicción nacional para someter los conflictos a árbitros particulares del exterior.

LA LEGISLACIÓN POSTERIOR A 1935

Entre este año y 1943 las provincias dictan leyes necesarias para el ejercicio de su jurisdicción minera en el entendimiento concreto de que las minas les pertenecen; pero este sistema se trunca repentinamente con la Constitución de 1949 a cuyo artículo 40 acabamos de referirnos.

Con motivo de este cambio sustancial en el que abruptamente el sistema federal se transforma en régimen unitario, las provincias dóciles van dictando leyes para acomodar su contradictoria situación. Así Salta dicta la 1592 y conviene con Y.P.F. que la participación se hiciera en provisión de combustibles para uso oficial. Este método no pudo ser más desfavorable. El desbarajuste de las cuentas de Y.P.F. y la falta de informes periódicos, de pronto, lo hacen aparecer a Y.P.F. como acreedor de sumas importantes. El interventor Nogués Acuña impugna las cuentas y sostiene que Salta en vez de adeudar $ 61 por m^3 extraído era acreedora de $ 133. La polémica se complica porque las cuentas nunca se aclaran.

LA LEGISLACIÓN POSTERIOR A 1955

Aquí cumple referirse a la Convención Constituyente de Santa Fe frustrada por quebrantamiento de quórum para impedir la nacionalización de los recursos naturales y el monopolio absoluto de los servicios públicos, aparte de otros temas impropios de incluirse en el texto constitucional. De haber prosperado las reformas propiciadas, evidentemente el plan Houston y su secuela no habrían podido tramitarse por inconstitucionales.

El presidente Aramburu, al convocar la Convención, tuvo la imprudencia de mencionar la necesidad de establecer el régimen de los hidrocarburos. Aramburu con su Ministro Cueto Rúa dieron muestras de abandonar el monopolio estatal, pero ante la exacerbación reinante en esa época, prefirieron transferir a la Convención el debate respectivo. Ello trajo gran repercusión en mi provincia; el Comité de Defensa del Petróleo presidido por Michel Torino hizo manifestaciones exigentes de respeto de los derechos provinciales, y se dirigió al Presidente de la Convención de 1957 reclamando la necesidad de que sus decisiones no lesionaran el patrimonio económico e institucional de la Provincia. A su vez el partido "Unión Provincial" hizo también manifestaciones muy concretas y declaró que su representante en la Convención de Santa Fe debía retirarse definitivamente de su seno en el instante mismo en que el Cuerpo entrase a tratar estos temas lesivos para la provincia.

LA DOCTRINA NACIONAL

Muchos son los autores y comentaristas que apoyan y enriquecen la tesis de la propiedad de las minas a favor de las provincias o de la Nación según el lugar del yacimiento. Es útil una enumeración de los mismos. Comencemos con Joaquín V. González, verdadero maestro del derecho público; luego Francisco M. Uriburu, que a más de trabajos formuló como Diputado de la Nación un proyecto de ley muy completo en 1917; Matías G. Sánchez Sorondo, talentoso catedrático de Minería; Segundo Linares Quintana, fecundo tratadista de eminente vastedad; Juan A. González Calderón con cuyos libros se formaron numerosas camadas de abogados: Benjamín Villafañe Gobernador de Jujuy y defensor acérrimo de los derechos provinciales; José Alfredo Martínez de Hoz autor de trabajos diversos, que llegó a Salta imbuido de teorías unitarias y dejó su Ministerio de Hacienda convertido en empeñoso defensor del federalismo orientando

la Conferencia de Petróleo en Salta y el Congreso de Minas de Catamarca, ambos de 1956, y las Jornadas del Río Bermejo en el Chaco, triunfando en todos la tesis denominada "de Salta" sobre el derecho de las provincias, recordados por Hipólito Jalil en "La Ley" en 1961; a De Tomaso le pasó igual, socialista de largas luchas se convirtió en defensor de la propiedad de las provincias cuando pasó a ser Ministro del Gral. Justo; Guillermo Cano estudioso constante y erudito de los recursos naturales y su régimen jurídico; César Enrique Romero; Alberto A. Natale; Atilio Cornejo; José Lozano Muñoz; Emilio Jofré; Randolfo Paolantonio; Domingo Sabaté Lichtschein; Mariano Ramírez; Adolfo García Pinto, valiente Ministro de Hacienda que combatió con entereza y claridad conceptual los avances del Ministro del Interior y del Presidente de Y.P.F. en 1933; Ernesto Aráoz que también como Ministro y Gobernador de Salta le tocó defender los derechos de su provincia; como Ernesto T. Bécker, y en especial Manuel R. Alvarado que pronunció un enjundioso discurso en la Cámara de Diputados de la Nación en agosto de 1927 narrando la historia del petróleo en Salta, exaltando la lucha de los hombres, de las instituciones, de los centros empresarios, de los sindicatos y de los estudiantes que polemizaron con sus colegas de Santa Fe cuando éstos los incitaban a la huelga para impedir la "entrega al oro extranjero"; Fernández Valdez, Agustín Pérez Alsina y Julio A. Torino que en 1962 formula un proyecto de ley nacional de petróleo a solicitud de la Cámara de la Producción de Salta: Miguel Tedín y muchos otros ilustrados expositores que iremos mencionando según sus temas.

Antes de proseguir con el recuerdo de los estudiosos de la materia y aunque el Sr. Julio A. Castellanos no ha sido un jurista ni en su largo desempeño de funcionario nacional tuvo ocasión de investigar específicamente los derechos de las provincias, heredó de su padre —el renombrado poeta e idealista radical Dr. Joaquín Castellanos— la romántica pasión por su Salta natal.

Cuando, en 1962, hubo de desempeñarse como Interven-

tor Nacional en su provincia, no quiso dejar sus funciones sin reivindicar los históricos e incontrovertibles derechos a sus minas. Con tal fin me honró encomendándome la redacción de los considerandos de lo que fuera el decreto 4698/962 instruyendo al Fiscal de Gobierno de la provincia la preparación de la demanda por inconstitucionalidad de la ley 14.773, la cual no llegó a incoarse.

Cito al Dr. José Nicolás Matienzo cuyos dictámenes fueron de claridad meridiana; a Tomás de Pablo quién concreta que el principio del art. 7 es anterior al Código de Minería precisando que:

> "siendo las minas situadas dentro del perímetro de las provincias parte integrante de su patrimonio, les corresponde sobre ellas las mismas garantías que la propiedad superficial".

Ricardo Mercado Luna coincide afirmando que la base de coexistencia de la Nación con las provincias se afianza en el reconocimiento incuestionable de la propiedad de éstas sobre los territorios existentes dentro de sus límites. Esto es muy claro porque entender que a través del Código de Minería podría suprimirse la propiedad de las minas, sería igual que eliminar el derecho de propiedad privada de los particulares.

Un tema interesante es el que anota Atilio Cornejo invocando a Matienzo para decir que si la Constitución hubiese querido declarar nacionales a las minas habría puesto su precio de venta o locación o sus beneficios entre los explícitos recursos del art. 4º. De ahí se sigue que el inc. 11 atribuye a las provincias el poder concedente; y si las minas fuesen de la Nación no se ve cómo las provincias ejercerían su jurisdicción.

Clodomiro Zavalía dice que cuando se dictó la Constitución del 53 la Nación no existía. Las provincias como soberanas delegaron una parte de ellas para hacer la Nación y formar su acervo de atribuciones, enumeradas de una ma-

nera expresa y cuantitativa. De Micheli y A. Velázquez Martínez apoyan a Zavalía, recordando que la Nación no existía en 1810 sino como Virreinato del Río de la Plata; las provincias la preexistieron, también a los pactos, sin ellas no hubiese habido pactos. El soberano es el pueblo y el pueblo fue primero provincias y después Nación.

En 1930 en el Senado de la Nación se dijo con certeza que el lenguaje constitucional habla de "conservar" y no de "poseer", para precisar que la soberanía corresponde originariamente a las provincias. Es decir, está claro, las provincias existían con sus suelos y sus subsuelos.

Esos pactos dejaron a salvo la independencia y la integridad territorial de las provincias, en especial el de 1859, en el cual Buenos Aires exigió como condición de su reencuentro, el respeto de sus poderes jurisdiccionales, su integridad territorial, sus propiedades y sus establecimientos públicos.

Urquiza no fue menos preciso, cuando en su proclama de 1851 afirmaba reasumir la soberanía territorial de Entre Ríos.

Estos conceptos se reiteran y son definitivos cuando en la Convención de 1860 se plasma en el art. 3º la idea categórica de que para radicar la Capital debe previamente obtenerse de las legislaturas locales la cesión del territorio respectivo.

El citado Jalil dice con elocuencia: si Y.P.F. decidiera explorar todo el país éste quedaría íntegramente sometido a jurisdicción federal proscribiéndose el célebre inciso 11.

Para coronar esta enunciación de autores hemos dejado a designio al Dr. Jorge M. Mayer de quién la Academia le ha publicado no hace mucho una separata repleta de observaciones prácticas y de enunciaciones docentes: *Petróleo, las provincias despojadas*. Su lema es la devolución de las minas a las provincias y su consejo el de que se conceda su explotación a empresas privadas locales sin tanta preocupación por traer capitales extranjeros. Manifiesta su crítica a lo que él denomina régimen senil o sea, a la subsistencia

del regalismo, al que ya Manuel J. García en la Asamblea del Año XIII pedía la derogación del "régimen borbónico".

Luego el Dr. Mayer hace una pasada por los antecedentes mineros en las provincias en la época del derecho patrio, así recuerda que en 1824 se fundó en Londres la Sociedad de Minas del Río de la Plata, y en Buenos Aires otra formada por Facundo Quiroga, Braulio Costa, Williams Parish Robertson y otros, y relata que en 1826 llegaron unos mineros a La Rioja a trabajar sus minas con 50 esclavos negros, expulsados inmediatamente por Quiroga.

Para rubricar los derechos provinciales evoca una solicitud de 1863 de un Sr. Villa de explotación de betum, rechazada por la Cámara de Diputados de la Nación porque su tratamiento afectaría la autonomía de Jujuy. Menciona que en esta provincia en 1865 y en Mendoza en 1866 iniciaron trabajos petrolíferos. Recordemos que Salta dio una ley de concesión de petróleo en 1882.

Estas menciones son importantes porque poco se las recuerda en Buenos Aires donde es un lugar común afirmar que se descubrió en Comodoro Rivadavia el 13 de diciembre de 1907, cuando en busca de agua el petróleo surgió sorpresiva e inesperadamente.

El Dr. Mayer alude a la creación de la Dirección General de Petróleo por el Presidente Sáenz Peña el 24-XII-910, Dirección que el 1-VII-922 se transforma en Y.P.F., cuya historia es la del atropello permanente a las soberanías provinciales, no obstante que la ley 11.668 de 1932 autoriza a Y.P.F. a contratar con las provincias. En el mensaje de esta ley el P. E. recalca que las minas son de la Nación o de las provincias, pero Y.P.F. paulatina y progresivamente irrumpe en sus potestades incuestionables. Lo malo fue que Y.P.F. pronto perdió eficiencia, en 20 años cambió más de 40 veces sus directivos, la invadió la burocracia y exageró el monopolio.

El Dr. Mayer rememora que a poco de dictarse la Constitución del 49 el P. E. de esa época se convenció de que Y.P.F. "no tenía capacidad organizativa ni capacidad téc-

nica" y haciendo a un lado el art. 40 de aquélla contrató con La California.

El Dr. Mayer deja bien sentado que las provincias tienen plena facultad de disponer de sus yacimientos y que si el inc. 11 permitiese nacionalizar las minas sería como confiscar los bienes raíces de los particulares.

Es lamentable recordar la época en que las provincias eran menoscabadas, como continúan hoy subalternizadas con la vigencia actual de las leyes 14.773 y 17.319. Los funcionarios nacionales tenían un trato irrespetuoso para la soberanía y personalidad de las provincias, las que en materia de petróleo han desaparecido por completo porque carecen de injerencia en todo su tratamiento y en especial porque perciben apocadas participaciones en esta riqueza tan publicitada. Los diarios "La Nación" y "La Prensa" hicieron reiteradas publicaciones desde los años 30 en amparo de las provincias, y "La Prensa" en noviembre de 1982 sintetizó su crítica diciendo:

> "en las relaciones entre el Gobierno Nacional y los de las Provincias no se trata de conseguir ventajas para la Nación en perjuicio de las Provincias".

El gobierno que se inicia en 1983 quedó en deuda con la reivindicación de las provincias no obstante que el Vicepresidente de la Nación Dr. Víctor Martínez, en el Congreso sobre Contaminación del Aire, hizo conocer que la Unión Cívica Radical reconocerá los derechos de las provincias sobre hidrocarburos pero con monopolio para Y.P.F. Después vino Houston cuando para nada se tuvo en cuenta a las provincias.

LA DOCTRINA UNITARISTA

No voy a hacer una reseña detallada de los autores militantes en la doctrina opuesta. La verdad es que no son muchos. Los conocidos en realidad no se han detenido a

hacer estudios sustanciosos y se han limitado a emitir opiniones más bien de corte político o ideológico, sin preocuparse de profundizar análisis constitucionales. Por esto, para no dilatar mi exposición me circunscribiré al más importante de ellos, al Dr. Julio Oyhanarte, autor de una nota publicada en "La Ley", t. 88, Sección Doctrina, pág. 863 y sigts. titulada *Régimen Constitucional de las Fuentes de Energía.*

En ella se sostiene que éstas constituyen un servicio público nacional destinado a satisfacer necesidades vitales de una masa nacional de consumidores o usuarios; sin embargo, no hay una demostración convincente sobre si esos usos o consumos no puedan satisfacerse también con bienes de propiedad de las provincias. Además, en el afán de complacer a una masa nacional podría llegarse a abarcar toda clase de productos del país so capa de que su utilización deba nacionalizarse; así se llegaría a abolir y exterminar a las provincias, como si la vida de éstas no concurriese al bien de la Nación.

Para Oyhanarte las provincias son apenas titulares de un derecho de la personalidad y una potestad territorial y nada más. Para esto les niega un derecho real de dominio sobre la totalidad de su territorio. Es difícil entender esta sibilina disquisición. Hipólito E. Jalil replica diciendo bien que si las minas del subsuelo provincial se nacionalizan desaparecería el derecho, la personalidad y la potestad de las provincias.

A su vez, Weidman, partidario del pensamiento de Oyhanarte, lo rebate no obstante, cuando destaca que los bienes públicos no están en el comercio y en cambio el petróleo sí lo está.

Oyhanarte prosigue sosteniendo que la Constitución de 1853 es un Instituto de un pasado federal y de los pactos preexistentes, anotando que las nuevas provincias no existían cuando se acordaron tales pactos. Aquello del Instituto de un pasado federal no explica demasiado, porque no cabe duda de que lo es, y precisamente por serlo es que se le reconoce

linaje federal destinado a respetar las soberanías de las provincias que renunciaron a parte de ella para erigir la Nación. Y en cuanto a que las provincias nuevas son posteriores a los pactos preexistentes, tampoco adorna a la tesis unitarista por cuanto con ello se demuestra que las 14 provincias fundadoras en unión con la Nación incorporaron nuevas provincias, sin el abolengo histórico, pero amparadas por aquel mismo Instituto federal integrante de la Constitución. En EE. UU., indiscutiblemente federal, ha ocurrido igual.

Este examen de la argumentación del Dr. Oyhanarte lo hago no sin destacar el respeto a su reconocida ilustración, pero llama la atención su frase sobre que la exigencia de la conformidad de las legislaturas para desmembración de los territorios provinciales, no es indiscriminada ni absoluta. Con ello se niegan textos expresos de la Constitución como los artículos 3º y 13º y los muy conocidos antecedentes históricos, como el recordado por un autor respecto a que la provincia de Buenos Aires no operó su reingreso a la Confederación sin armas y sin cruentos derramamientos de sangre, epilogados en la Convención de 1860 cuando en forma expresa se logra consignar en el texto de la Constitución la aprobación de la legislatura afectada por la erección de la Capital Federal.

Su frase relativa a la potestad nacionalizadora del art. 67, inc. 11, no es convincente y en todo caso el añadido de que los códigos no afectarán las jurisdicciones locales, prueba lo contrario.

Sus otros argumentos concernientes al mayor poder y a las mayores garantías en los actos de funcionarios nacionales, es caprichoso y si se quiere lesivo a los ciudadanos del interior; como lo es también cuando se sostiene que absorbiendo el subsuelo a las provincias se afianza la seguridad nacional. Esta manera de pensar lleva a los provincianos a resentirse con el trato despreciativo de autores empapados de metropolitanismo, cuya suficiencia permite lanzar frases como las de: "evita la presión internacional y de los inte-

reses privados". Con seguridad estas formas de argumentar carecen en absoluto de respaldos sostenedores de tan descalificantes expresiones.

En lo que a mi provincia se refiere, es un orgullo recordar que su política inteligente en materia de petróleo, le reportó beneficios económicos y le permitió defender con ferviente convicción los derechos federales de Salta. Allí se constituyó un Comité Pro Defensa del Petróleo presidido por un hombre de amplia reputación por su valor cívico y sus convicciones republicanas, estoy refiriéndome a David Michel Torino, militante destacado del partido radical y opositor al gobierno de esa época. Ese Comité logró la adhesión de todas las fuezas vivas, de las instituciones culturales, de las entidades empresarias, de los sindicatos, de los estudiantes, de la juventud empinada a sostener las atribuciones de la provincia, a mérito de lo cual se logró una ley de regalías que permitió a Salta casi duplicar su presupuesto y realizar obras públicas de consideración. Todo ello fue apoyado por los principales diarios de la Capital Federal.

Debe recordarse que hasta esa ley Salta no veía beneficio alguno por la explotación de su riqueza petrolífera y merced al enfrentamiento de los salteños con el Ministerio del Interior y con Y.P.F. se revirtió provechosamente la injusta situación.

Concluyo este capítulo diciendo que lo sostenido por el Senador Weidman acerca de que la relación jurídica entre estado y territorio no es de dominio, sino de imperium, es una frase resonante pero sin consistencia real ni institucional.

Entre los sostenedores del régimen unitarista corresponde citar al Dr. Raúl Oyhanarte, destacado parlamentario de gran facundia, que en 1927 pronunció en la Cámara de Diputados de la Nación un caudaloso discurso contra el capitalismo extranjero.

Es sensible no tener tiempo para detenernos en el examen del sustancioso estudio publicado por el Dr. Jorge A. Aja Espil en su difundido libro sobre *Constitución y Po-*

der. Historia de los Poderes Inherentes, donde se aporta argumentos significativos en contraposición a mi tesis y que sería de gran interés analizar.

LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN

Este alto Tribunal tuvo una doctrina respetable hasta 1979 cuando se dio el lamentable fallo declarando la constitucionalidad de la ley 14.773. No es el caso de hacer un recorrido pormenorizado sobre la jurisprudencia de la Corte, nos limitaremos a muy pocos casos atinentes a nuestro tema; por ejemplo *in re* "Bananeri vs. Prov. de Mendoza" de 1961, la Corte dijo: la concesión minera, su caducidad, su subasta son materias reservadas a las provincias. Antes, *in re* "Orellana c/Prov. de Jujuy", en 1938, estableció que ni el Código de Minas ni ley alguna prohíben a las provincias organizar su propiedad minera; y en "Fisco c/Behr", en 1924, declaró que las aguas corresponden al dueño del terreno; coincidente con este criterio cabe anotar que con la reforma del Código Civil de 1968 varias provincias declararon de dominio público las aguas subterráneas, geológicamente iguales a los hidrocarburos.

El caso más interesante a citarse es el fallo "La República vs. Prov. de Salta" motivado por el desconocimiento de la provincia de las concesiones y de la autoridad minera creada en 1918, respetada por todos los gobiernos; la Corte en 1932 declaró que la propiedad y concesiones mineras no pueden ser derogadas sino por fallo judicial y en consecuencia anuló por inconstitucional el decreto del 31-V-928.

Toda esta doctrina legítima de la Corte sucumbió cuando inesperadamente declaró la constitucionalidad de la ley 14.773. Precedió al fallo un dictamen muy poco elogiable del Procurador General fundado en la defensa común, en el interés nacional, en que no existe desmembramiento y otros argumentos de no mayor consistencia. Siempre quienes disienten con la doctrina federal hablan de defensa co-

mún, de interés nacional y de interés común, de nuevo prevalece la subestimación a los provincianos quienes serían ineptos para la defensa común y para atender al interés nacional.

La mayoría de la Corte dio un voto inconsistente de muy escaso valor frente a la disidencia del Dr. Pedro J. Frías, cuyo voto en minoría trasluce la notable claridad mental y versación institucional de un hombre de alta autoridad en derecho público, autor de libros muy conocidos sobre el federalismo. El disidente recuerda la forma federal del art. 1º de la Constitución y la integridad territorial de los arts. 3º y 13, con los cuales niega la transferencia de las minas al dominio de la Nación, porque son inmuebles existentes en el perímetro de la provincia, y dice contundentemente algo fundamental: "los fines nacionales también se cumplen desde las provincias" y ejemplifica que la educación está a cargo de las provincias y que la educación expresa mejor que el petróleo el alma de un país, y hace docencia cuando sintetiza que el "bien común es el de todo los todos del todo social".

Vale la pena destacar las importantes notas de Dromi y de Bidart Campos a este fallo. El primero dice muy genéricamente: "una cosa es regular el régimen jurídico y otra muy distinta quedarse con las minas"; y el régimen jurídico "no habilita a usar cualquier medio necesario conducente como la «nacionalización». Evoca a Clodomiro Zavalía para decir que las minas no se delegaron expresamente y nada autoriza a considerarla implícita. Critica a la Corte cuando ésta sostiene que la Constitución guarda silencio sobre la propiedad minera; no es así, por cuanto el dominio público estatuye un dualismo sobre la base del régimen federal (art. 1º, 5º, y 104) y en lo privado asegura su inviolabilidad (art. 17).

Dromi hace notar también que las opiniones de Gorostiaga y Fragueiro no precisan que lo soberano es la Nación, porque ellos tomaban por soberano al "Estado", "Lo Público" y "Por Rey". Estado también es la provincia, también

lo público es lo público provincial y Rey es el antecesor de las provincias y no de la Nación. Si la heredera del Rey fuese la Nación, ¿por qué ésta hereda únicamente en propiedad los hidrocarburos y no las otras minas?

A su turno Bidart Campos en forma breve adhiere a la disidencia del Dr. Frías y consagra que las minas son recursos naturales del suelo o del subsuelo y en consecuencia forman parte del territorio del estado donde se encuentran y no pueden ser nacionalizadas porque ello comporta el desmembramiento del territorio provincial.

LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE SALTA

Con sentimiento debo puntualizar que la Constitución de Salta implantada en 1987 en su art. 83 en un lenguaje embarazoso y elusivo estableció:

> "En el caso de fuentes de energía situadas en el territorio de la Provincia y cuya explotación corresponda a la Nación, se concertará con el Gobierno Federal las políticas de regalías y contribuciones a percibir de él".

Presuponer que la Nación explote las fuentes de energía existentes en la Provincia sin aclarar que ellas son de dominio local y que para explotarlas debe mediar concesión del Gobierno local, no es afirmar el dominio y jurisdicción de la Provincia.

Consignar que la Provincia concertará con la Nación las políticas de regalías y contribuciones es una petición de principio, porque esa política corresponde dictarse exclusivamente por la Provincia sin injerencia del Gobierno Central, el cual concertará o no las regalías y contribuciones que fueren de su interés.

La Constitución prosigue:

> "Además, los poderes públicos gestionarán la intervención de representantes de la Provincia en el gobierno

de los Entes Federales encargados de la explotación de los recursos naturales".

Este texto no es propio de una Constitución porque su precepto es más una cartilla de obligaciones para los gobernantes que una declaración de derechos y garantías. En primer lugar es una puerilidad encomendar la gestión de representantes ante los Entes Federales y luego aceptar la existencia de entes federales para explotar los recursos locales.

La lectura de este art. 83, como dice Pedro Frías, no establece el federalismo asegurador de la autonomía, de la participación y de la división territorial del poder. Frías en su libro *Las Nuevas Constituciones Provinciales* apostrofa que "esta Constitución no reivindica el dominio de las fuentes "de energía y Salta es Provincia petrolera". Salta únicamente prevé la concertación con la Nación. Frías insiste:

> "merece mención el que se suma a las Provincias que, con excepción de Salta, declaran que son dueñas originarias de todas las sustancias minerales y fuentes naturales de energía, incluido los hidrocarburos".

Duele lamentar que mi Provincia tan celosa en su pasado histórico por defender su soberanía, tuvo recientemente temor de proclamar lo que le corresponde sobre las sustancias naturales yacentes en su territorio. En verdad el art. 83 analizado es más grave y lacerante para los derechos de la Provincia que la Constitución de 1949, porque su art. 40 fue una imposición arbitraria y nula del gobierno federal, en cambio ahora no hay despojo, incautación, ni confiscación de la Nación, sino claudicación y entrega de la Constitución local, lo último podría encuadrarse como una traición a la Provincia.

NUEVO ROL DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA CONSOLIDACION DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

Conferencia pronunciada por el académico Dr. Carlos Manuel Muñiz, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 24 de octubre de 1991

Palabras introductorias pronunciadas por el académico
Dr. Julio César Cueto Rúa

El hombre pareciera vivir bajo la constante impresión de que los tiempos de su vida son tiempos estelares. Acaecen acontecimientos extraordinarios, sucesos inesperados, actos maravillosos y espectaculares. El curso de la historia apunta hacia el presente. Al presente se lo vive preñado de posibilidades estupendas.

En la circunstancia vital de cada ser humano surgen ciertos acontecimientos tan fuera de lo común, que el observador los adopta como puntos de referencia para organizar su experiencia. Se ubica así en una cierta perspectiva, desde la cual juzga acontecimientos y toma determinaciones.

Resulta inevitable, de esta manera, atribuir jerarquía insuperable a ciertos acontecimientos y subordinar los restantes. Se narra la existencia haciendo hitos de esos acontecimientos para marcar con ellos el discurrir de la realidad.

Basta revisar crónicas y relatos del pasado, leer viejos periódicos, estudiar antiguos pergaminos, estudiar vidas ejemplares, para comprender cuán intensa es la tendencia del hombre a dar valor a todo aquello de lo cual participa, sea cual sea su función y su ubicación. Esta inyección de subjetividad en la apreciación de la experiencia humana tiende a provocar reajustes axiológicos, cambios en los puntos de vista, reinterpretación de la historia reciente, y postulación de nuevos objetivos.

Encaro, pues, mi participación introductoria en este acto académico, muy consciente del inexorable prejuicio presente de considerar a la realidad de nuestros días como una realidad sin parangón.

Pero, en verdad, ésta es una realidad sin parangón. Hay momentos estelares en la historia de la humanidad. Son pocos, indelebles y duraderos. Confirman nuestra existencia, dan razón última y profunda de nuestros actos, en ellos nos apoyamos como creencias infalibles.

La segunda mitad de nuestro siglo ha traído en sus entrañas una aceleración del ritmo vital y un achicamiento vertiginoso del mundo. Estamos en un navío especial de cuyos múltiples movimientos tenemos percepción simultánea. Los habitantes de la tierra conocemos su fragilidad y tenemos conciencia de la catástrofe potencial de la bomba.

La historia de la humanidad es la historia de sus conflictos. La historia de la humanidad puede ser vista como la historia del esfuerzo denodado de hombres esclarecidos y valerosos por lograr la solución de esos conflictos mediante procedimientos pacíficos. Durante milenios la paz fue un valor inalcanzable. La violencia se hacía presente en la disputa personal, en el enfrentamiento tribual, en las luchas regionales, en las guerras nacionales, en las conflagraciones mundiales.

Crecían los espacios guerreros, se multiplicaban los instrumentos de la agresión, se generalizaban las luchas, se propagaban los fuegos y se destruían los refugios. La humanidad contemplaba la posibilidad de su propia destrucción. Éste era el cuadro que enfrentaba el hombre de nuestro tiempo al promediar el presente siglo.

Hoy, con asombro y deslumbramiento, contemplamos el surgimiento vertiginoso de la esperanza: cayó el Muro de la intolerancia, la mediocridad y la opresión; quedaron expuestas las falacias y las vanas ilusiones del materialismo histórico; se hizo visible que la dictadura del proletariado era la dictadura de la burocracia partidista. Nada duradero supo dejar el comunismo después de décadas y décadas de manejo absolutista de la vida cotidiana. Se está entrando en una nueva etapa.

Nociones tan arraigadas en los pueblos como las de soberanía, auto-determinación, no intervención, jurisdicción,

van perdiendo su alcance tradicional. El tratamiento que un gobierno cualquiera dispensa a sus ciudadanos ha dejado de ser materia interna, ajena a los demás. Las luchas por los derechos humanos han alcanzado dimensión global.

La suerte de un cierto gobierno y de su pueblo no es indiferente a las demás Naciones. Va surgiendo un régimen jurídico sobre las libertades y las garantías de alcance universal. Cada comunidad intuye y comprende que sus potestades para con sus propios integrantes es tema de la legítima preocupación de las demás comunidades.

La tradicional distinción entre ordenamientos jurídicos descentralizados y centralizados va adquiriendo nuevas connotaciones. Ya no se puede declarar, con el énfasis de medio siglo atrás, que el Derecho Internacional Público es descentralizado en la creación y en la aplicación de las normas. Por lo contrario, si los nuevos tiempos nos traen experiencias novedosas, lo es la del proceso de la centralización en la creación de normas generales del Derecho Internacional Público, y en la aplicación de esas normas a los Estados Nacionales.

Las Naciones Unidas van ganando, de manera sostenida y constante, una creciente autoridad política y normativa. Nada más demostrativo de estas nuevas realidades que la organización de fuerzas militares multinacionales para actuar siguiendo directivas del Consejo de Seguridad.

Estamos entrando, pues, en tiempos nuevos. Un mundo más estrecho, más interconectado, más informado, más consistente, está surgiendo a nuestra vista.

Si la historia de la humanidad nos enseña a ser cautos, mesurados, casi escéptico, en materia de cooperación y solidaridad y de solución ordenada y pacífica de las controversias internacionales, esa misma historia nos da razón para contemplar con gozos promisorios el despliegue constructivo de nuestro espíritu en los tiempos por venir.

La luz mortecina y la agitación tormentosa van cediendo gravitación e influencia. El hombre percibe los primeros rayos de un sol acogedor.

NUEVO ROL DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA CONSOLIDACIÓN DEL ORDEN JURÍDICO INTERNACIONAL

PALABRAS PREVIAS

Para estudiar el nuevo rol de la Organización de las Naciones Unidas en la consolidación del orden jurídico internacional es necesario analizar, aunque sea brevemente, los antecedentes de su actuación en el fortalecimiento de la paz y de la seguridad internacionales, desde su creación, en 1945, hasta la reciente guerra del golfo.

Dos grandes iniciativas permitieron que el organismo mundial pudiera llevar a cabo sus tareas, soslayando problemas provocados con motivo del enfrentamiento entre las grandes potencias: la resolución de la Asamblea General "Unión Pro Paz" y la creación de los cuerpos para el mantenimiento de la paz.

La guerra del golfo produjo, como es sabido, importantes consecuencias para las Naciones Unidas que pudieron, desde entonces, cumplir con plenitud las funciones que les fueron asignadas por la Carta.

Corresponde analizar, desde ese momento, las resoluciones del Consejo de Seguridad a las que se ajustaron todas las medidas, incluidas las acciones de guerra motivadas para el cumplimiento forzoso de las resoluciones, y otras disposiciones posteriores del Consejo que contribuyeron a reafirmar el imperio del derecho en las relaciones internacionales.

Capítulo I

El largo período paralizante de la guerra fría, que sumió a las Naciones Unidas en un estado creciente de dificultades para cumplir sus objetivos, permite comprender que aún no haya desaparecido el escepticismo con que muchos juzgaron la actuación del organismo mundial.

Las falencias en la acción deben atribuirse, fundamentalmente, a la falta de voluntad política de sus integrantes y, en particular, de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que, con la capacidad de veto que les atribuye el art. 27, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas, han impedido, durante muchos años, que pudieran cumplirse plenamente los propósitos previstos en ese documento.

La persistencia de esa situación motivó que, al celebrarse el vigésimo aniversario de la Carta, el representante argentino Lucio García del Solar expresara que "la paz aún se apoya, fundamentalmente, en factores ajenos a los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, como el equilibrio del terror, las zonas de influencia, el equilibrio de fuerzas; accesoriamente, en la coincidencia de intereses creados y, en última instancia, en los sinceros propósitos pacifistas de los gobiernos".

Ese estado de ánimo volvió a reflejarse en 1985, al conmemorarse su cuadragésimo aniversario. En esa ocasión, fueron los representantes de los miembros permanentes los

que más extremaron sus críticas, olvidando la responsabilidad que les correspondía a sus propios mandantes. Puede decirse que, más que una celebración, culminó, entonces, un estado de desaliento que hizo temer por la sobrevivencia de la propia organización.

Una de las mayores objeciones se refiere a la actuación del Consejo de Seguridad que, casi siempre, lo hizo reaccionando frente a hechos ya consumados sin adoptar medidas preventivas ante acontecimientos que amenazaban o podían alterar la paz mundial.

En ningún caso corresponde cargar enteramente las culpas a la Organización en su conjunto o a cualesquiera de sus órganos en particular. No debemos olvidar, como se expresó en un importante seminario organizado por el Instituto de las Naciones Unidas para la Enseñanza y la Investigación (UNITAR), que "cuando los miembros permanentes del Consejo estaban en desacuerdo con un curso de acción, el Consejo no podía actuar y cuando estaban de acuerdo, a menudo preferían actuar directamente uno con otro sin involucrar a los demás" [1].

Para tratar de paliar las circunstancias negativas que impidieron a la organización ejercer adecuadamente sus funciones, fueron adoptándose instrumentos supletorios que lograron, en muchos casos, resolver conflictos o evitar que se produjeran otros nuevos.

LA RESOLUCIÓN "UNIÓN PRO-PAZ"

Una de las medidas más interesantes, que constituye un hito clásico en la historia de las Naciones Unidas, fue la resolución "Unión Pro-Paz" votada en la quinta asamblea con motivo de la guerra de Corea.

Como consecuencia de la división transitoria de ese país, en 1945, quedó separado en dos estados diferentes: Co-

1 DAVIDSON NICOL, *The United Nations Security Council*, UNITAR, 1982, p. 12.

rea del Norte, sostenida por los colosos del bloque comunista, la Unión Soviética y China, y Corea del Sur, apoyada por los Estados Unidos y demás países de occidente.

Al producirse en 1950 la invasión de Corea del Sur por su vecino del norte, la guerra fría pasaba "de la subversión, las guerrillas, el bloqueo y la amenaza, a la guerra localizada". Para occidente no quedaba más que una sola alternativa: responder a la agresión que podía alterar definitivamente el tenue equilibrio logrado en esa zona estratégica.

Fue, entonces, se puede repetir, "la prueba de fuego para la unidad, prestigio y perduración de las Naciones Unidas".

El Consejo de Seguridad, valiéndose de la ausencia temporaria de la Unión Soviética, pudo actuar amparándose en las disposiciones del capítulo VII de la Carta, que contempla el procedimiento a seguir en los casos de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión, y requerir al gobierno de Corea del Norte que suspendiera la acción emprendida y retirara sus tropas del territorio invadido.

Al mismo tiempo comprometió a todos los miembros de la Organización para que participaran en la defensa de Corea del Sur, de conformidad con la obligación que determina el artículo 43 de la Carta.

Al producirse nuevos hechos que determinaron la prosecución de la guerra, y ante la imposibilidad del Consejo de Seguridad para seguir actuando, por la reincorporación de la Unión Soviética, que ejercería, sin dudas, su derecho de veto, la Asamblea General votó la resolución 377, llamada "Unión Pro-Paz", que algunos califican como resolución Déan Acheson, entonces secretario de Estado de los Estados Unidos, y otros la denominan con el nombre del delegado de ese país ante las Naciones Unidas, Foster Dulles.

Esta resolución modifica las atribuciones de la Asamblea General y las que corresponden al Consejo de Seguridad al determinar que si este último, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su

responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, en todo caso en que resulte una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, el uso de fuerzas armadas, cuando fuera necesario.

De acuerdo con esa resolución, la Asamblea General puede ser convocada en período extraordinario de sesiones de emergencia, si así lo solicita el Consejo de Seguridad por el voto de siete cualesquiera de sus miembros, o bien por la mayoría de los miembros de la organización mundial.

Recomienda, además, que cada uno de los Estados mantenga, dentro de sus fuerzas armadas nacionales, elementos entrenados, organizados y equipados de tal manera que sea posible destacarlos prontamente para prestar servicios como unidades de las Naciones Unidas.

Finalmente, entre otras medidas, crea una comisión de observación de la paz, que podrá observar la situación en cualquier región donde exista tensión internacional y una comisión de medidas colectivas para que informe al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General sobre los métodos que podrían emplearse a fin de mantener y fortalecer la paz y la seguridad internacionales.

Víctor Andrés Belaunde, que fue uno de los propulsores más entusiastas de la resolución, sostiene que la paz y el orden internacional conciernen a la Organización en conjunto y no al Consejo de Seguridad. Éste actúa no por derecho específicamente propio, sino por representación y por mandato de todos los países. Las medidas coactivas no son sólo obligación de las grandes potencias, sino que pesan sobre todos los países.

Funda su interpretación en los artículos 10, 11, 12 y 14 de la Carta, que dan a la Asamblea la facultad de conocer y recomendar en todos los asuntos, cualquiera que sea su origen, con la excepción de los sometidos ya al Consejo de Seguridad; en el artículo 24, que destaca el carácter de man-

datario del Consejo y en el artículo 43, que determina que es una obligación de todos los países contribuir a la seguridad colectiva.

Además, señala que la estipulación del artículo 12, párrafo 2, en virtud de la cual el secretario debe informar a la Asamblea cuando el Consejo cesa de tratar un asunto, no tiene explicación sin la finalidad de permitir a la Asamblea ejercer las funciones que le competen en servicio de la paz [2].

La adopción de esta medida poco ortodoxa desde el punto de vista jurídico estricto, provocó, como es natural, la reacción de quienes consideran que constituye una violación de disposiciones expresas de la Carta, que estipula claramente las facultades de cada uno de los órganos de las Naciones Unidas.

Charles Rousseau sostiene que, por oportunas que puedan parecer estas modificaciones tendientes a desplazar el centro de gravedad del Consejo de Seguridad hacia la Asamblea General, es de lamentar que esta democratización de la Organización de las Naciones Unidas haya sido realizada a expensas de la legalidad formal. Incluso cuando resulte socialmente necesario, el procedimiento de la enmienda encubierta siempre constituirá, en el orden internacional, un error jurídico [3].

René Degni-Segui, a su vez, considera que el análisis de la resolución, confirmado por la práctica de la Organización, revela que ella tiene un efecto traslativo de función, sustituyendo, dentro del mecanismo de seguridad colectiva que establece, la Asamblea al Consejo. Rompe así el equilibrio establecido entre los órganos políticos de las Naciones Unidas despojando al Consejo de su función de acción en provecho de la Asamblea. Además, no está conforme ni con el espíritu ni con la letra de la Carta, principalmente, en vista de los artículos 11 y 12 [4].

2 VÍCTOR ANDRÉS BELAUNDE, *20 años de Naciones Unidas*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1966, p. 119.

3 CHARLES ROUSSEAU, *Derecho Internacional Público*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1961, p. 200.

4 RENÉ DEGNI-SEGUÍ, Comentario al art. 24, párrafos 1 y 2, p. 458-459.

El artículo 11, en el párrafo 2, se refiere a las facultades de la Asamblea General para hacer recomendaciones sobre toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, en el caso que requiera acción, referirla al Consejo de Seguridad antes o después de discutirla.

El artículo 12, entre otras cláusulas, establece que mientras el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones con respecto a una controversia o situación, la Asamblea General no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad.

Michel Virally, en uno de los análisis más severos sobre la resolución "Unión Pro-Paz", expresa que, a los ojos de los fundadores de la Organización, es preferible que el sistema de seguridad colectiva no funcione, que la Organización, por consecuencia, permanezca sin actuar frente a un conflicto determinado, antes de tomar medidas que crearían el riesgo de provocar una crisis entre las grandes potencias [5].

A pesar de las críticas que se han hecho a la resolución "Unión Pro-Paz", la misma continuó aplicándose en numerosas ocasiones, convirtiéndose, de un instrumento destinado a superar el veto soviético con motivo de la guerra de Corea, en un procedimiento permanente recomendando distintas medidas que van desde sanciones económicas hasta la creación de una fuerza internacional de emergencia.

---

en el libro *La Charte des Nations Unies*, bajo la dirección de Jean Pierre Cot y Alain Pellet, Ed. Económica, París, 1985.

5 MICHEL VIRALLY, *L'Organisation Mondiale*, Armand Colin, París Collection U, 1972, p. 465, cit. R. Degni-Segui, op. cit., p. 461.

CUERPOS PARA EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ

Otra de las técnicas usadas por las Naciones Unidas, no previstas en las disposiciones de la Carta, fue la constitución de cuerpos para el mantenimiento de la paz, que permitió suplir, en muchas ocasiones, la incapacidad del Consejo de Seguridad para actuar.

La característica de los cuerpos para el mantenimiento de la paz ha sido expuesta, en clara síntesis, por *Sir Brian Urquhart*, quizás el más grande impulsor y conocedor de este procedimiento, desde su cargo de subsecretario general de las Naciones Unidas para asuntos políticos, a quien calificó el profesor P. H. Kooijmaus, como "la persona que acompañó su nacimiento y actuó consecutivamente como nodriza, niñera, maestro y guardián. Una persona aguda a quien a menudo se la nombra como 'Mr. Peace Keeping' "[6].

La esencia de los cuerpos para el mantenimiento de la paz, dice Urquhart, "es el uso de soldados como catalizadores para la paz más bien que como instrumentos de guerra. Es, en los hechos, lo exactamente opuesto al uso de la fuerza militar contra la agresión previsto en el capítulo VII de la Carta. El uso de la fuerza militar contra los agresores, que pudo haber sido efectivo en las condiciones especiales de los años 30, si la voluntad de acción colectiva hubiera existido, podría ahora parecer fuera de moda por la naturaleza de los hechos políticos internacionales y por el desarrollo tecnológico de los medios de guerra. En su lugar, las naciones parecen haber optado tácitamente por el imperio de la autoridad internacional y del derecho, sancionado por presión diplomática y persuasión, y simbolizado en áreas de conflicto por soldados no combatientes cuyo deber es permanecer más allá de la lucha y usar sus armas únicamente como último recurso para autodefensa" [7].

6 BRIAN URQUHART, *The future of Peace-Keeping*, Cornelis van Vollenhoven Foundation, TMC Asser Institut, 1989, p. 1.

7 BRIAN URQUHART, *The future...*, p. 5.

Los cuerpos para el mantenimiento de la paz han constituido, además de "una red de seguridad" una alternativa, en su momento, ante las dificultades de la confrontación Este-Oeste.

Precisando su naturaleza, en su concepción más amplia, Bruce Russett y James S. Sutterlin, los definen como un insrtumento disponible para el Consejo de Seguridad en el tratamiento de conflictos potenciales o existentes [8].

Sus *características esenciales* pueden resumirse en las siguientes:

1. Necesidad del *consentimiento de las partes en conflicto*. Sin embargo, a pesar de que este principio ha sido tenido en cuenta, casi sin excepciones, por las dificultades que podrían surgir en caso de oposición de cualquiera de las partes, en algunas situaciones se dejó de lado, particularmente cuando se trató de prevenir una amenaza de agresión.

Ante la evolución de los acontecimientos políticos mundiales se estima que el consentimiento de las partes no debe ser considerado en el futuro como una condición insuperable. Hasta ahora tal requerimiento podía, probablemente, ser bloqueado por uno u otro de los miembros permanentes del Consejo. Esto es ahora menos probable.

En este sentido la Unión Soviética ha sugerido, por ejemplo, que una parte en una situación de conflicto puede solicitar elementos para el mantenimiento de la paz sin el acuerdo de la otra [9].

Es digno de enfatizar que nada en la Carta prohíbe al Consejo de Seguridad desplazar fuerzas para el mantenimiento de la paz sin el consentimiento de todas las partes [10].

8 BRUCE RUSSETT-JAMES S. SUTTERLIN, *The U.N. a New World Order*, Foreign Affairs, Spring 1991, p. 70.

9 BRIAN URQUHART, *Beyond the Sheriff's Posse*, Survival, vol. XXXII, Nº 3, may/june 1990, p. 201.

10 BRUCE RUSSETT-JAMES S. SUTTERLIN, op. cit., p. 71.

2. *Apoyo del Consejo de Seguridad.* Este apoyo no debe ser solamente formal para que los cuerpos para el mantenimiento de la paz puedan actuar como fuerza con suficiente poder disuasivo. Importa, también, el necesario sostén financiero que se ve mermado, sobre todo, cuando se trata de operaciones de largo aliento o que requieren un personal numeroso o medios técnicos sofisticados.

3. *No uso de la fuerza.* El uso de la fuerza es permitido sólo en caso de legítima defensa. Otra situación a considerar es cuando media oposición para que puedan cumplir la misión que les fue encomendada. El reciente conflicto de Irak-Kuwait ha mostrado lo difícil que es mantener límites estrictos cuando se trata de llevar adelante un operativo determinado dispuesto por el órgano competente de las Naciones Unidas.

A pesar de estas dificultades el principio sigue subsistente. Resulta paradójico que cuerpos creados para mantener la paz se conviertan en instrumentos para hacer la guerra. De ahí que también es esencial que no se vean envueltos en conflictos internos por el enorme riesgo de tener que participar en contra de alguna de las partes.

Al extenderse el rol de actividades de los cuerpos para el mantenimiento de la paz se los ha involucrado en funciones que pueden llegar a crear situaciones sumamente difíciles de controlar.

4. *Determinación con claridad de las características y el alcance de la misión que se les encomienda.*

5. *Establecimiento de un comando integrado.*

6. *Intervención con carácter provisional, hasta tanto se resuelvan los problemas que motivaron su envío.*

7. *Ausencia de prejuicios sobre los derechos, reclamos o posiciones de las partes involucradas* [11].

* * *

11 Ver "Crónica ONU", dic. 1990, p. 12.

En múltiples ocasiones y para tareas muy diversas, se han utilizado los cuerpos para el mantenimiento de la paz. Entre las variadas funciones se pueden mencionar:

1. Control de treguas y cese del fuego (América Central, Irán-Irak, Kashmir, Medio Oriente, Afganistán).
2. Interposición como "zona colchón" entre dos facciones adversas (Chipre, Suez).
3. Preservación de la integridad territorial de un país (Congo).
4. Desarme de insurgentes y repatriación de grupos armados (Nicaragua).
5. Provisión de asistencia humanitaria (Chipre).
6. Pacificación, estabilización y administración (Cambodia).
7. Control de elecciones (Namibia, Haití, Nicaragua).
8. Seguridad y estabilidad en una zona determinada (Líbano).
9. Control de la salida de fuerzas extranjeras (Congo, Sinaí, Angola).
10. Información y control.
11. Supervisión de referéndum (previsto para el caso de Sahara occidental).

Se ha sugerido que mientras la tendencia parece ir en dirección a extender el tipo tradicional de operaciones para el mantenimiento de la paz, hay posibilidades de otro campo de actividades, por ejemplo, para apoyo de ayudas humanitarias de emergencia, control del problema de drogas, terrorismo, control de armas y de medio ambiente.

* * *

La República Argentina ha participado en numerosas misiones de los cuerpos para el mantenimiento de la paz, entre ellas:

1. UNTSO (Organización de las Naciones Unidas para la supervisión de la tregua): Cuartel en Jerusalem, desde 1967 hasta ahora. 6 observadores militares.
2. UNOGIL (Grupo de observación de las Naciones Unidas en el Líbano): cuartel en Beirut, 1958. Observadores militares.
3. ONUC (Operación de las Naciones Unidas en El Congo): cuartel en Leopolville (Kinshasa), 1960 a 1964. Personal de fuerza aérea.
4. UNIIMOG (Grupo de observadores militares de las Naciones Unidas para el Irán y el Irak): cuarteles Teherán y Bagdad, 1988 a 1991. 7 observadores militares.
5. UNAVEN (Misión de las Naciones Unidas de Verificación en Angola): 1988 a 1991. 6 observadores militares.
6. UNAVEN II: a partir de 1991. 24 observadores militares y policías civiles.
7. ONUCA (Grupo de observadores de las Naciones Unidas para América Central): a partir de 1991. 4 lanchas patrulleras y sus tripulaciones (30 personas).
8. UNIKON (Misión de observación de las Naciones Unidas para Irak y Kuwait): a partir de 1991. 7 observadores militares.
9. MINURSO (Misión de las Naciones Unidas para El Sahara occidental): En proceso de establecimiento. Se participará con 30 observadores militares y policías civiles.
10. En adición, y desde 1990, un mayor del ejército argentino integra la oficina de asesores del secretario general de las Naciones Unidas.

* * *

Una vez más resulta evidente que, ante situaciones que responden a lo que podríamos llamar "estado de necesidad", los intérpretes de la ley procuran extraer de ella las máximas posibilidades de protección para los actos que consideran imprescindibles en defensa, precisamente, del derecho vulnerado.

Sólo es posible comprender estas decisiones, si se tiene en cuenta que todo el andamiaje jurídico de la organización mundial reposa sobre bases políticas, y que ha sido construido después de un penoso proceso de elaboración para conciliar dos posiciones antagónicas, prácticamente inconciliables, que mantuvieron en vilo, durante casi un siglo, a toda la humanidad.

La resolución "Unión Pro-Paz" resultó, sin duda, un instrumento práctico. Lo prueba, precisamente, el hecho de que lo que constituía, en su nacimiento, un recurso provisorio para detener una invasión, se convirtió en una medida permanente que fue utilizada para resolver graves emergencias internacionales.

La humanidad, gracias a esos recursos que, justo es decirlo, se consideraron ajustados a derecho por sus entusiastas promotores, pudo preservar la paz, y, con ella, las bases de su civilización y de su cultura.

Capítulo II

LAS NACIONES UNIDAS Y LA GUERRA DEL GOLFO

El proceso de la Guerra del Golfo ha provocado una serie de consecuencias económicas, políticas y jurídicas que determinan lo que se ha calificado por algunos como el nuevo orden internacional.

Un hecho relevante ha sido el papel activo de la Organización de las Naciones Unidas o, más bien dicho, del Consejo de Seguridad que, en definitiva, ha podido ejercer, por primera vez, las funciones que le fueron asignadas por la carta para mantener la paz y la seguridad internacionales.

Si bien no se han cumplido estrictamente todos los recaudos establecidos en el capítulo VII, particularmente en lo que se refiere al procedimiento para la constitución de las fuerzas armadas, al ejercicio de las facultades del Comité de Estado Mayor y a la unificación del comando bajo la bandera de las Naciones Unidas, en esencia se han seguido los pasos previstos en ese capítulo.

CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD

Un análisis de las resoluciones permite apreciar su correspondencia con las disposiciones de la Carta y revela, al mismo tiempo, el sentido progresivo de las medidas adop-

tadas. Resulta, pues, conveniente hacer una mención breve de su contenido.

La primera *Resolución 660*, del 2 de agosto de 1990, adoptó tres medidas básicas, inmediatamente después de la invasión de Kuwait por Irak [12].

1. *Condenó* la invasión.
2. *Exigió* el retiro inmediato e incondicional del Irak.
3. *Requirió* negociaciones inmediatas e intensivas entre Irak y Kuwait para resolver sus diferencias.

Con estas disposiciones dejó encuadrado el caso dentro de las situaciones a que se refiere el capítulo VII de la carta.

El secretario general expresó, en esa ocasión, que se habían violado los párrafos 3 y 4 del artículo 2 de la Carta que determinan, respectivamente:

"Los miembros de la organización arreglarán sus controversias por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales, ni la justicia".

"Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los compromisos de las Naciones Unidas." [13]

Al no acatar Irak esas disposiciones, impuso, por la *Resolución 661*, sanciones económicas y estableció un comité especial para controlar su aplicación, llamado, en la práctica, "comité de sanciones".

12 Es preciso tener en cuenta el significado de cada una de las expresiones usadas en las distintas resoluciones pues según se trate, por ejemplo, de condena, exigencia, exhortación o decisión, pedido, encomienda, etc., son distintos los compromisos y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas.

13 Ver "Crónica ONU", dic. de 1990.

Nuevos actos de agresión de parte de Irak y la violación de lo dispuesto por la carta de las Naciones Unidas, motivaron la *Resolución 662*, del 9 de agosto de 1990, que declaró nula e inválida la anexión de Kuwait a Irak.

Las sucesivas resoluciones del Consejo de Seguridad dispusieron las siguientes medidas:

Resolución 664 (18 de agosto de 1990): exigió que Irak permitiese la salida de los ciudadanos de terceros países y anulase sus órdenes de cerrar misiones diplomáticas y consulares en Kuwait y privar de inmunidad diplomática al personal de las mismas.

Resolución 665 (22 de agosto de 1990): apoyó el bloqueo naval.

Resolución 666 (13 de septiembre de 1990): se ocupó de las necesidades humanitarias que surgieron como consecuencia de la imposición de sanciones, especialmente en lo relativo a los niños menores de 15 años, mujeres embarazadas, casos de maternidad, enfermos y ancianos.

Resolución 667 (16 de septiembre de 1990): condenó enérgicamente los "actos de agresión" de Irak contra sedes diplomáticas y su personal en Kuwait.

Resolución 669 (24 de septiembre de 1990): se ocupó de una cantidad creciente de pedidos de asistencia a países afectados por el proceso de sanciones.

Resolución 670 (25 de septiembre de 1990): confirmó las sanciones aplicadas a todos los medios de transporte, incluyendo aviones y, determinó las excepciones específicas.

Resolución 674 (29 de octubre de 1990): exigió que Irak dejase de tomar como rehenes a ciudadanos de terceros países en Irak y Kuwait, dejase de maltratar y oprimir a los ciudadanos de Kuwait y de terceros países, y asegurase su acceso inmediato a alimentos, agua y servicios elementales.

Resolución 677 (28 de noviembre de 1990): condenó los intentos de Irak de alterar la composición demográfica y de destruir la documentación civil de Kuwait.

Resolución 678 (28 de noviembre de 1990), que podemos calificar como "resolución ultimátum": autorizó el uso de todos los medios necesarios para apoyar e implementar todas las resoluciones pertinentes del Consejo y para restablecer la paz y seguridad internacionales en el área si Irak no acataba ampliamente dichas resoluciones para el 15 de enero de 1991 y decidió, mientras mantenía todas sus decisiones anteriores, conceder a Irak una última oportunidad para llevarlo a cabo, durante una pausa de buena voluntad.

Finalmente, cuando Irak expresó su decisión de cumplir con las disposiciones del Consejo de Seguridad, se dictó la *Resolución 686* que *recordó* las obligaciones de los estados miembros conforme al artículo 25 de la carta.

Tomó nota de las cartas del Ministerio de Relaciones Exteriores del Irak confirmando que el Irak ha convenido en cumplir plenamente todas las resoluciones y afirmó el compromiso de todos los estados miembros de respetar la independencia, la soberanía y la integridad territorial del Irak y de Kuwait, y la vigencia de las doce resoluciones anteriores *exigiendo* a Irak que lleve a la práctica su aceptación de las resoluciones; *revoque* las medidas sobre anexión de Kuwait; *acepte* su responsabilidad por los daños; *deje* en libertad a los prisioneros; *restituya* los bienes incautados; *ponga término* a los actos hostiles contra todos los estados miembros; *designe* comandantes militares para concertar la cesación de las hostilidades y *proporcione* información sobre las minas y armas que se encuentren en Kuwait y donde estén presentes temporalmente las fuerzas de los estados miembros.

LAS NACIONES UNIDAS Y LAS CONDICIONES PARA EL RESTABLECIMIENTO DE LA PAZ. LA RESOLUCION Nº 687

Las resoluciones que se han mencionado constituyen la etapas previas cumplidas por el Consejo de Seguridad, que culminaron con la necesidad de recurrir a la fuerza militar para que Irak cumpla con sus disposiciones.

Ellas contienen, como es posible advertir, una serie de medidas que contemplan las instancias necesarias para lograr una solución pacífica del conflicto. Tal como se ha dicho, las mismas se atienen, en su esencia, a la letra y al espíritu de la carta de las Naciones Unidas. Esto, por sí solo, constituye ya un hecho novedoso en la historia de la Organización Mundial, que tuvo que recurrir, como vimos, a recursos alternativos, cuando fue necesario resolver conflictos existentes o evitar otros nuevos.

Tan pronto se liberó el territorio de Kuwait y se restableció su gobierno legítimo, el Consejo de Seguridad aprobó, el 30 de mayo de 1991, una resolución bajo el *Nº 687*, cuyo contenido supera en trascendencia y significado a todas las disposiciones anteriores.

Por la importancia que reviste esta resolución resulta oportuno hacer una referencia sumaria de su contenido.

En primer lugar determina, como exigencia, que Irak y Kuwait respeten la inviolabilidad de la frontera internacional.

El secretario general prestará su asistencia para establecer la demarcación y presentará un plan para desplazar, de inmediato, una unidad de observación, que se encargue de controlar una zona desmilitarizada de diez kilómetros de ancho.

Debe, asimismo, impedir las violaciones de la frontera y observar todo acto hostil, o que pudiera ser hostil, emprendido desde un Estado al otro. Esta misión, que recibe el nombre de UNICOM, ha sido puesta bajo el comando de un general austríaco.

Quizás la mayor preocupación que ha surgido después del cese de la guerra, ha sido procurar la destrucción del armamento en poder del Irak y evitar que pueda constituir nuevamente una amenaza para la paz.

De ahí que esta resolución encara, de una manera minuciosa, la forma en que se debe proceder para su identificación y eliminación, colocando estas medidas bajo supervisión internacional.

La constatación de que Irak ha poseído armas químicas y biológicas y, además, material atómico, motiva que se haya dispuesto la creación de una comisión especial, encargada de realizar una inspección sobre su territorio para determinar la posible existencia actual de esas armas.

La comisión especial trabaja, también, con el personal de la Comisión Internacional de Energía Atómica, con el cual determinará la inspección aérea de establecimientos nucleares conocidos o sospechados [14].

Otro asunto que ha sido considerado por la resolución 687 es el que se refiere a la obligación de indemnizar a todos los que han sufrido pérdidas por la agresión de Irak.

Para ello se ha creado un *fondo de compensación* y una comisión encargada de administrarlo, sobre la base de un porcentaje del valor de las exportaciones del petróleo.

La resolución reafirma, también, la responsabilidad de Irak de repatriar, con la cooperación del Comité Internacional de la Cruz Roja, a los nacionales de Irak o de terceros países y de suministrar las listas de esas personas.

En otras de sus disposiciones, contempla la necesidad de contar con un plan, propuesto por el secretario general, para facilitar la restitución de todos los bienes kuwaities de que se apoderó Irak.

Establece, asimismo, una serie de normas que deben aplicarse para controlar el intercambio de bienes y las transacciones financieras con Irak, existiendo solamente excep-

[14] Esta nueva y excepcional tarea confiada a las Naciones Unidas, viene registrando enormes dificultades y peligros por la resistencia del gobierno de Irak a cumplir las resoluciones de este organismo.

ciones para las necesidades de carácter humanitario, las que deben comunicarse, en todos los casos, al Consejo de Seguridad para que éste acuerde las autorizaciones correspondientes.

Las limitaciones se mantienen, también, para los casos en que existan contratos, licencias o arreglos de cualquier tipo.

Con referencia a los alimentos y bienes esenciales el Consejo se compromete a revisar la situación cada 60 días.

Como lo señaló el representante de Estados Unidos ante las Naciones Unidas, *Embajador Thomas Pickering*, la resolución Nº 687, que establece los términos del cese formal del fuego con Irak, no tiene precedentes. Mientras la comunidad internacional recurrió a las armas en el pasado para cumplir con la Carta, nunca antes había definido, tan enérgica y específicamente, las condiciones para el restablecimiento de la paz. De hecho, el carácter programático y aún comprensivo de la resolución Nº 687, es evidencia del extraordinario e histórico espíritu de cooperación que ha dado energía a la comunidad internacional desde la invasión de Kuwait por Irak. También es sin precedentes el rol central que la resolución confiere al secretario general y a las Naciones Unidas para su implementación.

El secretario general y sus colaboradores están directamente comprometidos en numerosas actividades, incluyendo el proyecto de acuerdo para la demarcación del límite entre los dos países; provisiones para el desplazamiento de observadores de las Naciones Unidas; la formulación de acuerdos para vigilar la destrucción de las armas de Irak de destrucción masiva; el proyecto de régimen de compensación, la adopción de medidas para facilitar la restitución de los bienes de que se apoderó Irak y la proposición de directivas para el control de la venta de armamentos a Irak [15].

* * *

15 THOMAS PICKERING, "Hearing of The House Foreign Affairs Com-

Nunca, en ninguna otra circunstancia, la organización mundial ni el secretario general ejercieron tareas de tan vasto alcance como las mencionadas en la resolución Nº 687.

En ningún caso, un país ha sido sometido, por decisión del Consejo de Seguridad, a un régimen tan severo de limitaciones y controles, incluyendo la disposición de sus recursos propios.

Hay quienes dudan que esta situación pueda ser considerada como un precedente válido para la futura actuación de las Naciones Unidas ya que, indudablamente, existen factores que muy difícilmente vuelvan a repetirse: la circunstancia de tratarse de un área estratégica para los Estados Unidos y las otras potencias; la necesidad de controlar una de las mayores fuentes de energía del mundo y, simultáneamente, la coincidencia de los grandes cambios políticos, económicos y sociales producidos en la Unión Soviética y en el continente europeo.

Es indudable que si un ataque similar ocurriera en otros lugares del mundo, resultaría, quizás, difícil lograr una concentración de actividad tan tremenda para resolver el conflicto.

Más que el aspecto político y económico, el rescate primordial de este episodio ha sido el fortalecimiento del orden jurídico. Quedó en claro que el imperio del derecho es un objetivo que puede ser alcanzado, y que existen los recursos para lograrlo, y una organización mundial que dispone de los medios necesarios para utilizarlos en su servicio.

LAS NACIONES UNIDAS Y LOS ACTOS DE REPRESIÓN CONTRA LA POBLACIÓN CIVIL

La *Resolución Nº 688* del Consejo de Seguridad, aprobada el 5 de abril de 1991, contiene una serie de disposiciones tendientes a paliar los graves daños provocados por ac-

mittee. Subcommittees: Europe and The Middle East and Human Rights and International Organizations. Subject: Postwar Role on U.N. in The Mideast", Federal Information Systems Corporation, april 23, 1991.

tos de represión del gobierno de Irak contra la población civil iraquí, incluidos los perpetrados en zonas pobladas kurdas.

Por tratarse de medidas de orden interno, la resolución tiene especial cuidado en recordar expresamente el párrafo 7 del artículo 2 de la carta de las Naciones Unidas, que establece "ninguna disposición de esta carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente carta", con una importante excepción: "pero éste principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescriptas en el capítulo VII".

El Consejo de Seguridad funda su intervención en las disposiciones del capítulo VII, al expresar su seria preocupación por los actos de represión que han generado una corriente masiva de refugiados hacia las fronteras internacionales y a través de ellas, así como incursiones transfronterizas, que ponen en peligro la paz y la seguridad internacionales de la región.

Para dar más énfasis a este argumento, reafirma el apoyo de todos los Estados miembros al respeto de la soberanía, la integridad territorial y la independencia política del Irak y de todos los Estados de la zona.

Deja bien en claro, de este modo, su facultad para tomar decisiones sin herir ninguno de los principios básicos recogidos en la carta, cuyo reconocimiento reitera.

El Consejo declara, en consecuencia, sentirse "profundamente afectado por la magnitud de los sufrimientos humanos ocasionados", y decide condenar los actos de represión y exigir a Irak que ponga fin inmediato a los mismos.

Insiste en que Irak conceda acceso en su territorio a las organizaciones humanitarias internacionales y pide al secretario general, entre otras medidas, que utilice todos los recursos a su disposición, incluidos los de los organismos especializados pertinentes de las Naciones Unidas, para aten-

der urgentemente a las necesidades críticas de los refugiados y de la población iraquí desplazada.

Al comentar las disposiciones de esta resolución, expresa *John Bolton*: el período posterior de la guerra fría, período de "post-crisis", es un importante tiempo de prueba para las Naciones Unidas. Cada día que pasa trae nuevas preguntas sobre cuál es el rol apropiado para las Naciones Unidas en esta era y si las Naciones Unidas pueden cumplir ese nuevo rol.

Un claro ejemplo es la resolución Nº 688. Por primera vez el Consejo de Seguridad declara que las corrientes masivas y las privaciones de los refugiados constituyen una amenaza para la paz y la seguridad internacionales. Este es un territorio nuevo importante para las Naciones Unidas, porque la *resolución Nº 688* afirma que el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales no consiste solamente en la ausencia de guerra sino también en la reafirmación de los derechos humanos [16].

Debemos agregar, finalmente, que este concepto marca un avance fundamental en el reconocimiento de las atribuciones que corresponden a la organización mundial.

16 JOHN BOLTON, cit., *Hearing of The House...*

Capítulo III

LAS NACIONES UNIDAS Y EL CASO DE YUGOSLAVIA

No obstante los pasos dados en el reconocimiento de que el principio de no intervención deja de ser absoluto cuando ocurren graves violaciones de los derechos humanos que pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacionales, existe una gran preocupación de parte de los gobiernos por preservar al máximo su intangibilidad.

La autoridad de la Organización de las Naciones Unidas, por sí sola, cuando es ejercida en su plenitud, aquieta las prevenciones que provocarían medidas de esa naturaleza, adoptadas sin el consenso de la comunidad internacional a través de sus órganos competentes.

Un caso típico es el provocado por el reciente conflicto interno de Yugoslavia.

El Consejo de Seguridad, después de un amplio debate, con la participación de doce ministros de Relaciones Exteriores de sus países miembros y la intervención del ministro de Relaciones Exteriores de Yugoslavia, aprobó la *resolución Nº 713,* que contempla una serie de recomendaciones y medidas tendientes a procurar una solución pacífica para la virtual guerra civil desatada en ese país.

Fue el propio *ministro de Relaciones Exteriores de Yugoslavia, Budimir Loncar,* quien precisó los alcances del

problema y quien requirió la intervención del organismo mundial [17].

Después de expresar que "el concepto de un territorio, una nación, eliminó el espíritu de la democracia", aclaró que "la crisis yugoslava no sólo ha puesto en peligro el futuro de nuestros pueblos, sino también la paz y la estabilidad de Europa".

"Aparte de nuestro compromiso con los principios de independencia y no intervención —dijo— solo podremos garantizar nuestro futuro si reconocemos que en este mundo dependemos todos los unos de los otros para cuestiones tan vitales como la paz, el progreso, los derechos humanos y la libertad."

"El ejemplo yugoslavo refleja realmente el nuevo concepto de las Naciones Unidas. Asimismo, reafirma los principios originales de la carta y la necesidad de preservar la paz y la seguridad internacionales."

Estas declaraciones del representante del país afectado allanaron el camino para que la resolución fuera aprobada por unanimidad, por ella se dispone el embargo de armas con destino a ese país, en el contexto del capítulo VII de la Carta, y la intervención del secretario general, para procurar una solución pacífica al conflicto, además de respaldar las gestiones de los países integrantes de la Comunidad Europea, bajo los auspicios de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa (CSCE).

Entre las valiosas participaciones en este debate corresponde señalar la del *ministro de Relaciones Exteriores de la India, Sr. Solanki,* quien precisó los alcances jurídicos de la resolución, apoyando la posición de la mayoría de los oradores sobre la necesidad de salvaguardar, en todos los casos, el principio de no intervención.

En primer lugar destacó que no era necesario recordar que "una solicitud oficial del Estado en cuestión es requisito

17 Ver Naciones Unidas, Consejo de Seguridad, acta taquigráfica provisional de la 309ª sesión, s/p. 3009, 25 de septiembre de 1991.

previo para que el Consejo de Seguridad pueda examinar el tema".

Citó la disposición del párrafo 7 del artículo 2 de la carta que niega autorización a las Naciones Unidas para intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, agregando que se debe dejar "muy en claro que el examen de este asunto no se refiere a la situación interna de Yugoslavia sino concretamente a las consecuencias que tiene para la paz y la seguridad de la región. Corresponde a cada Estado abordar sus conflictos internos, con la asistencia de sus amigos y vecinos, si así lo desea. La intervención del Consejo sólo es legítima y aceptable cuando el conflicto al que hace frente tiene repercusiones graves para la paz y seguridad internacionales".

Mencionó, asimismo, que la misión de supervisión de la comunidad europea fue solicitada y autorizada por el gobierno de Yugoslavia y todas las partes interesadas la han apoyado y recordó que esta intervención está respaldada por lo que establece el capítulo VIII de la carta, en su art. 52, párrafo 3: "el Consejo de Seguridad promoverá el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de acuerdos u organismos regionales... a iniciativa de los Estados interesados".

"El propósito principal de este proyecto de resolución, concluyó, es dar un valor moral y político a los esfuerzos regionales colectivos".

"Creímos que necesitábamos la autoridad especial del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, dijo, a su vez, el *secretario de Relaciones Exteriores de Gran Bretaña, Sr. Hurd,* para poner de relieve que ésta es una preocupación internacional, con repercusiones que trascienden a la propia Yugoslavia."

En una ocasión anterior expresó, en coincidencia con su posición en el debate: "no podemos imponer una voluntad de paz desde afuera. Si la gente está decidida a matarse una a otra porque tienen diferentes raíces y diferentes len-

guajes, no podemos, ubicados en Otawa o Londres, evitar que lo hagan. Podemos desanimarlos, y podemos ayudarlos hacia un buen gobierno, hacia la democracia, hacia el respeto de los derechos humanos. Todas esas cosas podríamos hacer" [18].

"Creo que todos estamos de acuerdo", dijo el *secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Sr. Baker,* "en que la agresión dentro de Yugoslavia representa una amenaza directa para la paz y la seguridad internacionales".

El empleo de la agresión para determinar las futuras fronteras internas de Yugoslavia o de Serbia, añadió, también representa un grave desafío a los valores y principios que son los cimientos del acta final de Helsinki, de la Carta de París y de la Carta de las Naciones Unidas".

"Creo que también debemos actuar en formar colectiva para impedir que este ciclo de violencia se extienda a otra república yugoslava ... El uso de la fuerza para solucionar las diferencias políticas o para modificar las fronteras externas o internas es simplemente inaceptable."

A su vez, el *ministro de Relaciones Exteriores de Francia, Sr. Dumas,* quien actuó como presidente del Consejo, expresó: "ayudamos a la paz en Yugoslavia al decretar un embargo general y completo sobre la entrega de armas a dicho país. Ayudamos a la paz en Yugoslavia procurando que los observadores enviados por la Comunidad Europea, con el acuerdo y el apoyo de los 38 miembros de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, puedan vigilar efectivamente el mantenimiento del cese del fuego, para ello hay que entregarles medios de acción eficaces. Como decía Pascal, cito, "la fuerza sin justicia es tiránica y la justicia sin fuerza es ilusoria".

18 "Extract from the transcript of an interview given by the Foreign Secretary, Mr. Douglas Hurd in Otawa, on Friday, 20 set. 1991".

De las opiniones precedentes, de las coincidencias generales del debate, y del texto de la resolución del Consejo de Seguridad Nº 713 surgen las siguientes *conclusiones* [19]:

1. El principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados debe ser respetado. (Art. 2, párrafo 7.)
2. El Consejo de Seguridad interviene, de acuerdo con "su responsabilidad primordial, en virtud de la Carta de las Naciones Unidas, de mantener la paz y la seguridad internacionales" cuando existe una amenaza por la persistencia de una situación de conflicto. (Cap. VII y art. 1, párrafo 1.)
3. Es inaceptable el uso de la fuerza para la solución de conflictos, sean de orden interno o externo. Los conflictos deben resolverse a través de negociaciones entre las partes, "por medios pacíficos y jurídicos". (Art. 1, párrafo 1.)
4. Corresponde a los organismos regionales participar para ayudar a las partes a lograr una solución pacífica de sus controversias. (Cap. VIII, art. 52, 53 y 54.)
5. Se requiere el consentimiento de las partes para intervenir en un conflicto interno, salvo que éste haya adquirido una "dimensión internacional". (Art. 2, párrafo 7 y cap. VIII.)
6. La intervención del Consejo de Seguridad en un conflicto interno debe ser para ayudar a las partes a "llegar a un entendimiento sobre los motivos que las separan" y no "tratar de imponer una solución".
7. Las medidas de embargo de entrega de armamentos y pertrechos militares a las partes en lucha, adoptadas por el Consejo de Seguridad, tienen por objeto procurar el "establecimiento de la paz y de la estabilidad" en la zona del conflicto. (Art. 41.)

19 Los artículos citados corresponden, en su totalidad, a disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Capítulo IV

NUEVO ROL DE LAS NACIONES UNIDAS

La Organización de las Naciones Unidas ha tenido un rol preponderante, desde su creación, solucionando conflictos existentes, evitando otros nuevos, aliviando tensiones y promoviendo substanciales apoyos educativos y humanitarios a los países más necesitados o en casos de emergencias.

La guerra del Golfo marcó un momento crucial que puso a prueba la eficacia y competencia del organismo mundial, al permitirle poner en funcionamiento los mecanismos de que dispone para preservar la paz y la seguridad.

Después de años tormentosos, "el clima internacional se ha vuelto ahora imprecedentemente suave. Los rigores paralizantes de la guerra fría y las tormentas de los conflictos regionales aparecen dando camino al sentido común, a la negociación y a la razón. La esperanza de realizar los sueños de 1945, como se expresaban en la Carta de las Naciones Unidas, son mejores que en ningún otro momento".

"Con la abolición de los grandes imperios coloniales, que fue uno de los objetivos de la carta, tenemos por primera vez en la historia humana un mundo de Estados soberanos independientes, arriba de 160, no dominados por uno o los dos grandes imperios competidores. Es, por consiguiente, una necesidad urgente establecer un grado acep-

table de autoridad internacional para regular los asuntos de este mundo en cuestiones esenciales de interés común" [20].

Surgen, ahora, los grandes interrogantes. ¿Será el mundo capaz de sacar provecho de estas circunstancias favorables? ¿Se habrán aprendido las lecciones de esta crisis? ¿Podremos confiar en un período prolongado de paz razonable y de bienestar para la humanidad?

Aun cuando se reconoce generalmente que el orden jurídico ha resultado fortalecido, quedan pendientes muchas situaciones por solucionar y muchas preocupaciones por resolver.

La paz no podrá asegurarse mientras no se busque un camino para encarar los grandes problemas que afligen a la humanidad.

Las Naciones Unidas, después de la experiencia recogida, han probado que constituyen el organismo idóneo para centralizar los esfuerzos tendientes a resolverlos o, por lo menos, atenuarlos.

Con la desaparición del enfrentamiento ideológico entre el Este y el Oeste, ha surgido, como nuevo desafío, el llamado conflicto Norte-Sur, entre un mundo desarrollado y un mundo en desarrollo que aspira a lograr mayores beneficios en el campo de la salud, de la alimentación y de la educación vinculados, hoy día, a los grandes adelantos técnicos y científicos.

Muchos otros problemas requieren comprensión y esfuerzo y, sobre todo, decisión necesaria para encararlos, si se quieren consolidar las conquistas logradas: las disputas de fronteras y de nacionalidades; los conflictos de armamentos, principalmente de los países desarrollados a los países del tercer mundo; los desastres ecológicos, las violaciones de los derechos humanos, son, entre otros, prueba de lo mucho que resta por hacer para consolidar un orden internacional estable.

20 BRIAN URQUHART, op. cit. *The future of peace keeping*, pp. 4-5.

La Organización de las Naciones Unidas debe ser fortalecida, respetando y acatando las decisiones de sus órganos competentes. Es necesario que el secretario general tenga una mayor autoridad, para actuar e investigar hechos [21], cuando considere necesario prevenir conflictos y resolver situaciones de emergencia, dando cuenta al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General de las medidas adoptadas o de las sugerencias sobre acciones a emprender.

Esta misma función preventiva debe llevarse a cabo de una manera más frecuente para que la Organización de las Naciones Unidas deje de intervenir solamente una vez producidos los hechos como ha sido la norma anterior.

"Necesitamos no solamente paz y seguridad, sostiene Urquhart, sino vigilancia y acción ligada con la vigilancia. Necesitamos que las decisiones se hagan cumplir. Necesitamos derecho internacional. Necesitamos interés común y consenso que sirvan como base para la acción, y necesitamos un persistente énfasis en los derechos humanos y un firme progreso hacia la democratización, de lo contrario tendremos más horrores y más guerras.[22]"

Para que esto ocurra es necesario que se mantenga el acuerdo logrado entre los representantes de las grandes potencias y que la comunidad internacional lo acompañe.

El fortalecimiento de las Naciones Unidas depende de la voluntad de sus integrantes y del acatamiento a las decisiones adoptadas de conformidad con las disposiciones de la carta.

En el comunicado político emitido en el mes de julio de 1991 por el Grupo de los Siete, integrado por los jefes de gobierno de los países más poderosos del mundo y el presidente de la Comunidad Económica Europea, se ratifica esa decisión.

"Creemos que ahora existen las condiciones, expresa.

21 Ver. HORTENSIA GUTIÉRREZ POSSE, *Medios y métodos para el arreglo pacífico de controversias entre Estados*, informe CARI, mayo de 1991.

22 BRIAN URQUHART, *Toward collective security*, "Thomas J. Watson Institute for International Studies", Providence, 1991, p. 19.

para que las Naciones Unidas cumplan completamente la promesa y visión de sus fundadores.

Una Organización de las Naciones Unidas revitalizada tendrá un rol central en fortalecer el orden internacional.

Nosotros nos comprometemos a hacer a las Naciones Unidas más fuerte, más eficiente y más efectiva a fin de proteger los derechos humanos, mantener la paz y la seguridad para todos y detener la agresión.

Hacemos de la diplomacia preventinva una máxima prioridad para ayudar a detener futuros conflictos haciendo claras a los potenciales agresores las consecuencias de sus acciones.

El rol de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz debería ser reforzado y nosotros estamos preparados para fortalecerlo."

Para demostrar la efectividad de esa decisión, propone designar un funcionario de alto rango, dependiente del secretario general, responsable de dirigir y promover una respuesta a las emergencias y a los pedidos de ayuda que reciba la Organización [23].

* * *

Si bien no creemos que sea oportuno hablar de un nuevo orden jurídico internacional, es cierto que existe una conciencia generalizada, cada vez en mayor grado, de que solamente acatando las reglas del derecho, solamente así, será posible construir un futuro de paz y de bienestar para la humanidad.

Las Naciones Unidas, en cuanto puedan seguir cumpliendo el importante rol que le asignaron sus fundadores, continuará siendo el instrumento más eficiente para que todos los pueblos del mundo y, sobre todo, los más débiles, puedan procurar respuesta a sus reclamos y encontrar el foro adecuado para la solución de los conflictos que pudieran suscitarse.

23 "The New York Times International", Wednesday, july 17, 1991, A. 10.

Más que procurar un nuevo orden, afirmemos el orden jurídico internacional. Luchemos para que el imperio del derecho siga rigiendo las relaciones entre las naciones y los individuos y recordemos, con el secretario general de las Naciones Unidas, Javier Pérez de Cuéllar, que "si se quiere asegurar la paz, la justicia debe ser la última palabra".

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

REFLEXIONES EN TORNO DE LA LEY 23.928 DE CONVERTIBILIDAD DEL AUSTRAL

Comunicación efectuada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 18 de abril de 1991

El 27 de marzo de 1991 el Congreso de la Nación dictó la ley 23.928 promulgada en la misma fecha y publicada en el Boletín Oficial el 28 del mismo mes y año.

La ley dispone en su artículo 12 que dado el diferente régimen jurídico aplicable al Austral antes y después de su convertibilidad, considéraselo a todos sus efectos como una nueva moneda. Para facilitar dicha disposición facúltase al Poder Ejecutivo Nacional para reemplazar en el futuro la denominación y expresión numérica del Austral respetando la relación de conversión que surge del artículo 1º. Conforme a este texto el Austral convertible es considerado como una nueva moneda y por lo tanto aunque se conserve la misma denominación por ahora, esta moneda no es la misma que fue creada el 14 de junio de 1985 por el decreto 1096/85 y que comenzó a regir desde el día siguiente con una inflación cero. Por el mismo decreto se resolvió la cesación del peso argentino y en su reemplazo se estatuyó el nuevo signo que tendría con aquél una relación de conversión de un mil por cada unidad de la nueva moneda.

El régimen legal de las obligaciones de dinero anteriores a aquella fecha de vigencia fue establecido mediante un procedimiento de desagio, que fijó el monto de los créditos en australes para su pago posterior detrayendo la inflación contenida en ellos en proporción del 1 % diario, de acuerdo con una escala preestablecida. También se dispuso una con-

gelación temporaria de los precios y salarios para contribuir a lograr la estabilidad económica [1].

No es del caso ahora analizar el destino final de este plan económico y de reforma financiera, pero es de todos conocido su fracaso y la grave situación en que el país se encontraba cuando terminó anticipadamente a la finalización de su período constitucional el gobierno anterior al que ahora encara la nueva reforma, después de sucesivos esfuerzos frustrados por recomponer la delicada situación económica y social que se había tornado insostenible.

La nueva ley contiene normas que modifican el sistema monetario argentino y a la vez reforman el régimen legal de las obligaciones de dinero.

No nos proponemos considerar los aspectos constitucionales de la ley en el sentido de si ella afecta o no la garantía del derecho de propiedad, en cuanto dispone una revisión retroactiva de las pautas de reajuste de algunos créditos, lo cual conduce a reducir el monto de los mismos para el futuro más allá del congelamiento de los precios, como ocurre con los alquileres que no son susceptibles de ser actualizados en adelante para recompensar sus valores nominales que resulten erosionados por la persistencia del proceso inflacionario.

La ley ha cuidado bien de prever cualquier apreciación que permita impugnar las normas de dudosa irretroactividad en su aplicación. Es así que el art. 10 al derogar con efectos a partir del 1º del mes de abril de 1991 todas las cláusulas legales o contractuales que establecen indexaciones, declara que ella se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse esas cláusulas de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de australes que corresponda pagar, sino hasta el día 1º de abril de 1991 en que entra en vigencia la convertibilidad. El art. 13 expresa que la ley es de orden

1 J. BUSTAMANTE ALSINA, *La Reforma Monetaria, Decreto Ley 1096/85*, "E.D.", t. 114, p. 893.

público y ninguna persona puede alegar en su contra derechos irrevocablemente adquiridos.

La redacción del art. 10 es conforme a la prescripción del art. 3º del Código Civil que dispone que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Esta norma es clara y resulta de fácil interpretación tomando en cuenta la fuente de la reforma de 1968, que ha sido la obra de Paul Roubier, *Le Droit Transitoire*, 2ª edic., 1960, quien expresa en la página 181, Nº 39, que "todos los efectos producidos antes de la entrada en vigor de la ley nueva hacen parte del dominio de la ley anterior y no podría atacársela sin retroactividad. La nueva ley determinará los efectos jurídicos que se producirán después de su entrada en vigor sin ser retroactiva".

Es verdad que la ley 23.928 deroga para el futuro las cláusulas de indexación determinando así cuál será el alcance de la nueva ley en orden a los créditos afectados por la desindexación después de su entrada en vigor. La ley no es en este aspecto retroactiva. Pero ¿puede afirmarse lo mismo en relación con el art. 9º? Allí se dispone que "en todas las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a la convertibilidad del Austral en las que existan prestaciones pendientes de cumplimiento por ambas partes, o en aquellas de ejecución continuada con prestaciones y contraprestaciones periódicas, el precio, cuota o alquiler a pagar por el bien, obra, servicio o período posterior a ella, se determinará por aplicación de los mecanismos previstos legal, reglamentaria o contractualmente, salvo que dicho ajuste fuera superior en más de un 12 % anual al que surja de la cotización del austral en dólares estadounidenses entre su origen o el mes de mayo de 1990, lo que fuere posterior, y el día 1 de abril de 1991. En este último caso la obligación de quien debe pagar la suma de dinero, se cancelará con la cantidad de australes que corresponda a la actualización por la evolución del dólar estadounidense por el período indicado con más un

12 % anual siéndoles inoponibles las estipulaciones o condiciones originales".

La nueva ley no deroga las cláusulas de reajuste aplicadas con anterioridad a su vigencia, y por el contrario las confirma como instrumento idóneo para mantener constante el valor real del crédito en dinero pactado en los contratos o establecido legalmente, cuando dispone en el art. 9º que en las relaciones jurídicas nacidas con anterioridad, el monto de esos créditos se determinará por los mecanismos previstos legal o contractualmente. En este aspecto la ley tampoco es retroactiva. Pero ¿puede decirse lo mismo en relación a aquella parte de la norma legal que prohíbe implícitamente aquellas pautas convenidas o legales, que conduzcan a establecer un monto superior al que resultaría del módulo que propicia la nueva ley, esto es la evolución del dólar estadounidense? Creemos que en este aspecto se da una aplicación retroactiva de la ley contraria al principio legal del art. 3º del Código Civil. Se respeta la indexación convenida o establecida legalmente, pero ello es así si no tinto que equivale a atacar los efectos producidos antes de su entrada en vigor, los cuales hacen parte del dominio de la supera lo que propugna la nueva ley; de lo contrario, se altera retroactivamente aquel régimen imponiendo uno disley anterior, como lo señala Roubier en la obra y lugar citados.

Pensamos que ninguna ley en particular puede modificar el principio general de aplicación temporal de la ley que contiene el Código Civil conforme al principio universalmente reconocido de la aplicación inmediata y no retroactiva de las leyes. Como lo establece la citada norma legal, las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. De nada sirve entonces que se declare en el art. 13 que "la presente ley es de orden público" si no se dispone expresamente su aplicación retroactiva, pero aunque así se hubiere expresado "la retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afec-

tar los derechos amparados por garantías constitucionales" (art. 3º del Código Civil).

En este último aspecto queda aún por determinar si la aplicación retroactiva de una pauta indexatoria como lo es la evolución del dólar, reemplazando la convenida por las partes (por ejemplo los índices oficiales de la evolución de precios), si tiene por resultado una reducción del precio concertado, el cual debe pagarse en el futuro, queda por determinar, decimos, si esa norma no afecta la garantía del derecho de propiedad amparado por la Constitución Nacional.

Estamos convencidos de que esa ley que respeta las cláusulas indexatorias hasta el 1º de abril de 1991, pero las altera en su sustancia mediante la modificación retroactiva del parámetro elegido por las partes en la convención, atenta contra la estabilidad de los contratos y por lo tanto contra el valor seguridad jurídica en cuanto a sus efectos pasados regidos por la voluntad común que vale como la ley misma (art. 1197 del Código Civil).

La eliminación de la indexación futura no empece la aplicación de los aumentos periódicos de alquileres estipulados en los contratos, en vista de compensar prestaciones adicionales del locador o en consideración a plazos contractuales prolongados otorgados más allá de los mínimos legales.

En el aspecto de la desindexación que regula la ley en miras de desalentar las expectativas inflacionarias en toda clase de relaciones jurídicas de contenido patrimonial, merece una especial observación el art. 8º que dispone: "Los mecanismos de actualización monetaria o repotenciación de créditos dispuestos en sentencias judiciales respecto a sumas expresadas en australes no convertibles, se aplicarán exclusivamente hasta el día 1º de abril de 1991, no devengándose nuevos ajustes por tales conceptos con posterioridad a ese momento".

Creemos que esta norma viola el principio de inmutabilidad o inmodificabilidad que es propio de la cosa juzgada

en sentido material y se refiere al contenido de la sentencia que proyecta sus efectos hacia el pasado y hasta el futuro [2].

Adviértase que la norma en cuestión no dispone la prohibición de indexar los créditos que manden pagar las sentencias en aquellos fallos que se pronuncian a partir del 1º de abril de 1991. La ley modifica lisa y llanamente lo dispuesto por los jueces en fallos firmes y ejecutoriados ordenando suspender la actualización de los créditos reconocidos judicialmente antes de aquella fecha y cuyos montos se integran con la repotenciación ordenada hasta el efectivo pago.

Esta disposición de la ley 23.928 atenta contra la estabilidad de la cosa juzgada y al modificar lo resuelto por los jueces en las sentencias que ya no son susceptibles de recurso alguno, importa una indebida intromisión del legislador en cuestiones que son de competencia exclusiva del poder judicial, violándose así el principio de división de los poderes que es fundamental garantía de todo sistema republicano de gobierno. Además, lesiona la garantía constitucional del derecho de propiedad que reconoce el art. 17 de la Carta Fundamental y, en ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado a través de numerosos precedentes, que el derecho reconocido por una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada constituye un bien que queda incorporado al patrimonio del interesado, y del cual no puede ser privado sin mengua del precepto constitucional que consagra la inviolabilidad de la propiedad, que comprende "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad" [3].

Como hemos dicho antes, la nueva ley contiene normas que modifican el sistema monetario argentino a la vez que reforman el régimen legal de las obligaciones de dinero.

2 HUGO ALSINA, *Derecho Procesal*, Bs. As., 1961, t. IV, p. 125.
3 LINO E. PALACIO, *Derecho Procesal Civil*, Bs. As., 1968, t. II, p. 28.

Modificación del sistema monetario

En esta materia la propia ley en el art. 12 declara que dado el diferente régimen jurídico aplicable al Austral, se lo considera a todos sus efectos como una nueva moneda.

El art. 1º de la citada ley determina la convertibilidad del Austral con el dólar de los Estados Unidos de América a partir del 1º de abril de 1991 a una relación de diez mil australes por cada dólar para la venta. Se busca con ello establecer una paridad de la nueva moneda con la divisa norteamericana proponiéndose una estabilidad monetaria en relación a esta última moneda.

La ley conserva el curso legal del nuevo Austral como única moneda que debe aceptarse obligatoriamente con poder cancelatorio como medio de pago en las obligaciones contraídas en moneda nacional. A pesar de que se habla en la ley de la convertibilidad del Austral con otra moneda extranjera considerada fuerte, se mantiene también el curso forzoso de aquella moneda que equivale a conservar su carácter inconvertible. Nada tiene que ver esta convertibilidad con la que rigió durante el sistema del patrón oro antes y en el breve período que va del 25 de agosto de 1927 hasta el 16 de diciembre de 1929 en que se volvió definitivamente al régimen de inconversión.

La convertibilidad consistía entonces en la posibilidad de obtener oro por peso papel y viceversa en la Caja de Conversión de acuerdo con la paridad legal establecida [4].

La llamada convertibilidad del Austral de acuerdo con la ley 23.928, consiste en la posibilidad de compra por el público de dólares en el Banco Central de la República al precio de diez mil australes por cada dólar fijado por el art. 1º para la venta (sic). La realidad del nuevo sistema instrumenta un medio de intervención del Banco Central de la República en la regulación del mercado de cambios. En efecto, el organismo oficial ha fijado bandas en la cotiza-

[4] FEDERICO PINEDO, *Obligaciones en moneda determinada*, Bs. As., 1942.

ción del dólar según las cuales no puede bajar de un piso variable, pues la institución que regula el sistema financiero argentino sale al mercado a comprar divisas norteamericanas (art. 3º), y si pasa del techo de diez mil australes por dólar, el Banco Central abre sus puertas para ofertar al público la venta en este último precio, que obviamente atraerá toda la demanda por ser más bajo que el del mercado.

La otra novedad en el sistema monetario es que la divisa norteamericana debe utilizarse como único medio de pago en las obligaciones que la tienen como objeto de la prestación. Ella es considerada como obligación de dar sumas de dinero (art. 11 de la ley), aunque no es moneda de curso legal en la República, pues el único signo que conserva este carácter definitorio de la moneda es el nuevo Austral.

La moneda extranjera que no es de curso legal en la República, es de libre circulación y puede ser objeto de obligaciones en toda clase de transacciones con excepción de las locaciones en las que no se podrá pactar el precio en moneda que no tenga curso legal (art. 1º de la ley 23.091). Esto es así porque esta norma específica que se halla actualmente vigente no ha sido expresa ni tácitamente derogada por la ley 23.928, la cual contempla en general el régimen de las obligaciones que no tienen curso legal en la República Argentina pero ello no quiere decir que las autorice cuando una ley anterior las prohíbe en particular. Si se pactare el alquiler en moneda extranjera el contrato no será nulo sino que afectará parcialmente a la cláusula. El precio se considerará indeterminado para ser fijado judicialmente como lo dispone el citado art. 1º de la ley 23.091.

Reforma del régimen legal de las obligaciones de dinero

El art. 11 de la ley 23.928 modifica los arts. 617 y 619 del Código Civil. El art. 617 dispone que si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado

dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero. El mismo artículo en su redacción anterior establecía que en tal caso la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas.

El art. 619 en su nueva redacción dice que si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda cumple la obligación dando la especie designada el día de su vencimiento.

Conforme al nuevo régimen de las obligaciones de dinero tanto la moneda de curso legal como aquella que no lo sea, pueden ser objeto de la prestación y en ambos casos la moneda estipulada debe ser también el objeto del pago. Se mantiene el principio nominalista conforme al cual el pago debe hacerse en la misma moneda convenida y en la cantidad de unidades nominalmente estipulada, sin considerar la eventual variación de su poder de compra o la cotización de su precio en el mercado. Así lo dispone el art. 7º donde se expresa que "el deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes, cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con posterioridad al 1º del mes de abril de 1991".

Con respecto a las obligaciones contraídas en moneda que no sea de curso legal en la República, el efecto más importante es que la divisa extranjera determinada como objeto de la obligación ya no será, como hasta ahora, moneda de cuenta como referencia para mantener constante el valor originario de la deuda en orden a las variaciones de su poder adquisitivo. Esa moneda sin curso legal en la República tiene en adelante el mismo régimen de la moneda corriente nacional, de manera tal que el signo monetario convenido es también el objeto del pago como único

medio para extinguir la deuda y será irrecusable para el acreedor.

En el régimen anterior, en que la moneda extranjera cumplía la función de mantener inalterable el valor originario de la deuda, el deudor tenía la opción de entregar una cantidad igual de la misma especie y calidad (art. 607) como en las obligaciones de cantidad, y se podía liberar también dando el equivalente en moneda nacional o sea la cantidad de moneda del país necesaria, según las oscilaciones del mercado monetario para adquirir la cantidad de moneda extranjera pactada [5].

Contrariamente a lo que acabamos de exponer una más reciente doctrina y jurisprudencia ha considerado que las obligaciones en moneda extranjera son lisa y llanamente obligaciones dinerarias y no de dar cantidades de cosas, lo cual permite sostener que en nuestro derecho existen en realidad dos tipos de obligaciones pecuniarias: las de moneda nacional y las de monedas que no sean de curso legal en la República. Estas últimas tendrían a la moneda extranjera como moneda esencial o de pago [6].

Este criterio es el que ha prevalecido en la reforma de la ley 23.928.

En cuanto al incumplimiento del deudor no existirán daños e intereses compensatorios pues la obligación es considerada siempre de cumplimiento posible por ser dineraria. Solamente se deberán daños e intereses moratorios que se compensarán exclusivamente con intereses moratorios sin que se deba el daño mayor. Los intereses se pagarán en la misma moneda estipulada desde el vencimiento de aquélla, a la tasa convenida o la que determinaren los jueces conforme a lo dispuesto en el art. 622 del Código Civil. No se admitirán en las obligaciones de dar sumas de dinero nacional o extranjero, intereses de los intereses, sino por convención

5 EDUARDO BUSSO, *Código Civil Anotado*, t. IV, p. 262.

6 F. A. TRIGO REPRESAS, *Obligaciones en moneda extranjera con garantía hipotecaria*, "L.L.", 15 de abril de 1981, p. 3.

expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandare pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso al hacerlo. Serán válidos los acuerdos de capitalización de intereses que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza (art. 623 en el nuevo texto).

III

IX REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

Celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

Palabras del académico Presidente Dr. Federico N. Videla Escalada al iniciarse la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires

Con el talento y la claridad que lo caracterizan, el Dr. Frías ha trazado una admirable semblanza de nuestro país en los últimos cincuenta años e, inclusive, ha sabido agregar a esa descripción la nota emotiva del recuerdo a un maestro muy destacado y muy querido y hasta ha puesto la nota poética.

Por mi parte, he de desarrollar una exposición de mucha menor envergadura y que sólo ha de contemplar algunas reflexiones atinentes a nuestras dos instituciones en la última década.

Han transcurrido diez años desde que los Académicos de Buenos Aires llegamos a esta ciudad para la primera reunión conjunta de ambas Instituciones.

A diez años de aquella primera reunión, considero oportuno que reflexionemos brevemente sobre lo hecho desde aquel punto de partida, aquel encuentro inicial, que quienes tuvimos la suerte de haber participado en él guardamos como un recuerdo muy adentrado en nuestra memoria.

Todos los años desde entonces las dos Academias se preocuparon por pensar temas de alto valor jurídico y que revistieran incuestionable interés general.

Tras las consultas entre las dos corporaciones, se eli-

gieron los tópicos que fueron tratados en los sucesivos encuentros, tópicos que dieron lugar a la elaboración de trabajos de calidad y sirvieron de base para debates profundos y enriquecedores.

Merced a esta labor conjunta, la ciencia jurídica argentina contó con interesantes producciones sobre temas variados y significativos, como la inflación, las fuentes del derecho, las relaciones entre nuestra disciplina y la economía, el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial, la realidad y el derecho, etc.

En una nueva etapa de esta tarea común, hemos de abordar ahora la consideración del Derecho de nuestro país en los últimos cincuenta años, es decir, en el período recordado por el Dr. Frías.

Sabemos que ese medio siglo ha sido difícil para la Argentina y que el campo jurídico ha registrado variantes sumamente profundas, no sólo por la circunstancia interna, sino también por las características de estos tiempos en todo el orbe.

De ahí el profundo interés que han de revestir, sin duda, las sesiones que se desarrollarán en esta oportunidad.

No dudo del valor de este trabajo científico, el realizado y el que hemos de efectivizar en esta ocasión, pero creo que, a su lado, cabe señalar la importancia de otro resultado tan valioso como el anterior y que se refiere a la faz humana de la relación entre los integrantes de las dos Instituciones: el contacto mantenido durante los diez años transcurridos desde la primera reunión conjunta nos ha acercado y ha fomentado entre nosotros lazos de sincera amistad.

Y más allá del conocimiento e, inclusive, de la admiración que algunos de los académicos tengamos por otros, esa amistad ha tornado diferentes, más cálidas, las reuniones. y convertido en días esperados con alegría los destinados a la concreción de nuestros encuentros.

Con esa sensación, querido amigo Presidente, entrañable amigo desde tantos años atrás, colegas de la Academia

de Córdoba, los felicitamos de todo corazón por el cincuentenario, que festejamos con entusiasmo. No sólo adherimos, sino que lo vivimos como nuestro.

Y, además, muchísimas gracias por su bondad y su cordialidad que nos llega muy profundamente al alma.

Y, ahora, tal como lo anticipó el Dr. Frías, les pido que guardemos un instante de silencio en homenaje a dos ilustres Académicos, uno de cada una de nuestras Corporaciones, recientemente fallecidos y que, por sus méritos intelectuales y morales, merecieron nuestro afecto y nuestra admiración, los doctores Enrique Martínez Paz y José María López Olaciregui.

Palabras del académico Presidente Dr. Federico N. Videla Escalada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, me cabe el alto honor de expresar las más sinceras, las más calurosas, las más fervientes felicitaciones a la Facultad y a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por el júbilo y la satisfacción que a cada una de las destinatarias de esta congratulación, tan unidas entre sí, les corresponde en virtud de la celebración de sus respectivos faustos aniversarios.

La coincidencia de los doscientos años de la creación en esta Universidad de la primera Facultad de Jurisprudencia, es decir, de la enseñanza institucionalizada del Derecho en nuestra tierra, con el cincuentenario del nacimiento de la Academia, sirve para unir en un mismo año recordaciones que, cada una por sí misma, se vinculan con un hecho significativo de la historia de la cultura jurídica, en verdad, de la cultura en general, como expresión de contenido profundo y radiante al mismo tiempo.

Expresar la felicitación de nuestra Academia hermana de Buenos Aires es la finalidad esencial de estas palabras y, por cierto, que lo hago muy sinceramente para cada una de las Instituciones a las que rendimos nuestro homenaje.

Pero, además, siento la necesidad de manifestar ante ustedes un sentimiento muy especial que experimento: estoy

realmente emocionado y agradezco a Dios la gracia que me ha concedido de desempeñar la presidencia de la Academia en este momento, en la circunstancia de este homenaje, de esta recordación de acontecimientos que me llegan muy a lo hondo y, por eso mismo, quiero manifestarles que me embarga una intensa emoción al pensar que uso de la palabra en este lugar en oportunidad de cumplirse dos siglos del comienzo de la enseñanza del Derecho, esa disciplina de primerísimo valor social, sobre la cual se cimentan la vida de relación de la sociedad y el orden y la paz que su desarrollo hace viables.

Les pido que comprendan que en 1935 ingresé a la vieja casa de la calle Las Heras donde funcionaba la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y que, desde entonces, he continuado sin interludios ejerciendo mi profesión de abogado, estudiando y enseñando Derecho y procurando dentro de mis medios y posibilidades afianzar la justicia, para usar una expresión del Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, que pone de relieve la principal obligación específica de los hombres del Derecho.

Para alguien que ha vivido y vive intensamente el Derecho estar hoy aquí en esta Universidad, a doscientos años de la creación de la primera Facultad de Jurisprudencia que hubo en nuestra tierra, es algo particularmente grato, un motivo de legítima satisfacción.

En este momento, tengo la sensación del peregrino que llega al lugar de destino de su marcha, del investigador que alcanza el origen de su proceso de búsqueda, del lector que penetra en el punto de partida de la trama que despertó su interés y lo atrajo ininterrumpidamente.

Cualquiera de esas sensaciones o cualesquiera otras de la misma índole se asemejan a la que siento esta mañana en la Casa de Trejo al rememorar los dos siglos del nacimiento de la enseñanza del derecho en su primera manifestación universitaria en nuestra tierra.

He leído con fruición la magnífica obra de nuestro colega, Profesor y Académico, Roberto Peña sobre los sistemas

jurídicos en la enseñanza del Derecho en la Universidad de Córdoba, libro que la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de esta ciudad dedica a las Academias hermanas de España e Iberoamerica en la expectativa del Quinto Centenario.

Y precisamente en esa obra he encontrado presentada la historia anterior a 1791, con la reflexión dedicada a las lecciones inspiradas en la obra del Padre Suárez, de ese jesuita formidable cuyo pensamiento dejó una huella tan honda en muchos de nuestros más preclaros próceres y fue, inclusive, guía y orientación de los hombres que nos dieron la Patria.

Esta simple mención nos muestra que, como no podía dejar de ocurrir, ya que el Derecho está entrelazado con las demás ciencias sociales y morales, hubo reflexión jurídica en los claustros universitarios cordobeses desde el comienzo mismo de la historia de la Universidad.

Pero la enseñanza autónoma del Derecho nació en 1791 y ello marca un hito, no sólo fundacional sino profundamente vital, en la historia del Virreinato del Río de la Plata, del cual había de nacer pocos años después la Patria nueva, nuestra Argentina.

Fue en ese momento cuando adquirió vigencia una disposición del Virrey Arredondo que decía: "Deseoso el gobierno de adelantar cuanto sea posible los Estudios de esa Universidad en beneficio público, como Su Majestad lo tiene ordenado, se ha propuesto el establecimiento de una Cátedra de Instituta por las razones que para ello se han tenido en utilidad de los alumnos de ese Colegio y cursantes de la misma Universidad".

El punto de partida estaba puesto y en 1791 nacía la proyectada Cátedra.

Poco tiempo después se creaba una segunda Cátedra de Jurisprudencia Civil y otra de Jurisprudencia Canónica.

Y también se autorizaba a la Universidad a dar grados de Bachiller, Licenciado y Doctor en Derecho Civil.

Como dice Peña en aguda observación: "La Facultad de Jurisprudencia iba a descansar en un trípode: el Dere-

cho Canónico, el Derecho Civil y el Derecho Real, que configurarían al jurista integral".

Han transcurrido dos siglos desde aquel comienzo y el germen que nacía se ha transformado en lo que hoy conocemos: una amplia gama de disciplinas y especialidades, a las que hay que agregar las soluciones destinadas a resolver las cuestiones que nos ha señalado el Doctor Frías, todas ellas nacidas para responder a las exigencias de los nuevos tiempos y para proveer a los estudiantes los elementos necesarios para convertirse en hombres de Derecho y afianzar la justicia que, como antes dije, es la finalidad esencial del quehacer jurídico.

La complejidad de la vida contemporánea exige del Derecho una multiplicación de normas e instituciones destinadas al mejor servicio del hombre y las Facultades de Derecho de nuestras Universidades, la de esta señera Universidad Nacional de Córdoba creada doscientos años atrás y todas aquéllas que procuran satisfacer los legítimos intereses de los habitantes de nuestro país, han debido adaptar los contenidos de sus planes de enseñanza y multiplicar las materias que enseñan para cumplir adecuadamente su misión.

Pero, todo este crecimiento, de innegable utilidad, se integra en el ser del Derecho, estructurado sobre los principios básicos e inmutables de moral y justicia que se mantienen a lo largo de los siglos, impuestos por la naturaleza misma del ser humano, recibida de Dios, su Creador.

Sirvan estas pocas consideraciones como un medio de explicar la razón de ser de la emoción que me embarga al hablar en esta casa en ocasión de los doscientos años de ese comienzo tan trascendental y de los cincuenta del nacimiento de la Academia.

Y reciban, Señor Decano y Señor Presidente, la felicitación que a la Facultad y la Academia les traemos de todo corazón los académicos de Buenos Aires.

EL DERECHO PENAL ARGENTINO DE 1940 A 1990

Disertación pronunciada por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía, en la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ha escogido un período de cincuenta años para que en este nuevo encuentro con su similar de Buenos Aires y en conmemoración del cincuentenario de su fundación se analicen los cambios que pudieran haberse producido en dicho lapso en algunas ramas de nuestro derecho.

Quien os habla se referirá por razones conocidas al derecho penal, pero cabe aclarar ante el doble significado del término "derecho" que me he de referir en mayor medida a lo ocurrido en ese lapso en lo que atañe a los distintos puntos de vista teóricos desde los cuales se ha enfocado al derecho penal, y no a este derecho en su expresión en la legislación positiva, pues esto último sería muy tedioso y de escaso interés en un encuentro que por ser académico exige un nivel más elevado.

Al decir, sin embargo, que el tema lo trataré de ese modo, queda de todas maneras un pequeño resquicio para decir algo sobre el Código Penal vigente desde veinte años antes de 1940, pero sólo para recordar que desde ese año y durante cincuenta años supieron nuestros legisladores actualizarlo o completarlo al compás de nuevas necesidades. Y así, digámoslo brevemente y a título de ejemplo, se incriminaron en el texto del Código la usura, el enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados públicos, una nueva modalidad de asociación ilícita si ella posee una organiza-

ción militar con estructura celular, dispone de armas de guerra, se integra con oficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, tiene conexiones con el exterior y recibe apoyo o dirección de funcionarios públicos, y nuevas figuras de atentados al orden constitucional y a la vida democrática que se añadieron al anterior delito de concesión de facultades extraordinarias o la suma del poder público y previeron sanciones para los funcionarios que siguieran actuando durante gobiernos "de facto" o que asumieran sus cargos en tales oportunidades. Y se promulgaron como leyes penales especiales, también a título de ejemplo, las relativas al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, al régimen penal cambiario, al espionaje y al sabotaje, a la defensa de la competencia y al régimen penal tributario.

Toca entonces después de esta brevísima reseña encarar el análisis de los cambios que se produjeron en el ámbito de la teoría del derecho penal argentino a partir de 1940, año en el cual ocurrió un cambio realmente significativo debido, es un deber destacarlo, al impulso renovador de un maestro del derecho como lo fue nuestro común académico Sebastián Soler, a cuya memoria reitero mi homenaje.

Pero 1940 no puede ser el punto de partida de mi exposición, pues sólo dirigiendo la mirada al pasado se puede apreciar el alcance de ese cambio.

Y así, viene bien recordar que en 1860 publicó Carlos Tejedor su *Curso de Derecho Criminal* en pleno auge de la Escuela Clásica de Derecho Penal, cuyo máximo representante, el profesor italiano Francesco Carrara, sostenía que "el derecho penal tiene su génesis y su forma en una ley absoluta" y que "subordinadas así a una norma absoluta, las leyes penales son absolutas en sus principios cardinales y sólo pueden convertirse en relativas en su forma de aplicación". En aquel tiempo la responsabilidad penal se fundaba en el libre albedrío, el delito era considerado un ente jurídico y la pena se imponía como mera retribución.

Pero muy pronto ese punto de vista absoluto y abstracto fue puesto en tela de juicio por un nuevo enfoque que

apuntaba a lo concreto, a la realidad empírica, a la investigación del ser en lugar de encarar el estudio del deber ser. Fue en 1870, cuando vio la luz el libro de Cesare Lombroso *L'huomo delinquente in rapporto a l'antropologia, giurisprudenza e disciplina carceraria,* al que siguieron en 1880 el de Enrico Ferri *I nuovi horizonti del diritto e della procedura penale* y el de Raffaele Garófalo *Un criterio positivo della penalitá,* en los cuales se sostuvo desde distintos puntos de vista que la responsabilidad penal no se podía fundar moralmente en el libre albedrío sino en el mero hecho de vivir en sociedad, que el delito no era un puro ente jurídico sino resultado de factores individuales y sociales y que la pena no era retributiva sino correctora con fundamento en la peligrosidad del infractor y en la defensa social.

Nació así una nueva Escuela, llamada Positiva, cuyas conclusiones, recién reseñadas, encontraron eco bien pronto entre nosotros, primero en 1887 en la cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires a cargo entonces de Norberto Piñero, de quien dijo Juan P. Ramos en sus clases en dicha Facultad que "su obra fue tan alta y tan fecunda que es posible afirmar desde entonces el triunfo de las ideas de la Escuela Positiva en el pensamiento de nuestros mayores cultores de la ciencia penal", e inmediatamente, al fundarse en 1888 la "Sociedad de Antropología Jurídica", cuyo Presidente, Francisco Ramos Mejía, no obstante su adhesión a la nueva Escuela, dijo de ella en su conferencia sobre *Los principios fundamentales de la escuela positiva de derecho penal,* pronunciada el 18 de mayo de ese año en dicha Sociedad, que "contiene todavía muchas doctrinas aventuradas e incompletas, generalizaciones poco fundadas, hechos y afirmaciones que no revisten el carácter de certidumbre y evidencia necesarias para ser admitidas como verdades científicamente demostradas y, finalmente, la importancia numérica de los hechos observados deja todavía mucho que desear respecto a algunas de sus doctrinas".

El positivismo siguió preponderando durante muchos

años en la cátedra y en la bibliografía de la mano de Juan P. Ramos, Eusebio Gómez, José María Paz Anchorena, Juan Silva Riestra, José Peco y Alfredo Molinario entre otros, hasta que en 1929 irrumpió en el ámbito científico con fuerte ánimo polémico la pluma de Sebastián Soler con un breve ensayo titulado *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, que era en realidad una reelaboración mejorada de un trabajo anterior sobre *La intervención del Estado en la peligrosidad predelictual.*

Nos acercamos así a 1940, aunque debiendo recordar antes que en 1933 tres profesores de Derecho Penal de la Facultad de Buenos Aires, los doctores Juan P. Ramos, José María Paz Anchorena y Emilio C. Díaz, elevaron al Decano una nota propiciando la reforma del plan de estudios de la respectiva asignatura, en la que expresaron que "es de todo punto de vista vano, es una especie de arqueología penal, seguir estudiando en clase y en exámenes la obra de Beccaria, por importante que sea, o los detalles de lo que dijeron Lombroso, Ferri o Garófalo hace más de cincuenta años", por lo cual, agregaron, ha de preferirse "enseñar el derecho que ha nacido de esas doctrinas y no las doctrinas con olvido del derecho nacido de ellas", quedando aprobada por el decano Clodomiro Zavalía la reforma propuesta el 29 de mayo de ese año de 1933.

La enseñanza del derecho penal se apartó así en buena medida del más crudo positivismo. La crítica de Sebastián Soler a la teoría del estado peligroso anunció un inminente cambio al haber dicho de ella en 1929 que alteraba "el mecanismo formal de la imputabilidad", castigaba al delincuente por lo que era y no por lo que había hecho y distendía "la rigidez del cuadro que trazara con mano maestra el clasicismo penal con las figuras de los delitos en particular". Y en esas condiciones podemos entonces situarnos en 1940, no sin recordar los conceptos coincidentes del penalista italiano Giusepe Maggiore al expresar que "donde la función penal se resuelve en un mecanismo de defensa, la pena tiene oficio exclusivamente preventivo, el delincuente es un anor-

mal psíquico, la libertad moral se esfuma en el mito, ¿cómo se puede lógicamente hablar de culpa?, acaso y sin acaso no se pueda ni siquiera hablar de derecho penal".

Pero, señores Académicos, en 1940, al tiempo de la fundación de la corporación que hoy nos alberga, se puede hablar efectivamente del derecho penal argentino en razón de que en ese año vio la luz pública la primera edición del libro de Sebastián Soler titulado precisamente *Derecho Penal Argentino,* que constituyó el origen del cambio cuyo análisis he tomado a mi cargo y que, aunque con diferente orientación doctrinaria, repitió el título del libro que Rodolfo Rivarola, positivista, escribió en 1910.

En el prólogo a aquella edición, y me tomo la libertad de reiterar conceptos expresados por mí en el homenaje que nuestra Academia tributó a la memoria de Soler al iniciar este año sus actividades, quien ejercía ya la docencia en esta ciudad atribuye a los positivistas un propósito meramente crítico al encarar la explicación del Código Penal, cuando lo que corresponde a su juicio es exponerlo sistemáticamente en la medida, según sus palabras, "en que parezca necesario para la reconstrucción dogmática de la ley". Y agrega lo siguiente, que es bueno recordar: "Hay una razón, diremos, sociológica que nos ha determinado a realizar esta obra adoptando dicho punto de vista: la necesidad de dar prestigio a la ley, de fomentar el sentimiento de respeto hacia ella. Las reiteradas críticas de la ley penal determinan cierta actitud de indiferencia, según lo hemos visto entre jóvenes alumnos. La ley aparece con frecuencia como una opinión más dentro de un conjunto de teorías, y esa opinión, por añadidura, es generalmente tenida por poco sensata. De este modo, en vez de fomentarse el esfuerzo por presentar la ley en su mejor sentido, fructifica cierta inclinación demoledora, olvidando que entre el más grande tratado y la más modesta ley penal existe una diferencia cualitativamente insalvable", y añade: "La ley es con frecuencia más sabia de lo que se supone, pero

para entenderla es preciso estudiarla con ánimo prudente y buena voluntad".

Esa "reconstrucción dogmática de la ley" presupone, según lo señala Soler en la Introducción al mismo libro, la vigencia efectiva de una ley, y en su consecuencia lograr "su sistematización, interpretación y aplicación correctas", y agrega seguidamente con fuerte tono crítico que "otra posición, perturbadora y más directamente influyente en nuestro medio, es derivada de la idea positivista, que ha confundido el punto de vista de una disciplina estrictamente normativa, propio de toda disciplina jurídica, con los aspectos causal-explicativos de los fenómenos captados por el derecho". Y así, dogmáticamente, es decir, teniendo en mira la propia ley penal vigente, define el delito como "acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ésta", definición que se aparta de las anteriores de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva y que destaca conforme con esa ley vigente que son elementos necesariamente constitutivos de todo delito una acción, o la omisión de una acción ordenada por la ley en su caso, su adecuación a un tipo legalmente previsto, su contradicción con el derecho y la culpabilidad de su autor, de los cuales por razones de brevedad y por ser los más significativos sólo cabe decir algo respecto de la acción y de la culpabilidad.

Respecto de la acción, con sustento en la opinión del penalista alemán Beling de que sólo hay acción "toda vez que un comportamiento corporal es referible en alguna forma a la voluntad de un hombre", Soler considera a la acción como un proceso meramente causal, y agrega que "el querer interno del agente no debe ser referido al evento o resultado externo, pues el estudio de esa relación no forma parte de la teoría de la acción, sino de la relativa a la culpabilidad".

En lo que atañe a la culpabilidad, existían en los años que ocupan mi atención dos teorías, la psicológica y la normativa, pero que sin que hubiera unanimidad entre nues-

tros dogmáticos. Según Soler, partidario de la primera, "la culpabilidad viene a ser la situación psicológica en que el sujeto se halla en el momento de la acción con respecto al hecho que produjo", mientras que para Ricardo Núñez, partidario de la teoría normativa, la culpabilidad es un juicio de valor, es la reprochabilidad de su conducta antijurídica al autor en razón de que le era exigible una conducta ajustada a derecho.

He dicho al comienzo de esta disertación que el cambio que se produjo en 1940 en nuestro derecho penal se debió al impulso renovador de Sebastián Soler, y por ello he recurrido de modo principal para exponer ese cambio a su libro *Derecho Penal Argentino* publicado precisamente en aquel año. Pero ese libro fue objeto de varias rediciones, habiendo expresado Soler en la de 1963 aludiendo a la primera: "Dijimos al publicarlo que asumíamos la responsabilidad de la primera tentativa en la dirección dogmática, y en cierto sentido el transcurso del tiempo ha venido haciendo grave el peso de esa responsabilidad. Algunos planteamientos que entonces aceptamos nos parecen hoy anticuados; no condenamos nuestros esfuerzos juveniles, pero hoy vemos con más claridad muchos temas recargados antes de doctrinarismo extralegal y los tratamos ahora en una relación más estrecha con nuestra ley", y así se mantuvo la postura dogmática de Soler hasta la última edición de 1978, cuando dijo algo a que me he de referir más adelante en su debida oportunidad.

Con lo expuesto hemos dejado atrás 1940 y algunos años que le siguieron, durante los cuales la polémica en el derecho penal argentino, superado el positivismo criminológico, se planteó en el ámbito de la dogmática entre psicologistas y normativistas.

Pero años antes de 1940 una polémica más profunda se venía planteando, originariamente en Alemania, a partir de un nuevo concepto de la acción, según el cual la acción no podía ser entendida, como pensaban Soler y también Núñez, como un mero proceso causal, sino como actividad

final, conforme lo consideró Hans Welzel, sobre la base de algunas opiniones precedentes, en su ensayo *Kausalitat und Handlung* escrito en 1931 y divulgado en 1975 entre nosotros en los "Cuadernos de los Institutos" de la Universidad Nacional de esta ciudad con el título *Causalidad y Acción*. Es decir, la polémica se planteó a partir de entonces entre causalistas y finalistas.

Al causalismo, aunque en particular respecto de la teoría causal de la acción, me he referido brevemente hace un momento con cita de las opiniones de Soler y de Núñez, pero cabe añadir para una mayor precisión de la teoría causal de la acción la opinión del penalista alemán Reinhart Maurach en la versión española de su *Tratado de Derecho Penal* publicado en 1962, según la cual para esa teoría "la acción se agota en procesos y consecuencias mensurables por la ciencia de la naturaleza y es por completo libre desde el punto de vista valorativo", pudiendo recordarse a su vez que Radbruch definió con ingenio la injuria conforme con el causalismo "como una serie de movimientos de la laringe, producción de ondas, estímulos auditivos y procesos cerebrales".

¿Y qué sostienen a su turno los finalistas respecto de la estructura de la acción? Veámoslo de la mano de Welzel, a quien ya he citado, sin que pueda llamar la atención la reiterada cita de autores extranjeros, porque siempre ha sido así, habiéndose recurrido a italianos en tiempos del positivismo criminológico y a alemanes en tiempos de la dogmática.

Al referirse Welzel a la teoría causal de la acción dice en la octava edición de su *Derecho Penal Alemán* que su error fundamental "consiste en que no sólo desconoce la función constitutiva, por antonomasia, de la voluntad rectora respecto de la acción, sino que incluso la destruye y convierte en un mero proceso causal desencadenado por un acto de voluntad cualquiera". Esa función rectora de la voluntad la deduce Welzel de lo ontológico, de lo previamente dado, de una previa y necesaria estructura lógico-objetiva

dada de antemano al legislador. Y Welzel, como lo destaqué en un artículo publicado en 1970 en la "Revista de Derecho Penal y Criminología" titulado precisamente *Las estructuras lógico-objetivas en el derecho penal* "a fuerza de buen penalista se maneja claro está con el derecho penal, cuya parte general según él está cruzada en gran medida por estructuras lógicoobjetivas", una de las cuales en su opinión es la acción.

Y en ese artículo transcribí el siguiente párrafo del ilustre profesor alemán: "Quien quiera imponer normas a la acción tiene que presuponer la estructura categorial del hacer humano; ningún legislador puede modificarla. Sobre esta estructura se puede, desde luego, formular declaraciones de validez universal, especialmente en lo que se refiere a su legalidad final. De aquí surgen determinadas consecuencias dogmáticas con respecto a los elementos singulares de la acción y a la recíproca posición de los mismos entre sí. Sobre todo, en lo que se refiere a la función y posición de la voluntad en la estructura de la acción. Aquí no tienen ni la ley ni la ciencia libre poder de determinación". Y puede agregarse que en el citado libro de Welzel *Derecho Penal Alemán* dice: "La estructura final del actuar humano es necesariamente constitutiva para las normas del derecho penal. Las normas jurídicas, es decir, las prohibiciones o los mandatos del Derecho, no pueden dirigirse a procesos causales ciegos, sino sólo a acciones que tienen la capacidad de configurar finalmente el futuro".

No obstante esos indiscutibles conceptos, Soler no abandonó del todo su adhesión a la teoría causal de la acción, pero después de 1940, en ocasión de la última edición de su *Derecho Penal Argentino* en 1978, no dijo ya que existe acción "toda vez que un comportamiento corporal es referible en alguna forma a la voluntad de un hombre", sino que sostiene que en la acción "existe un elemento que no se encuentra jamás en la causalidad: hay libertad" y que hay a su vez una "diferencia cualitativa entre acción y causalidad".

Núñez por su parte se ubicó en una postura de mayor intransigencia con el finalismo al sostener que "el concepto de acción que interesa a la dogmática es el que da el derecho positivo" y no el que proviene de la teoría según la cual la acción humana posee una estructura lógico-objetiva a la que el derecho postivo debe amoldarse, recurriendo en apoyo de su opinión a lo que disponen al respecto los artículos 34, inciso 1º, y 45 de nuestro Código Penal.

En orden a la culpabilidad, las doce páginas dedicadas a ella por Soler en la primera edición de su *Derecho Penal Argentino* se convierten finalmente en veintiuna, pues expone en mayor medida el contraste entre las teorías psicológica y normativa sobre la base entonces de su ensayo *Culpabilidad real y culpabilidad presunta* publicado en 1964 en la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", mantiene su oposición a despojar a la culpabilidad de todo elemento psicológico y, si bien sostiene como antes que el dolo y la culpa pertenecen al ámbito de la culpabilidad, admite ahora que ésta es también alguna especie de reproche, término que antes no había utilizado.

De Núñez ya hemos dicho que para él la culpabilidad es un juicio de valor, el reproche de una acción antijurídica por haber podido obrar el autor conforme a derecho.

Frente a estas posturas de Soler y Núñez, compartidas por otros estudiosos del derecho penal, el finalismo comenzó a tener adeptos entre nosotros en la década de 1960, no pudiéndose dejar de recordar los ecos que dejó en Buenos Aires la presencia de cuatro profesores alemanes, entre ellos Welzel, que asistieron al Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en la Universidad de Belgrano en 1971 en ocasión de conmemorarse el cincuentenario de la sanción de nuestro Código Penal vigente.

Esos adeptos al finalismo, jóvenes en su mayoría, fueron volcando sus ideas principalmente en trabajos monográficos, y sólo a partir de 1980 se cuenta en la bibliografía nacional con una exposición acabada de la teoría finalista en el *Tratado de Derecho Penal* del Profesor Eugenio Raúl

Zaffaroni, en el cual su autor adhiere a la concepción de la acción como actividad voluntaria tendiente a concretar concientemente un fin determinado, a ubicar el dolo y la culpa al nivel de la tipicidad y a entender la culpabilidad como pura reprochabilidad.

Como puede apreciarse, en el lapso transcurrido desde 1940 quedó atrás en nuestro derecho penal el positivismo criminológico, se plantearon y aún subsisten en el ámbito de la dogmática las diferencias entre las teorías psicológica y normativa de la culpabilidad, aunque con leve predominio de la segunda, y es muy pareja la disputa entre causalistas y finalistas, contestes sin embargo ambas tendencias en definir el delito como acción típica, antijurídica y culpable, pero disidentes respecto del concepto y de la ubicación sistemática de cada uno de esos elementos constitutivos.

En apretada síntesis, para los causalistas la acción es un simple proceso que pone en marcha una cadena causal, la tipicidad es la correcta adecuación de la acción a un tipo abstracto o modelo legalmente descripto, la antijuridicidad es la contradicción de la acción típica con el ordenamiento jurídico y la culpabilidad es la relación psicológica entre quien actúa y el resultado causado por él tanto con dolo como por su culpa. Y para los finalistas, que sólo coinciden con los causalistas respecto del concepto de la antijuridicidad, la acción es un proceso gobernado por la voluntad y dirigido concientemente a un fin determinado, la tipicidad es la correcta adecuación de la acción a un tipo abstracto o modelo legalmente previsto tanto si quien actúa obró con dolo o por su culpa y la culpabilidad es la pura reprochabilidad de la acción típica y antijurídica porque su autor debió y pudo motivarse en el mandato de la respectiva norma legal y no lo hizo.

Pero tanto con el sistema causalista como con el finalista se llega a idéntica sentencia, condenatoria o absolutoria, según concurran o no los requisitos de la acción, de la tipicidad, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, no faltándole por ello razón al penalista alemán Hellmuth Ma-

yer cuando afirma que "todos los sistemas son utilizables con tal de que se apliquen consecuentemente", y tampoco a Francisco Miñoz Conde, en su *Introducción al Derecho Penal* publicado en España en 1975, cuando sostiene haberse debido la supervaloración del pensamiento sistemático a la polémica entre causalistas y finalistas desarrollada "dentro de los estrechos límites que le marcó a la ciencia del derecho penal el positivismo jurídico de finales del siglo pasado" que desterró de su ámbito "otras consideraciones de índole criminológica o políticocriminal", cuya consideración sería susceptible de afectar la función a que aspira la dogmática penal.

Respecto de tal función había escrito poco antes el profesor español Enrique Gimbernat Ordeig, en el libro editado en Buenos Aires en homenaje a don Luis Jiménez de Asúa, *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho,* un breve ensayo titulado *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?,* y en él señaló que en ese entonces se asistía de nuevo a la "venerable polémica" "entre los que cultivan la dogmática jurídicopenal y los que quisieran ver al derecho penal desplazado por la criminología", por lo cual correspondía a su juicio "examinar cuál es el papel que debe desempeñar la dogmática jurídicopenal", a lo que después de una larga exposición contesta así: "porque toda idea jurídica progresiva necesita una formulación legal que será tanto más perfecta y eficaz cuanto más alto sea el nivel científico jurídico, porque una ciencia desarrollada del derecho penal es la que hace posible controlar los tipos penales, porque la pena es un medio necesario y terrible de política social, porque tenemos que vivir con el derecho penal, por todo ello, la dogmática jurídicopenal tiene un futuro".

Casi simultáneamente, el profesor alemán Claus Roxin en su pequeño opúsculo traducido al español *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal* expresó en tono crítico en orden a la dogmática penal que el finalismo "con su método deductivo axiomático de derivar las soluciones jurí-

dicas de datos ontológicos —principalmente del concepto de acción concebido en sentido prejurídico— ha creado un sistema" que "no concede un espacio independiente a las finalidades políticocriminales en la dogmática", por lo cual considera que "el camino acertado sólo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas políticocriminales en el sistema del derecho penal", al extremo de sostener que "las concretas categorías del delito —tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad— deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función políticocriminal".

Entre nosotros indudablemente pudo gozar la política criminal de cierta influencia en el pensamiento penal en virtud del auge entonces del positivismo criminológico que encaraba el estudio del delito y del delincuente desde los puntos de vista sociológico y antropológico, con olvido del estudio dogmático, pero, con el correr de los años, a partir de 1940, cabe reconocer con Soler que la política criminal sólo debe subsistir "como criterio orientador de la legislación penal, ya que ésta debe estar sólidamente fundada siempre en el conocimiento preciso de los fenómenos que pretende regular", es decir, con un cometido *de lege ferenda*, pudiéndose deducir de sus palabras que no hubiera coincidido con Roxin acerca de que la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad deben entenderse "bajo el prisma de su función políticocriminal", opinión que a su vez comparte Zaffaroni cuando expresa que la política criminal, que prefiere llamar política penal, "se halla inmediatamente antepuesta a la ley penal, tanto lógica como cronológicamente", por lo que tampoco hubiera suscripto la tesis de Roxin.

En el ámbito en el cual la política criminal cumple efectivamente un cometido legítimo es al operar de *sententia ferenda* al nivel de la punibilidad, lo que estatuye el Código Penal en varias disposiciones de su Libro Primero, como las relativas a las clases de penas, al criterio para decidir su graduación conforme a las pautas fijadas en el artículo 41, a la condenación condicional y a la libertad con-

dicional después de cumplida parte de las de reclusión o prisión.

Y digamos para terminar que desde 1940 y por un lapso de cincuenta años entre nosotros, y reiteramos que ello ocurrió por iniciativa y por la obra fundamental de Sebastián Soler, la dogmática jurídico penal, pese a las apuntadas disidencias en cuanto a la estructura del delito entre causalistas y finalistas, tiene asegurado su futuro al margen de los progresos de la política criminal, porque al señalar límites, definir conceptos, encuadrar en tipos de delitos previstos en la ley las conductas punibles, entre otros aspectos, substrae al derecho penal del marco de la arbitrariedad y asegura así su correcta aplicación.

CINCUENTA AÑOS EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO ARGENTINO

Disertación pronunciada por el académico Dr. Antonio Vázquez Vialard, en la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

El estudio retrospectivo de este período significa referirse a uno en el que esa rama jurídica experimentó un cambio decisivo. Durante él se adoptaron las principales técnicas de que se vale el derecho del trabajo para intentar regular las relaciones entre personas que, en el plano individual, gozan de una muy disímil capacidad de negociación. El mismo se caracterizó como una reacción contra una tendencia individualista del derecho (quizás, con más propiedad, insolidarista); adoptó técnicas a fin de proteger al miembro más débil de la relación que se anuda con motivo de la prestación de trabajo humano dirigido. A ese efecto, introdujo una nueva modalidad de concertación, privilegiando la capacidad del grupo, lo que se concreta a través del convenio colectivo de trabajo. Su desarrollo tuvo como centro el principio protectorio, así como el de la justicia social, equidad, buena fe, de los que derivan otros, tales como el de la irrenunciabilidad, conservación de la relación, primacía de la realidad, no discriminación arbitraria, así como otros referidos a la interpretación de la norma [1].

Con el objeto de dispensar una cierta protección al trabajador en "relación de dependencia", introdujo una serie de técnicas que se refieren no sólo a las modalidades de la concertación del negocio jurídico laboral, sino también a su ejecución y a las consecuencias que se siguen de su distracto. Entre aquellas se adoptaron instrumentos: a) jurídicos, expresados a través de la limitación del ámbito de la

[1] Los mismos, entre otros, consisten en las reglas del *in dubio pro-operario*, la condición más beneficiosa, la cláusula más favorable.

autonomía de la voluntad, la adopción de la figura del orden público laboral, el criterio de la sustitución automática de las cláusulas nulas por aquellas otras que se debieron aplicar, la imposición de una figura tipo del contrato; b) que tonifican al grupo; c) establecen un control administrativo y d) adecuan un sistema de cooperación y unificación en el plano internacional.

Al comienzo del período que analizamos, 1941, como un hecho sintomático que denota la situación, cabe hacer referencia a que la denominación de la materia en las Facultades de Derecho era la de Legislación del Trabajo. De ello surge que se ponía el acento en el estudio de las normas, y no tanto en destacar el análisis de las técnicas de protección que se hallan ínsitas en ellas, que integraban lo que también se denominaba como Legislación Industrial (en razón de que en ese ámbito se habían planteado las principales inquietudes, aunque la aplicación se hacía en otros sectores: agrario, civil).

Algunos autores, para caracterizarlo y distinguirlo de otras ramas jurídicas, y de acuerdo con una cierta tendencia, lo designaron como Derecho Nuevo. Las principales leyes vigentes en 1941, que no alcanzaban a regular la totalidad de la realidad que se configura con motivo de la relación laboral se referían, entre otros, a la prohibición del trabajo en determinados días (domingos, sábados a la tarde), al trabajo de la mujer y del menor, regulación de la jornada de trabajo, reparación de los infortunios, regulación del contrato de trabajo en el ámbito comercial (que la doctrina judicial lentamente extendió a otras actividades civiles e industriales), obligación del empleador de suministrar al trabajador una silla para que realice su tarea, prohibición del trabajo de la mujer durante un período anterior y posterior al parto con una protección propia de la seguridad social, prohibición del despido por casamiento, etc. Completaban el panorama algunos estatutos, entre ellos el de empleados de banco, trabajadores a domicilio, conchabadores, viajantes de comercio.

Para una mejor exposición del proceso operado, creemos oportuno tomar en cuenta dos ejes principales. Uno de ellos, referido a los diversos períodos históricos que se han dado en el país, que se caracterizan por el hecho de que en ellos ha prevalecido un criterio pro-trabajador, pro-sindical, o contrario a ellos. El otro se vincula a la evolución de los principales institutos y capítulos de esta rama jurídica. Consideramos oportuno destacar fundamentalmente dos de los elementos que según la doctrina trialista integran el derecho: la norma positiva y la realidad social a la que la misma se aplica, a fin de regular las relaciones para que en ellas se encarne el valor justicia, a fin de crear condiciones de convivencia pacífica (en el caso, en el orden de las relaciones individuales y colectivas laborales) que faciliten el pleno desarrollo del hombre. El fin principal de esta rama del derecho (clave del problema) es establecer los cimientos de una paz social, obra de la justicia, a través de un nuevo equilibrio entre los intereses sociales, políticos y económicos.

Respecto de los hitos que señalan los períodos históricos que, a nuestro juicio, facilitan el análisis de la evolución del derecho del trabajo, consideramos oportuno fijarlos en los años 1943, 1955, 1958, 1966, 1973, 1976, 1983 y 1989. La mayor parte de ellos corresponden a hechos de carácter político (algunos a golpes de estado) que han tenido una honda repercusión tanto sobre las relaciones individuales como colectivas del trabajo. En cuanto se refiere a los diversos capítulos de esta rama que no siempre han evolucionado en forma paralela, creemos útil destacar: a) relaciones individuales dentro de las que corresponde el estudio de: 1) condiciones de trabajo; 2) trabajo de menores y mujeres; 3) normas de higiene y seguridad y accidentes de trabajo (que comprenden no sólo la preservación de la salud de los trabajadores, sino también la reparación de los infortunios sufridos); 4) estatutos profesionales; b) normas de derecho colectivo que se refieren a: 1) negociación colectiva; 2) asociaciones profesionales; 3) régimen de composi-

ción de los conflictos colectivos; c) normas de derecho administrativo laboral (propias de la competencia local); d) derecho procesal laboral que, según algunos autores, deben ser analizadas dentro del ámbito del derecho de fondo, criterio del que no participamos.

De acuerdo con la finalidad de este estudio (en otro realizado antes [2] hemos efectuado un análisis más detallado, en especial de la legislación), destacamos dentro de cada uno de los períodos indicados los aspectos más importantes referidos a la evolución de la norma jurídica, de las técnicas de protección que adoptó esta rama del derecho y a precisar la distinta realidad social de cada una de aquéllos.

A) 1941-1943. Durante este breve lapso se proyectan las mismas características del período iniciado en 1904 con la sanción en el orden federal de una ley (propia del poder de policía de trabajo) que disponía la prohibición de tareas de "trabajo dirigido" en días domingo (criterio que luego fue adoptado por las distintas provincias). La novedad más importante en este tramo, la constituyó la aplicación del decreto reglamentario (20.268/40) de la ley 12.561 que sancionó el estatuto de los empleados bancarios. Sobre la base de la enunciación del derecho a la estabilidad del empleado que contenía la norma de fondo, aquél estableció un sistema que en la doctrina se conoce como estabilidad relativa (a nuestro juicio, estabilidad absoluta con efectos menos plenos), que presenta ciertas similitudes con la que gozan los empleados públicos. Sólo se admite la rescisión de la relación contractual cuando se han dado los supuestos que admite la norma jurídica. De lo contrario, la decisión del empleador carece de eficacia jurídica, por lo que continúan en vigor los derechos y obligaciones concertadas en el contrato. Como no es factible ejercer fuerza sobre el empleador para que readmita al trabajador que inválidamente fue despedido, la doctrina adoptada por la mayor

2 Ver: *Evolución del derecho del trabajo en la República Argentina* (en el que se examina el período 1947-1987), en "Revista de Derecho Laboral". enero-marzo 1988, t. XXXI, nº 149, pp. 3/64, Montevideo.

parte de los tribunales del país [3], consideró que si aquél no lo hacía ante la intimación de éste, debía abonar, a título de indemnización, un importe similar al total de los salarios que se habrían devengado hasta que el empleado estuviera en condiciones de obtener el derecho a la jubilación.

Sin duda, la solución adoptada no era la correcta, ya que el incumplimiento de un débito laboral (dar trabajo), sólo podía dar lugar al pago periódico de una suma similar a la que hubiera correspondido en concepto de salario durante el tiempo de vigencia de la relación contractual. Planteada la cuestión ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "De Luca" [4], consideró que la norma, en cuanto disponía el pago de salarios por trabajos no efectuados, era inconstitucional [5]. A nuestro juicio, el Tribunal no distinguió entre lo que establecía la norma y la aplicación que de la misma hacían ciertos jueces.

En el ámbito de las relaciones colectivas, este breve período se caracterizó por la existencia de organizaciones de trabajadores imbuidos de sentido ideológico que con frecuencia dividió los movimientos por esas razones, más que por motivos de estrategias. Una característica del comienzo del sindicalismo lo constituyeron las constantes creaciones y divisiones de las entidades obreras, entre ellas, la G.G.T., razón de la disidencia de grupos que respondían a distintas concepciones políticas y sociales. Los convenios colectivos suscriptos fueron escasos y los celebrados tuvieron poca trascendencia. En el ámbito del derecho administrativo laboral, se mantuvo el criterio admitido desde la primera década del siglo, respecto de que el ejercicio de la policía de trabajo le corresponde a la autoridad local, por lo que el control a cargo del gobierno federal se limitaba al distrito

3 Los de Capital Federal modificaron su criterio, en el sentido que consideramos adecuado, en la década del 60.

4 "José E. De Luca, c/Banco Francés del Río de la Plata", 25/2/1969 "Derecho del Trabajo" ("D.T."), XXIX, p. 159, con nota de César Lanfranchi, *Inconstitucionalidad de la estabilidad bancaria.*

5 El Tribunal consideró, entre otros, que la obligación de abonar salarios correspondientes a un período no trabajado, violaba elementales principios de justicia.

federal, territorios nacionales y lugares donde ese poder ejercía jurisdicción (ya sea por cesión o compra de los lugares) o en razón de la materia (vinculada al tráfico interprovincial o internacional). En ese ámbito funcionaba el Departamento General de Trabajo que había sido creado por decreto en el año 1909 y constituido como Departamento Nacional por ley de presupuesto en el año 1912, cuya competencia se reducía a esos casos [6]. En algunas provincias, se crearon organismos locales similares a fin de ejercer el control del cumplimiento de las leyes de trabajo.

En 1941 se fundó la "Revista de Derecho del Trabajo" que dirigió el Profesor Dr. Deveali con el asesoramiento de un Consejo científico integrado por los doctores Tisembaun (Santa Fe), Alejandro Unsain y Mario Pinto (La Plata). A dichos nombres, corresponde asociar el de otros profesores que realizaron un real aporte al Derecho del Trabajo: los doctores Anastasi, Saavedra Lamas (que ejerció el cargo de Profesor titular de la asignatura en la U.B.A.), Pozzo y Despontin (Córdoba).

B) 1943-1955. Este período que se caracterizó desde su inicio por un cambio en la concepción referida a la materia, pro-trabajador, pro-sindicatos, fue viabilizado por las autoridades surgidas de la llamada revolución que se produjo en junio de 1943. Esa tendencia se expresó respecto de los diversos sectores del derecho del trabajo, tanto referidos a las relaciones individuales como colectivas, así como al ejercicio del derecho administrativo laboral.

Una de las preocupaciones fundamentales surgidas de las nuevas autoridades, fue facilitar el desarrollo del movimiento sindical. De inmediato, se dictó un régimen especial de asociaciones profesionales de trabajadores, así como de empleadores (decreto 2669/43) que fue abrogado antes de entrar en vigencia. En 1945 (decreto 23.852/45) se estableció un régimen para las asociaciones de trabajadores que

6 Varios diputados socialistas destacaron el inconveniente de reducir la actuación de ese organismo al ámbito federal.

reconocía el derecho de ejercer la personería gremial a la asociación más representativa [7], lo que le confería el monopolio de la representación sindical, en especial, para la concertación del convenio colectivo. Este régimen signó hasta ahora (con excepción de un breve período, 1956-1958), las características de las asociaciones profesionales en la República Argentina.

En cuanto a las normas propias del derecho de las relaciones individuales, se produjo una amplia modificación del ritmo legislativo. Se dictaron una serie de regulaciones referidas a determinados sectores designados como estatutos profesionales. En realidad, contenían disposiciones propias de convenios colectivos de trabajo. Se trató así de suplir la deficiencia de las asociaciones sindicales que no tenían la fuerza suficiente para, en un diálogo en paridad, negociar las condiciones de trabajo. Si bien en los mismos se registran algunas modificaciones respecto al régimen de fondo y se consagran algunos derechos específicos para el respectivo sector, sustancialmente tendían a establecer nuevas bases salariales.

En 1945 (dec. 1740/45) se dictó un régimen de vacaciones que complementó los existentes en el Código de Comercio (para los trabajadores de ese sector) y en algunos estatutos [8]. En ese mismo año, se crearon los tribunales de trabajo de la Capital Federal de doble instancia, que fueron los primeros en su género en el país. Varias provincias a partir de 1946 adoptaron el mismo criterio de establecer tribunales especializados en la materia, pero en algunos ca-

7 De acuerdo con el criterio sostenido por la O.I.T., no resulta inconveniente que se le asigne la representación del sector a la asociación más representativa, siempre que ello no signifique el ejercicio del monopolio de las funciones sindicales.

8 La norma legal adoptó el criterio de la acumulación o de la escindibilidad. Según éste, se aplican los aspectos parciales más favorables al trabajador contenidos en diversas normas. El fallo plenario 82 de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo de Capital Feederal dictado en la causa "Ramallo, Julián y otros c/Textilia S. A.", 22/8/61, "D.T.", 1962, 238, resolvió que "para determinar el régimen de las vacaciones, corresponde aplicar las normas respectivas de la ley 11.729 o del decreto 1740/45, en cuanto fueren más favorables al trabajador".

sos se adoptó el sistema de única instancia con tribunales colegiados. De inmediato, en el comienzo de este período, se dispusieron algunas medidas para establecer la gratuidad de las actuaciones administrativas y judiciales promovidas por trabajadores o sus causahabientes, a quienes se les reconocía el beneficio de pobreza de acuerdo con las normas del procedimiento civil y comercial. También se amplió (decreto 10.586/44) la exención al pago de tasas a los sindicatos cuando realizaban tramitaciones vinculadas con leyes laborales.

Al restablecerse el sistema constitucional, en 1946, se ratificaron los numerosísimos decretos leyes dictados en la materia, con lo que se los convalidó de acuerdo con la doctrina judicial imperante hasta ese momento [9]. Durante este período se amplió el panorama de los estatutos profesionales (que comprendió la modificación del de los periodistas profesionales y encargados de casas de renta) (leyes 12.908 y 12.867) y se sancionaron, entre otras, leyes referidas a las tareas rurales temporarias (ley 13.020), choferes (ley 12.867) y docentes particulares (ley 13.020). En 1947, en razón de la situación planteada por el trabajo de mujeres en algunos sectores (entre ellos el transporte aéreo-comercial), se autorizó (dec. 24.145/47) que lo hicieran en horario nocturno.

En el ámbito del derecho colectivo, al calor del régimen sindical establecido en 1945, se inició una etapa de desarrollo masivo de organizaciones de este tipo [10], lo que llevó aparejada una política de incremento de negociaciones colectivas. Si bien en el país con anterioridad habían exis-

9 El criterio de la validez de los decretos leyes sancionados por los gobiernos de facto (limitados a casos de necesidad y reducida su vigencia hasta la constitución de la autoridad constitucional), fue ampliado por la doctrina receptada por la Corte Suprema de Justicia Nacional de acuerdo con su nueva integración a partir de 1947.

10 A diferencia de algunos sindicatos creados en el siglo XIX y principios del XX, que adoptaron la forma de asociaciones de oficio u horizontales (que afilian al personal que realiza tareas similares, con prescindencia de la empresa para la que se desempeñan), los que lo fueron a partir de 1945, se nuclearon de acuerdo con el criterio vertical (comprende a los trabajadores que se desempeñan en empresas que corresponden a una misma actividad, sin que tenga relevancia la tarea que ellos realizan en las mismas).

tido convenios de este tipo, los mismos en la práctica no tuvieron gran significación. Como lo hemos indicado, los estatutos profesionales instituidos fueron una consecuencia de la incapacidad de los grupos de trabajadores para concertar las condiciones de trabajo con los empleadores, por lo que a través de su influencia sobre el Gobierno y luego sobre el Congreso, obtuvieron por esa vía la sanción de aquéllos.

El tema de la validez jurídica de los acuerdos colectivos provocó un problema, ya que no existían normas específicas en la materia. Las disposiciones contenidas en el Código Civil referidas a las relaciones individuales, sólo les confieren a éstas validez respecto de las partes signatarias, mientras que la característica de aquéllas es la de su aplicación *erga omnes*. En algunos casos, los jueces reconocieron la validez de las negociaciones efectuadas en virtud de lo aceptado por la doctrina y leyes extranjeras. Se soslayó así un escollo a fin de asegurar los efectos de un instituto fundamental en el derecho del trabajo. Es éste uno de los tantos ejemplos en que la doctrina judicial a través de una creación pretoriana, modificó el panorama normativo. Uno de los argumentos también utilizados fue el de concederles validez a dichos acuerdos en cuanto habían sido registrados por el organismo administrativo laboral [11]. En otros casos, sólo se les reconoció validez respecto de la organización patronal que lo había concertado y sus afiliados. Según la opinión del maestro Deveali [12], se utilizaron al respecto tres procedimientos: a) la autoridad administrativa ante la cual negociaban las partes, se comprometía a recabar la adhesión de las demás empresas que no habían intervenido en el acuerdo; b) por vía de decreto se le confería eficacia obligatoria y c) la norma que lo ratificaba, le daba valor de disposición legal.

A fin de admitir la validez de dichos acuerdos que se

11 Ver fallos publicados en "D.T.", IX (año 1949), 338; XI (año 1951), 353, 441, 445.

12 Ver: *Contrato colectivo de trabajo común y convenio colectivo inderogable*, "D.T.", IX (año 1949), 271 y XI (año 1951), 545.

impusieron masivamente en el ámbito nacional, a veces se invocó como fundamento la resolución 16 de la Secretaría de Trabajo y Previsión, complementada por el decreto 21.877/44. La misma establecía penalidades a las personas o entidades que obstruyeran la acción de dicha Secretaría.

Recién en el año 1953 se sancionó la ley 14.250 que estableció el régimen en la materia, la que se halla en vigencia con las reformas introducidas por la ley 23.545 sancionada en el año 1988.

Uno de los principales impactos provocados por las modificaciones introducidas en este período, se refiere a la organización y competencia de la administración laboral. Hasta 1943 se admitió, pacíficamente, que dicha función debía ser ejercida por la autoridad laboral local, por lo que la competencia de la de carácter federal se limitó a su ámbito propio, o sea en el distrito federal, territorios nacionales y lugares donde el mismo ejercía jurisdicción, y en cuanto la actividad laboral correspondiera al tráfico interprovincial o internacional.

Con la creación de la citada Secretaría de Trabajo y Previsión (decreto 15.074/43), se dispuso que todos los organismos provinciales fueran absorbidos por la misma. En la práctica, aunque luego de 1946 en que se restableció el régimen constitucional, algunas provincias dictaron disposiciones legales tendientes a reservarse algunas facultades, tales como la de control, constatación de infracciones, celebración de las actas, las que en definitiva eran remitidas a la autoridad federal para su respectiva sanción, la función la ejerció ésta. El régimen instituido por la referida norma fue declarado inconstitucional por la Corte en el caso "Compañía Dock Sud de Buenos Aires" [13], criterio que fue reiterado en los autos "Martín y Cía. Ltda. contra Faso, José" [14], no obstante lo cual, siguió en vigencia.

En materia de conflictos colectivos se aplicó la ya citada resolución 16 de la Secretaría de Trabajo y Previsión.

13 Publicado en "D.T.", VI, 59.
14 Publicado en "D.T.", VII, 542.

En razón del impulso dado por el Gobierno a la acción sindical, se incrementó el número de conflictos laborales, respecto de los que no existían normas para regularlos. Había sí medidas de carácter policial para casos concretos, como las contenidas en la Ley de Residencia en la que se establecía que el Poder Ejecutivo Nacional podía disponer la expulsión de trabajadores extranjeros que habían provocado disturbios. La citada resolución 16 S.T.P. determinó un régimen según el cual quienes efectuaban un reclamo ante dicha Secretaría, debían consignar por escrito los puntos concretos de su petición y los datos del empleador. Con dicha presentación, se promovían los trámites de conciliación durante el que las partes no podían adoptar medidas de acción directa. El incumplimiento se consideraba falta grave.

Durante este período se reformó la Constitución Nacional y se introdujo en ella una modificación de importancia. Se incorporó al texto el llamado "Decálogo de los derechos del trabajador" que hacía referencia a diversos institutos laborales (que ya existían en la normativa común) que quedaron así consagrados por la ley constitucional. Ésta no contenía disposición respecto del ejercicio del derecho de huelga.

En 1948 y 1953 respectivamente, se publicaron los primeros números de la revista de Derecho Laboral (que aún continúa publicándose) y de Legislación del Trabajo (que cesó en 1989).

C) 1955-1958. Este nuevo período se inicia con motivo de la revolución de 1955; se caracteriza por un cierto sesgo antisindical. En una brevísima primera parte, el Gobierno intentó mantener cierta relación con la C.G.T., que en noviembre de ese año fue intervenida, al igual que la mayoría de las organizaciones sindicales de base y de segundo grado.

En lo que se refiere al derecho de las relaciones individuales, en virtud de haber sido ratificado el convenio 33

de la O.I.T., por decreto-ley 5568/57 se estableció que la admisión de menores en los trabajos no industriales sólo era posible en tareas ligeras que no sean nocivas para su salud y que no excedan de dos horas. Por decreto 4910/57 se fijó un régimen de fiscalización del trabajo de menores en las actividades artísticas. Para los establecimientos fabriles que desarrollaban actividades durante las 24 horas, se determinó que el trabajo nocturno para menores y mujeres mayores de 18 años sería el comprendido entre las 22 a 6 horas del día siguiente. Por decreto ley 5170/58 se incrementaron las asignaciones por maternidad [15].

En materia de jornada de trabajo, se produjo un cambio importante con motivo de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación [16]. Algunas provincias al establecer la prohibición del trabajo después de las 13 horas del día sábado, dispusieron que la reducción del horario semanal posible (de 48 horas —6 días a 8 horas—, a 45 horas —5 días a 8 horas y uno a 5 horas), no podía significar una disminución del salario del trabajador. Planteada la cuestión ante ese Tribunal, éste declaró que la respectiva norma era inconstitucional, en cuanto había resuelto una cuestión (referida al pago) de fondo ajena a su competencia local.

Consideramos que al respecto cabe distinguir entre la prohibición de realizar tareas los sábados a la tarde que corresponde al poder de policía de la autoridad local, y el hecho de que la disminución del horario no puede incidir en la remuneración, materia propia de la legislación de fondo. A fin de salvar esa situación a las cuales son proclives las provincias [17], se dictó el decreto ley 10.375/56 que dispuso

15 Las mismas eran financiadas por una Caja especial de Subsidios que funcionaba de acuerdo con un régimen de Seguridad Social.

16 Autos "Juárez Arsenio V. y otros c/García y Sain", 5/XII/1955, "D.T.", XV, 713 ("Fallos" 233:156, reiterada en 235: 379, 238: 209 y en la causa indicada en nota 17).

17 De acuerdo con ello, la Pcia. de Santa Fe sancionó la ley 9497 que reimplantó la anterior 7197 que, durante la vigencia del art. 213 texto originario L.C.T., estableció que el empleador debía abonar la jornada máxima de 48 horas como contraprestación por tareas realizadas en 44 horas (con motivo de la reducción provocada por la prohibición de realizar labores en "relación

que las leyes locales en ese momento vigentes, eran compatibles con la ley 11.544 que establecía el régimen de jornada de trabajo.

Una modificación de la ley 9688 que recogía criterios admitidos por la doctrina judicial en especial de la Capital Federal (decreto-ley 650/55), fue dejada sin efecto en sus aspectos fundamentales por el decreto ley 5005/56. Por decreto-ley 2739/56 se equipararon los salarios de hombres y mujeres que realizaban las mismas tareas. De acuerdo con un criterio tradicional, estas últimas percibían salarios menores. Se estableció que si la disparidad era superior al 10 %, el incremento para obtener la igualdad sería del 50 % sobre la diferencia y, sobre el resultado, debía acreditarse el 10 % a cuenta de lo que dispondrían los próximos convenios.

Se establecieron medidas especiales para aumentar la productividad y para facilitar también el desplazamiento de mano de obra. El ejercicio del *ius variandi* se admitía siempre que el mismo no fuera en carácter de sanción o resultara arbitrario. Por decreto ley 326/56 se estableció un régimen para el personal de servicio doméstico que aún se halla en vigencia.

Las principales novedades de este período lo fueron en materia de relaciones colectivas. El decreto 9270/56 estableció un régimen en la materia que reconoció la plena libertad sindical; eliminó el sistema de personería gremial y lo sustituyó por uno de simple inscripción. La denegatoria expresa o tácita por parte de la autoridad administrativa de la inscripción solicitada, estaba sujeta a recurso judicial. Cuando existían varias asociaciones, la representación del sector la ejercía una comisión intersindical en la que debía tener participación la minoría. Ese régimen no se llevó a la prác-

de dependencia" después de las 13 horas del día sábado). La C.S.J.N. en la causa "Fábricas Argentinas de Calderas S.R.L. c/Pcia. de Santa Fe", 19/12/1986; "D.T.", 1987-A, 675; Trabajo y Seguridad Social ("T.S.S.") 1987, 121, reiteró la doctrina fijada con anterioridad y descalificó la validez de la norma provincial.

tica, dado que durante todo el período los sindicatos estuvieron intervenidos.

En materia de negociación colectiva hubo una hibernación; las condiciones de trabajo fueron fijadas por resoluciones de carácter administrativo.

Respecto de la regulación de los conflictos colectivos, se dictó una norma para regir en el ámbito de las empresas estatales (decreto ley 24.414/56) que estableció un sistema de arbitraje por parte del P.E.N. que era obligatorio "cuando el conflicto amenazara el normal desenvolvimiento de un servicio público o atentara contra la seguridad o la salud de la población, o tuviera por efecto la privación de un artículo de primera necesidad". La declaración de la huelga debía adoptarse en sede asociacional por voto secreto, previo haberse agotado la faz administrativa de conciliación, debiendo ejercerse con abandono de los lugares de trabajo. De lo contrario, se la consideraba como ilícita o ilegal. Prácticamente, éste fue el primer ordenamiento de los conflictos colectivos y la primera reglamentación de la huelga [18]. En el mismo sentido, el decreto-ley 879/57 le atribuyó al P.E.N. la facultad de actuar como árbitro para la composición de los diferendos colectivos que se suscitaban entre el personal y "las empresas u organismos del Estado que presten servicios públicos, servicios de interés público o desarrollen actividades industriales o comerciales".

En materia de derecho administrativo laboral se produjo un cambio fundamental. Se volvió al régimen vigente hasta 1943. Se estableció que el ejercicio de la policía de trabajo era competencia de las respectivas jurisdicciones locales (dec. 5205/57). La de la autoridad administrativa federal, lo era en cuanto aquél excedía el ámbito de una provincia o sus consecuencias afectaban el consumo, la industria o la productividad nacional.

El Congreso Constituyente de 1957 introdujo en el texto de la Constitución Nacional el artículo 14 bis o "nuevo" que

18 Cfr. MARIO L. DEVEALI, *Las nuevas normas sobre los conflictos colectivos, huelgas y lock out*, "Derecho del Trabajo" ("D.T.") 1957, p. 599.

establece algunos derechos operativos y otros programáticos. Se constitucionalizó el principio protectorio al "trabajo" (que incluye también al que se realiza en tareas no dirigidas) y se consagró, entre otros, el de la jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital y móvil; igual remuneración por igual tarea; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público. Como un derecho programático que aún no ha entrado en vigencia por no haber sido reglamentado [19], se estableció la "participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección".

A los gremios se les reconoció el derecho de concertar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y al arbitraje y el ejercicio del derecho de huelga. Los representantes gremiales gozan, de acuerdo con dicho texto, de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. Complementan las disposiciones contenidas en dicha norma, criterios básicos para aplicar en materia del régimen de seguridad social en el país.

En el año 1957 se fundó la Asociación Argentina del Derecho del Trabajo que nucleó a la mayor parte de los abogados y especialistas que se dedican a esta rama jurídica. Su primer presidente fue el Dr. Ernesto Krotoschin.

D) 1958-1966. Dentro de este período pueden distinguirse tres etapas: a) constitucional, 1958-1962; b) semirégimen constitucional, 1962-1963; c) constitucional, 1963-1966.

En el primero se estableció la reglamentación del régimen de inembargabilidad sobre sueldos, jubilaciones y pensiones (ley 14.473). A partir de 1963 se dictaron varias leyes que receptaron algunos criterios propios para la protección de los derechos del trabajador. Por ley 16.477 se determinó que el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales, se consideraba como pago a cuenta (la

[19] Según algún autor, la disposición ha quedado abrogada por desuetudo.

misma constituye un antecedente del actual artículo 260 L. C.T). De esa manera, quedó sin efecto una doctrina judicial adoptada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que consideró que el efecto cancelatorio del pago (de acuerdo con las disposiciones del Código Civil) efectuado con respecto a créditos laborales, se producía al vencer el plazo de cuatro meses (que pretorianamente se fijó) posteriores al distracto.

También se fijó la obligación de instrumentar los pagos de salarios a través de recibos que debían contener determinadas especificaciones y entregarse un duplicado del mismo al empleado.

En 1966 se dictó la ley 16.881 que introdujo una reforma sustancial al régimen de contrato de trabajo. El mismo fue vetado parcialmente por el Poder Ejecutivo Nacional por lo que la C.S.J.N. en el caso Colella [20], resolvió que la norma no había entrado en vigencia.

En 1964, a través de la ley 16.470, se fijó el régimen del Salario Mínimo Vital y Móvil (establecido en el art. 14 bis de la Constitución Nacional) que debía percibir el trabajador sin cargas de familia y se determinó una asignación familiar para los trabajadores con cargas de familia que se fijó en función de aquel salario (10 % por cada carga) [21].

Durante este período se estableció un nuevo régimen para el sector profesional de los viajantes de comercio (ley 14.456) y uno especial para los ejecutantes musicales (ley 14.597). Se introdujeron reformas al estatuto de los profesionales del arte de curar que determinó que no podía resolverse

20 Dictado en autos "Colella Ciriaco c/Fevre Basset S.A.", "D.T.", 1967, p. 471.

21 La referida norma (16.459) reglamentó la garantía del "salario mínimo vital y móvil" a que se refiere el art. 14 bis de la Constitución. Aquélla tiende a "asegurar en cada zona, al trabajador y a su familia, alimentación adecuada, vivienda digna, vestuario, educación de los hijos, asistencia sanitaria, transporte, vacaciones, esparcimiento, seguro y previsión" (art. 2º) y se integra con las asignaciones familiares (art. 3º). El trabajador sin cargas de familia debía percibir el 70 % del salario mínimo vital que se fijara (art. 13) y a él se adicionaba el 10 % por cada carga de familia, lo que daba un 100 % para la familia tipo (esposo, esposa y dos hijos menores).

El art. 116 de la L.C.T. repitió la definición de ese salario, que más que ello, es una aspiración de deseos (no siempre realizable).

la relación por parte del empleador invocando justa causa, si ésta no había sido acreditada en un sumario previo.

La reglamentación de la ley 12.637 —estatuto del Bancario— que lo había sido en el sentido de conceder al personal una estabilidad relativa (ver A), fue modificado; se estableció que para gozar de ese régimen, se requería una antigüedad de 5 años (con anterioridad sólo era de 6 meses). Esa reforma fue dejada sin efecto por dec. 1368/63 y volvieron a regir las disposiciones antes derogadas. Con respecto al estatuto del periodista profesional, se creó un nuevo régimen indemnizatorio que también fue extendido a los empleados administrativos de empresas periodísticas (ley 15.535 del año 1960).

Por decreto ley 6663/63 se estableció un régimen específico para el trabajo portuario, a fin de evitar la superposición de funciones por parte de diversas autoridades que actúan en esa zona y se fijó un criterio que, en parte, solucionaba la falta de estabilidad y seguridad del empleado portuario [22].

En el ámbito de las relaciones colectivas (ley 14.455 dictada en el año 1958), se volvió al esquema del decreto 23.852/45. A la asociación más representativa se le reconocía la personería gremial que le otorga el monopolio del ejercicio sindical, en especial referido a la concertación de los convenios colectivos. Además, se restablecieron las personerías gremiales concedidas en virtud del régimen vigente hasta 1955. La referida norma instrumentó un sistema para sancionar las prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales en que incurrían los empleadores [23]; las mismas debían ser sancionadas a través de un procedimiento ante un organismo paritario administrativo (Consejo Nacional de Relaciones Profesionales). En 1963 y con motivo de haber sido declarada por la C.S.J.N. inconstitucional la norma, en cuanto no establecía la revisión judi-

22 Cfr. C. A. PALOMEQUE, *El ordenamiento del trabajo en puertos nacionales*, "D.T.", 1963, p. 561.

23 El sistema fue tomado de la legislación norteamericana.

cial de dicha decisión, se fijó un procedimiento que introdujo un recurso de esa índole.

En el tercer período iniciado en 1963, se dictaron una serie de normas para asegurar el ejercicio de la democracia sindical y establecer un régimen de control económico y financiero, así como la prohibición por parte de las asociaciones profesionales de realizar actividades políticas, de proselitismo o de difusión ideológica, así como también el de realizar o recibir sostén económico o ayuda material de organismos políticos o que persigan fines extragremiales. Los mismos se fijaron a través de la reglamentación de la ley sindical (decretos 3470/63 referido a los aspectos contables y 969/66) que en la práctica no tuvieron vigencia efectiva.

A partir del año 1958, con la recuperación de la autonomía por parte de las asociaciones sindicales, se restableció la práctica de las concertaciones de convenios colectivos. Respecto a las empresas del estado, el decreto 7589/59 (que corresponde a un período en que el gobierno modificó su política en materia económica), fijó pautas especiales referidas a la duración mínima de los convenios en ese sector que debía ser de 18 meses, la prohibición de aumentos masivos e insertar cláusulas de salario móvil. Los aumentos sólo podían disponerse en función de la mejora de la productividad, o mejor rendimiento de la mano de obra. Se dispuso la renegociación de los convenios que se opusieran a las pautas indicadas así como la prohibición de concertar nuevos, si las empresas no tenían autorización especial por parte del ente administrativo del que dependían (decreto 7589/59).

Por ley 14.786 (1958) se estableció un régimen para regular los conflictos colectivos. Las partes no podían ejecutar acciones directas antes de haberse agotado un período obligatorio de conciliación. Durante el mismo, la autoridad administrativa que intervenía, a petición de parte o de oficio, debía actuar como agente de conciliación y en su caso, ofrecer sus servicios como árbitro. El período de conciliación tenía una extensión de 15 días que podía prolongarse

por la autoridad a 20. A nuestro juicio, el mismo sólo tenía vigencia con respecto a los conflictos que corresponden a la órbita del gobierno federal.

En 1962, por decreto 8946 se sancionó una nueva reglamentación de los conflictos colectivos con la característica de establecer el arbitraje obligatorio; las decisiones que a tal efecto dictaba la autoridad administrativa, estaban sujetas a un recurso de revisión ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Determinados diferendos que no se conciliaban por acción de las partes, estaban sometidos a dicho arbitraje de acuerdo con una minuciosa reglamentación. El mismo se aplicaba cuando el conflicto en forma directa o indirecta pudiera ocasionar "la suspensión, interrupción, paralización o negación de los servicios públicos esenciales". Si los árbitros designados por las partes no llegaban a un acuerdo, se integraba el órgano con un tercer árbitro designado dentro de la lista de conjueces de la C.S. J.N. La norma determinaba los casos de ilegalidad de las huelgas o paros patronales y establecía sus causales.

La declaración de ilicitud de la medida de acción directa adoptada por la autoridad administrativa, estaba sujeta al recurso de revisión ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que debía expedirse en un plazo perentorio. El incumplimiento de la intimación del Ministerio de normalizar las tareas, podía significar, respecto de los trabajadores: "la rescisión de sus contratos de trabajo por abandono injustificado del mismo". Igual actitud, adoptada por el empleador, traía aparejada la "obligación de pagar las remuneraciones". En ambos casos, se establecían sanciones para los organismos asociativos que hubieran incurrido en tal tipo de actitudes y la cesación "de pleno derecho, en sus cargos", de los respectivos dirigentes, los que no podían ser reelectos en los mismos hasta transcurridos 5 años de haberse producido aquélla.

La citada norma que fue dejada sin efecto en 1966, establecía la responsabilidad patrimonial de las asociaciones profesionales que habían adoptado medidas de fuerza ilegales.

Durante este período se realizaron los tres primeros Congresos de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en las ciudades de Tucumán (1960), Córdoba (1962) y La Plata (1965) respectivamente, eventos que convocaron a especialistas argentinos, de América Latina y de España. Respecto de cada uno de ellos, se publicaron las actas y los trabajos presentados [24].

E) 1963-1973. Este período comprende desde la llamada Revolución Argentina hasta el reestablecimiento de las autoridades constitucionales en la segunda fecha. A diferencia de otros que correspondieron a situaciones institucionales similares, no puede afirmarse que el mismo tuviera un sesgo no sindical. Ante la doctrina sentada por la C.S.J.N. al declarar sin valor jurídico a la ley 16.881 en virtud del veto parcial del P.E.N. (ver B), se dictó la número 17.391 que fijo nuevos topes indemnizatorios y extendió la que corresponde por falta de preaviso a todos los trabajadores. Por razones de índole económica, por ley 17.620 se desdobló el pago del salario anual complementario y por ley 18.523 se establecieron recaudos para acreditar la extinción del contrato por mutuo acuerdo o renuncia (debía realizarse ante la autoridad administrativa o mediante comunicación telegráfica). La referida norma constituye un antecedente del actual art. 240 de la L.C.T.

Se introdujeron modificaciones del régimen legal respecto del pago de los salarios, garantizándose el derecho de los trabajadores en cuanto se refiere a los períodos, formas en que debe hacérselo, retenciones, adelantos permitidos y confección del recibo que acredita el pago. En cuanto al régimen de vacaciones, se fijó uno nuevo (ley 18.388, año 1969) que se incorporó a las convenciones colectivas de trabajo, a los estatutos especiales de la actividad privada y de las empresas del Estado. Se realizaron también reformas al régimen de la ley 11.317 en cuanto respecta al trabajo de mujeres y menores, a fin de ajustarlo a los convenios de la

24 Ver: *Convenciones Colectivas de Trabajo*, "Anales del IIº Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Córdoba 1962, 2 tomos.

O.I.T. ratificados por el Gobierno relativos a la edad mínima en tareas industriales y sobre trabajo nocturno de mujeres y menores en la industria [25].

En materia de higiene y seguridad, se dictó una ley cuadro (19.587, año 1972) que establece las condiciones generales que deben cumplirse en la prestación del trabajo, las que deben ser determinadas por reglamentación. Se dictó ésta en 1973, luego reformada en 1974 y sustancialmente en el año 1979 (que actualmente rige).

El régimen de accidentes de trabajo fue modificado por las leyes 18.018 y 18.093 (de los años 1969 y 1971 respectivamente); se introdujeron por la primera algunas reformas de importancia, tal entre otras, un suplemento del 50 % sobre la indemnización debida para los trabajadores que, como consecuencia del accidente deben recibir asistencia constante de otra persona; se redujo a 4 días el tiempo necesario para generar el derecho a la indemnización que la ley preveía. Por la segunda norma, se amplió el ámbito de la ley a todos los trabajadores (con anterioridad sólo estaban los comprendidos en tareas en las que se utilizan máquinas que pueden provocar accidentes). Se incorporó el llamado accidente *in itinere* que la doctrina judicial en las distintas jurisdicciones del país había admitido y se le concedió al trabajador acción directa contra el empleador o el asegurador que podía ejercerse en forma indistinta o conjunta, solución que también había sido aceptada por la jurisprudencia. En cuanto a la determinación de los causahabientes, se hizo referencia a las normas propias del régimen de jubilaciones y pensiones. La reforma estableció, además de las enfermedades profesionales, únicas a las que hacía referencia el texto originario de la ley, las enfermedades-accidentes que la jurisprudencia había admitido pretorianamente, es decir, aquéllas que no han sido fruto exclusivo del trabajo, sino que éste ha actuado como concausa. Por la segunda (ley 18.093) se

25 JULIO J. MARTÍNEZ VIVOT, *Trabajo de Mujeres y Menores. La reciente reforma*, "D.T.", 1970, p. 208; *Los menores y las mujeres en el derecho del Trabajo*, Buenos Aires, 1981.

restableció la prohibición del pago directo de la indemnización al acreedor que había establecido la anterior 18.018, volviéndose al régimen del depósito en la Caja de Accidentes como el único medio para cancelar la obligación. Por ley 19.584 se incorporó dentro de las personas beneficiadas por el régimen, a los enfermos afectados por el mal de Hansen.

En materia de estatutos profesionales, se sancionó la ley 17.258 que estableció un régimen especial para los trabajadores de la industria de la construcción, solucionando un arduo problema planteado en virtud de la discrepancia en la doctrina aplicada por los distintos tribunales del país, respecto a si los mismos eran trabajadores permanentes o transitorios, por lo tanto, sujetos a distintos regímenes en el caso de rescisión del contrato. Se creó al efecto un Fondo que funciona como un salario cuya percepción está diferida al distracto por cualquier motivo. Respecto a éste, no existe distinción entre el que responde a una causa justificada o no, tanto en el caso de una u otra parte.

En el ámbito del trabajo marítimo, por decreto 2729/66 se reformó el Reglamento provisional del trabajo portuario. A través de las leyes 16.971 y 16.972 se organizó la actividad portuaria a fin de poner término a ciertas prácticas que encarecían las operaciones en ese ámbito y que, en algunos casos, provocaban la paralización de las tareas, so pretexto de tratarse de labores insalubres o por otras reclamaciones. Respecto de las primeras, se dispuso que las divergencias estaban sujetas a resolución de autoridad competente, sin que pudieran suspenderse las tareas antes que ello ocurriera.

Por ley 17.371 (año 1967) se reglamentó el trabajo marítimo a través de dos tipos de normas. Unas destinadas a establecer un régimen de seguridad en la navegación, en la que, a fin de sancionar las contravenciones, delitos y actos de indisciplina, tiene competencia el Comando de Operaciones Navales. Las segundas se refieren a modificaciones del libro del *Código de Comercio* respecto de las atribuciones acordadas al capitán del buque, incluso el armador; la

dotación para la explotación de buques o artefactos navales quedó a cargo de la Secretaría de Estado de Transportes. Se determinó que el Comando en Jefe de la Armada es la autoridad competente para velar por el cumplimiento de las normas referidas a la dotación de seguridad y de explotación. Con posterioridad (año 1968), se determinó una indemnización por desempleo a favor de los tripulantes en caso de siniestro o naufragio que causa la pérdida del buque o artefacto naval (ley 17.823). También se fijó una licencia con goce de sueldo en caso de accidente o enfermedad inculpable, con lo que se modificó el esquema del contrato de ajuste establecido en el Código del Comercio que respondía a criterios propios del siglo XIX.

Por ley 20.094 (año 1973) se sancionaron normas referentes al personal de navegación y al régimen de trabajo a bordo. Se sancionó un régimen de repatriación de la gente de mar cuando se produce un naufragio, siniestro o se declara el navío innavegable. Los gastos que incluye el viaje y manutención a partir del desembarco hasta la llegada al puerto de embarque, están a cargo del armador (ley 20.401).

Respecto del régimen de empleados bancarios, a partir del año 1967 (ley 17.393), se modificó para el futuro lo referido a la estabilidad; los que ingresaran a partir de entonces sólo gozarían de los derechos que el régimen común les confiere a los empleados de comercio. Al declarar la C.S.J.N. la inconstitucionalidad de la ley 12.637 en cuanto —según cierta interpretación (ver A)—, el empleador que, ante la intimación practicada por el empleado cuyo despido había sido judicialmente declarado nulo, se negó a reincorporarlo, debía abonar la totalidad de los sueldos que le hubieran correspondido a éste hasta la fecha de su jubilación, se estableció que para esos casos regía un nuevo sistema indemnizatorio (ley 18.598).

Se modificó parcialmente el estatuto del periodista y se admitió un recurso de revisión en sede judicial, respecto de las decisiones adoptadas por la comisión paritaria en las cuestiones vinculadas con suspensiones y ruptura del con-

trato de trabajo. De esa manera, se acató el criterio sostenido por la C.S.J.N. [26] que declaró la inconstitucionalidad del régimen anterior por no conceder ese recurso, en cuanto negaba el derecho de defensa en juicio. En lo que se refiere al régimen de los trabajadores de la industria frigorífica que gozaban de un sistema de garantía horaria, se dispusieron medidas que facilitaban la percepción de la misma; en caso de que el empleador no pudiera hacerlo, se responsabilizaba de ella el Estado con cargo de devolución (decreto 1911/73).

En el ámbito del régimen del futbolista profesional se sancionó un estatuto (ley 21.160), con lo que se puso punto final a la jurisprudencia contradictoria respecto del carácter laboral o no del ejercicio profesional de dicha actividad. Se diseñó un régimen específico adecuado a las particularidades de dicha relación contractual. Se admitió el trabajo nocturno en las panaderías que contaban con un sistema de mecanización en las diversas etapas del proceso hasta el horno inclusive, que contaban con condiciones higiénicas adecuadas y satisfactorias. Esta norma estableció una excepción a la prohibición del trabajo nocturno en tal tipo de establecimientos que había fijado la ley 11.388 que fue abrogada en 1980 por ley 22.299.

En materia de relaciones colectivas, se estableció un régimen de suspensión de la celebración de convenios colectivos, como uno de los instrumentos fundamentales para combatir el proceso inflacionario. Se dispuso un aumento simultáneo en todas las actividades en función de las fechas de vencimiento de los respectivos acuerdos, con lo que se produjo una nivelación que evitó que a través de las sucesivas renovaciones periódicas se produjera un impacto inflacionario durante el año [27]. Con posterioridad se establecieron incrementos salariales para ajustar los salarios al costo

26 Autos "Asociación de Periodistas de Buenos Aires c/Diario 'La Razón' ", 29 de noviembre de 1971, "D.T." 1972, p. 267.

27 Cfr.: CARLOS MOYANO LLERENA, *Una política contra la inflación*, en "Panorama de la Economía Argentina", año 1966, p. 88; JUSTO LÓPEZ-JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *Política de ingresos. Un análisis legal*, "Rev. Jurídica de San Isidro", III, p. 169.

de vida. En esta materia, por ley 17.494 (año 1967) se determinó que las empresas de servicios públicos podían denunciar las cláusulas concertadas en los convenios que consideraran perjudiciales. Ante dicha petición, las partes debían renegociar las mismas y en caso de no llegar a un acuerdo, la cuestión debía ser sometida al laudo del Secretario de Estado de Trabajo [28]. La norma fijó un criterio distinto al contenido de la ley 14.250 artículo 5 que proyectaba la vigencia de las normas referidas a las condiciones de trabajo hasta su modificación.

En materia de conflictos colectivos, se abrogó el decreto 8942/62 (ver D); el nuevo régimen (ley 16.936) estableció la posibilidad de un arbitraje obligatorio dispuesto por el Ministro de Economía y Trabajo respecto de aquellos conflictos que afectaran "la actividad económica, la productividad, el desarrollo y el progreso nacionales y/o la seguridad y bienestar de la comunidad". El árbitro sería el propio Ministro o la autoridad que éste designara. Dicho régimen de carácter temporario fue sucesivamente prolongado en su vigencia por normas del gobierno de facto. En 1973 fue incorporado en forma definitiva el plexo normativo.

Por ley 17.294 se prohibió la contratación de trabajadores extranjeros. Los empleadores debían intimar al personal que estaba en esas condiciones para que regularizara su situación dentro del plazo de 90 días. De no lograrlo, el contrato debía rescindirse sin obligación de indemnización [29].

En materia de policía de trabajo se produjeron modificaciones fundamentales. A partir de la sanción de la ley de Ministerios 18.416 (año 1966) y hasta el año 1971 (ley 19.064) en que se volvió al sistema anterior, se refundieron los Ministerios de Trabajo y Economía y la dirección del nuevo

28 Cfr. A. VÁZQUEZ VIALARD, *Racionalización y relaciones industriales*, "D.T." 1969, p. 209.

29 Por acuerdo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, nº 163, del 7/9/73, se estableció como doctrina obligatoria: "no es válido el contrato de trabajo celebrado por un trabajador extranjero que resida en el país en infracción de la ley 17.294, sin perjuicio de su derecho a recibir su retribución por el trabajo cumplido".

organismo estuvo a cargo de economistas; el sector Trabajo se encomendó a una Secretaría de Estado. La materia de Seguridad Social pasó a la competencia del Ministerio de Bienestar Social, situación ésta que se mantuvo hasta el año 1983.

Se establecieron reformas al régimen de policía laboral según las cuales la misma constituye una actividad ejercida por parte del órgano administrativo respectivo que consiste entre otras en: a) dar las reglamentaciones necesarias para la realización de la prestación laboral; b) controlar el cumplimiento de las normas de fondo, reglamentarias y las establecidas por decreto; c) sancionar las infracciones comprobadas.

Esas facultades de control, represivas y sancionadoras, corresponden a una naturaleza respecto de la que no existe coincidencia en la doctrina. Entendemos que las primeras son de tipo administrativo, en cambio, las de carácter represivo y sancionadoras corresponden a una función de carácter jurisdiccional. Se trata de sancionar el incumplimiento de un derecho subjetivo reconocido por una norma legal. Resulta conveniente, desde el punto de vista práctico, que el proceso instructorio y la primera etapa estén a cargo de la administración laboral, siempre y cuando la sanción respectiva esté sujeta a una revisión de carácter judicial. En el ámbito federal, desde la sanción de la ley 11.570, se admitió que las decisiones del órgano administrativo que aplicaban sanciones, estaban sujetas a un recurso judicial designado como de "apelación". En cuanto éste no era factible en virtud de no alcanzar la sanción al monto establecido como apelable por la norma, la doctrina judicial declaró reiteradamente la inconstitucionalidad de la misma, en cuanto le vedaba al Poder Judicial el conocimiento de una causa que le compete.

En el año 1970 se dictó la ley 18.608 que estableció la competencia del ejercicio de la Policía del Trabajo en el territorio del país respecto de las relaciones individuales de trabajo, en función del lugar (criterio topográfico) y de la

actividad desarrollada (criterio merceológico). De acuerdo con esas pautas, se determinó la de la administración laboral federal y provincial. La norma atribuyó a la primera el control de las actividades ejercidas en lugares sometidos a su jurisdicción y, con carácter limitado, a los servicios o explotaciones que se efectúan en establecimientos ubicados en lugares distintos a los ya indicados, de propiedad del Gobierno Nacional, que se encuentren afectados a servicios o explotaciones que estén vinculados a la gestión que éste realiza.

Respecto de la segunda pauta, se estableció la competencia federal respecto de aquellas actividades "que por sus características estén vinculadas al comercio interprovincial o internacional" y las que cumplan "las empresas que actúan en virtud de concesiones otorgadas por el Gobierno Nacional o que realicen labores para el mismo como consecuencia de contratos celebrados con dicho Gobierno". Sobre la base de ese criterio de distinción, en especial en virtud de la actividad desarrollada, el Poder Ejecutivo Nacional determinó a través del decreto 736/70 la nómina de las actividades que quedaban comprendidas dentro del régimen de policía laboral a su cargo. Sin duda, el mismo constituyó un exceso, ya que prácticamente, de acuerdo con dicha norma, todas las actividades, excepto las referidas a las de carácter comercial no afectadas al tráfico interprovincial y las de artesanía, quedaron sujetas al control del organismo nacional [30]. El citado decreto que no se adecua a lo que establece la ley, siguió la tendencia que se expresó en el país de 1943 hasta 1955 y luego de la asunción del Gobierno Constitucional en 1973 hasta 1984, en que por vía de convenios se alcanzó un *modus vivendi* aceptable.

La autoridad administrativa federal, de acuerdo con el régimen vigente en esa época, tuvo a su cargo el ejercicio de la policía de las relaciones colectivas de trabajo de con-

30 Cfr. ANTONIO VÁZQUEZ VIALARD, *Distribución de la competencia administrativa en el régimen positivo argentino*, "Legislación del Trabajo" ("L. T." XXI, p. 683.

formidad con las normas de fondo 14.250 (negociación colectiva), 14.445 (reconocimiento de la personería gremial, inscripción y control de las asociaciones profesionales) y 14.786 (composición de los conflictos colectivos que se producen en el ámbito jurisdiccional de esa autoridad o que afectan a la economía, seguridad nacional o el tráfico interprovincial o internacional, ley 16.936).

En esta materia, en el mismo año 1970, a través de un paquete de leyes (números 18.692 a 18.695) se fijaron: a) las facultades de los inspectores de la policía de trabajo; b) se determinaron las reglas para la comprobación y juzgamiento a las infracciones en todo el territorio de la nación; c) las normas de aplicación en relación a lugares o materias sujetos a jurisdicción federal; d) normas para encauzar el procedimiento administrativo sujeto a pautas concretas: garantía del procedimiento administrativo a favor del empleador imputado, caracteres del procedimiento, instrucción sumarial y prueba, resolución, ejecución de la sanción y recursos, aseguramiento del debido proceso con la intervención, en grado de "apelación", de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo o de los jueces federales según el lugar de la infracción sujeta a la autoridad federal. Por decreto 2475/70 se establecieron las pautas para los acuerdos con las provincias respecto al ejercicio de las facultades de control del cumplimiento de las normas, habilitando a los inspectores locales para levantar las actas de infracción y remitirlas luego a la respectiva autoridad competente, para que ejerciera la faz represiva y sancionatoria así como su sustanciación.

En el año 1967 en las ciudades de Santa Fe y Rosario se llevó a cabo el IV Congreso Nacional del Trabajo y de la Seguridad Social.

F) 1973-1976. Esta etapa, que comprende desde la asunción de las autoridades constitucionales (mayo de 1973) hasta la cesación de las mismas por el movimiento revolucionario de marzo de 1976 (período durante el cual se sucedie-

ron cuatro presidentes), se caracteriza por una gran innovación en el derecho del trabajo.

Las principales modificaciones consistieron en: a) un cambio fundamental de las normas de fondo expresado, entre otras, en la promulgación de la L.C.T.; b) la transferencia de la policía de trabajo laboral del orden provincial al nacional; c) cambios en materia de concertación de los convenios colectivos y d) modificación del régimen sindical.

Los autores de la mayor parte de esas normas fueron iuslaboralistas con un amplio conocimiento tanto de las relaciones individuales como colectivas, que habían ejercido su labor profesional en los sindicatos. Ello explica, así como por las características de las autoridades que asumieron el gobierno (habían sido desplazados por la Revolución del 55), el tono pro-trabajador, pro-sindicato, que marcó este período.

Respecto de las relaciones individuales, en 1974 se sancionó la ley 20.695 por la que de oficio o a petición de partes, los jueces deben incrementar el monto nominal de los créditos laborales de conformidad con los índices de costo de vida (I.P.C.). La norma estableció que dicho criterio también era aplicable a los juicios en trámite, aún en proceso de ejecución de sentencia [31]. Dicha regla fue receptada en la L.C.T.

Por ley 20.703 se estableció la gratuidad del llamado "telegrama obrero" que tiene las mismas características del colacionado, que el trabajador puede remitir en los casos de conflictos individuales de trabajo.

La sanción de la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T. nº 20.744, setiembre de 1974) constituyó una de las más importantes reformas del régimen laboral. La norma respondió a un anteproyecto preparado por la C.G.T. en el que tuvo activa participación el destacado iuslaboralista Dr. Centeno. El mismo fue remitido al Congreso acompañado por

31 La C.S.J.N., entre otros, convalidó ese criterio en la causa "Camusso Vda. de Marino, Amalia c/Perkins S. A.", 21/5/1976, "D.T." 1976, p. 660. Al respecto, consideró que en el caso no se condena al deudor a abonar una suma superior a la debida, sino el mismo monto, medido en una moneda depreciada.

un mensaje del P. E. en el que se destaca que "si alguna pretensión no tiene esta ley, es precisamente la de su originalidad". Consideraba que se trataba más que de una creación, de una recopilación con el único mérito de haber sistematizado los diversos institutos vigentes en el Derecho del Trabajo (se agregaron algunos extraídos de otras legislaciones). Dicha norma recogió la larga experiencia de la doctrina judicial y de los autores. Puede considerarse que el legislador de 1974 incorporó a la L.C.T. la mayor parte de la doctrina de los tribunales que favorecía a los trabajadores, así como que dictó normas que impedían la aplicación de ciertos criterios adoptados en ese ámbito que no convenían a los intereses de aquéllos. La norma se caracterizó por un claro y decidido propósito de mejorar las condiciones de trabajo, estableciendo, entre otras, la ampliación del período de licencia anual por enfermedad; incrementó las indemnizaciones por despido; incorporó en su primera parte disposiciones derivadas de la aplicación de los principios fundamentales del derecho del trabajo que fulminan con la nulidad los fraudes y simulaciones; estableció definiciones con respecto al concepto de trabajo, empresa, empresario y establecimiento. La norma incorporó una disposición de orden doctrinario: su art. 19 estableció: "Las desigualdades que creara esta ley en favor de alguna de las partes, sólo se entenderán como formas de compensar otras que de por sí se dan en la relación". Cabe destacar la recepción de disposiciones que se refieren a la dignidad del hombre que trabaja, a la protección de sus derechos y la consideración a la familia como un elemento que gravita en la relación laboral [32].

Por decreto 1572/73 se establecieron algunas modificaciones a la reglamentación de la Ley de Higiene y Seguridad. Se determinó que sus disposiciones no limitan ni interfieren la vigencia de las normas de la ley 11.544, ni la competencia asignada en la materia al Ministerio de Tra-

32 Cfr. A. VAZQUEZ VIALARD, *Persona y Familia en la Ley de Contrato de Trabajo*, "L.T.", XXIII-A-481.

bajo para calificar tareas y lugares como insalubres. En el ámbito de la ley de accidentes de trabajo, la ley 21.034 introdujo reformas importantes, entre ellas, determinó el monto máximo de indemnización no en función de valores nominales, sino del importe de diez años de salario vital mínimo. Durante este período, se dictaron algunos estatutos profesionales y se modificaron otros. Dentro del primer concepto se sancionó el de contratista de viñas y frutales (ley 20.589). Respecto del régimen del docente privado (ley 20.614), se estableció para los trabajadores del sector un régimen de estabilidad absoluta.

En el ámbito de la industria frigorífica, se determinó que la Secretaría de Hacienda se haría cargo por cuenta de las empresas, del pago de los montos correspondientes a la garantía horaria. En el estatuto de los trabajadores de casas de renta, se introdujeron modificaciones importantes respecto del régimen anterior, entre ellas una jornada de 8 horas y un descanso semanal de 35 horas, asimilándolo al régimen horario común.

En materia de relaciones colectivas, la disposición más importante fue la sanción de la ley de asociaciones profesionales (número 20.615, año 1973). De igual manera que lo que ocurrió en el caso de la L.C.T., el anteproyecto fue preparado por la C.G.T. y remitido por el Poder Ejecutivo. Constituyeron las principales características de ese régimen (arts. 20 a 24): a) el otorgamiento de mayor fortaleza y homogeneidad a los sindicatos, a través de una mayor intangibilidad de las asociaciones y una reducción del control administrativo (estableció la prohibición absoluta del Estado de intervenir en la dirección y administración de las asociaciones profesionales y de restringir el manejo de fondos sindicales, salvo los casos de excepción de caducidad de autoridad o de grave anormalidad); b) consagró el principio de la concentración sindical, acentuando la agremiación por actividad como criterio diferenciador primario, sin perjuicio de aceptar otras formas de acuerdo con las posibilidades del acontecer del hecho sindical; otorgó absoluta preva-

lencia a las organizaciones de actividad y ámbito territorial extenso con referencia a las de oficio, profesión, categoría o de carácter local, zonal, regional o por empresas; determinó que ante la ausencia de organismos de base, las funciones de los mismos podían ser realizadas por las Federaciones, con lo que los organismos de cúpula suplían un vacío. Esta decisión que quizás pudo justificarse en la primera etapa del sindicalismo, no tenía sentido en el año 1973; por otra parte, esa práctica contradice un principio fundamental: la vida nace de abajo hacia arriba y no al revés.

El sistema estructurado, prácticamente petrificó el esquema de las áreas sindicales e hizo imposible la creación de nuevos sindicatos o la secesión de grupos geográficos incorporados a las uniones que actuaban como asociaciones de primer grado en el orden nacional. Si bien la ley no fijó el ámbito geográfico y de representación de la actividad, que de acuerdo con la tradición argentina queda librada a la propia determinación de los trabajadores, en la práctica, según las pautas establecidas, ciertas asociaciones existentes carecían de los recaudos exigidos para obtener el reconocimiento de la personería gremial. Ello llevó a que algunos sindicatos del personal superior y de empresas fueran absorbidos (a través de convenios) por los de actividad, ya que al no ajustarse al nuevo régimen legal, estaban destinados a perder el reconocimiento de su personería gremial.

La comparación de los sindicatos a fin de determinar su "capacidad suficiente", debía hacerse en función del "mayor número de afiliados". A fin de fijar pautas respecto de las asociaciones sindicales que pretendían discutir la representatividad de una que preexistía, se estableció el criterio de que la misma debía efectuarse tomando en cuenta la que tenía la superior, aunque correspondiera a un ámbito geográfico mayor. Por vía reglamentaria, se determinó como criterio de representatividad contar con el 20 % de los afiliados dentro del total de los trabajadores.

Si existía un sindicato de actividad con ámbito territorial considerablemente superior, no cabía reconocer la per-

sonería gremial a otro que pretendiera ejercerla en una zona comprendida dentro de aquél, aunque en ésta tuviera mayor representatividad (esa precisamente era una aplicación concreta del principio de ámbito territorial extenso).

Se admitía que asociaciones profesionales sin personería gremial se afiliaran a una federación que contara con ella, la que les otorgaba el reconocimiento de los derechos sindicales como si, por derecho propio, gozaran de dicha representatividad. Se invirtió así el proceso lógico que está dado por el hecho de que las asociaciones de base le dan sustento a las federaciones y no al revés.

Se extendió el período de duración de las autoridades a cuatro años, y se aumentó el porcentaje de trabajadores que tenían derecho a solicitar la convocatoria a una asamblea extraordinaria (se fijó el tope mínimo en 20 %). Las asambleas ordinarias debían realizarse en un plazo no superior a dos años (el anterior era de uno).

Respecto de los dirigentes sindicales, electivos o representativos, delegados de personal, trabajadores que hubieran "participado como candidatos en una elección sindical" o "en la realización, constitución o formación de una asociación profesional de trabajadores, o de seccionales de ésta o de otras dependencias de las ya existentes", se estructuró un régimen de "fuero sindical" (arts. 49 a 57) [33], con estabilidad relativa propia durante el plazo del mandato y hasta un año más; sólo decaía el mismo con motivo de un hecho que justificara el despido. Éste sólo podía ser declarado previo haberse solicitado al Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales (T.N.R.P., organismo administrativo paritario) que desaforara al trabajador. Si no se había peticionado y obtenido la respectiva autorización, la decisión que disponía el despido del trabajador era nula y, en consecuencia,

[33] En el caso del candidato a una elección no designado, se tomaba como punto de referencia el período que mediaba entre su oficialización y el momento en que "debiera haber comenzado a ejercer su mandato de haber sido electo" (art. 54, primer párrafo). Respecto de las "funciones de duración no determinada o por su índole no determinable previamente, el necesario para cumplir la tarea encomendada, el que nunca podrá exceder de dos años" (art. 49, primer párrafo).

éste tenía derecho a solicitar que así se lo declarara. La norma también estableció un "fuero sindical especial" (arts. 58 y 59) por el cual los trabajadores que ocupaban cargos en el sindicato, sólo podían ser sometidos a juicio penal si, con anterioridad y en un antejuicio en sede administrativa (T.N.R.P.), habían sido desaforados. Los mencionados dirigentes no podían ser arrestados si no mediaba decisión de juez competente, salvo que fueran descubiertos *in fraganti* en ejecución de un delito sancionado con pena de prisión o reclusión. En esos casos, el juez penal debía solicitar al T.N.R.P. el correspondiente desafuero, a cuyo efecto al requerir el pedido debía suministrar los elementos que posibilitaban el citado pronunciamiento. El referido organismo administrativo debía expedirse en un plazo de 10 días, la falta de resolución equivalía a una negativa. Por lo tanto, sin esa autorización el trabajador no podía ser sometido a proceso. Por decreto reglamentario 1055/74 se estableció que el privilegio sólo jugaba respecto de los delitos vinculados con el ejercicio de la función sindical. No obstante lo razonable de la norma reglamentaria, la misma no se compadecía con lo que expresamente surgía de la de fondo.

Si bien existieron decisiones en contrario de primera instancia, durante el período de vigencia de la disposición (hasta marzo de 1976), ésta no fue declarada inconstitucional por los tribunales de segunda instancia. La misma mereció graves críticas por parte de la doctrina [34]. Se estableció una inmunidad a favor de los locales sindicales en cuanto a su posible allanamiento por parte de los organismos de seguridad.

[34] Cfr. JORGE RODRÍGUEZ MANCINI, *Ensayo de una temática fundamental para el estudio de las asociaciones profesionales*, "L.T." XXII, p. 580; A. VÁZQUEZ VIALARD, *Análisis de las reformas al régimen de asociaciones profesionales*, "Anuario de Legislación Argentina", 1973-B, p. 1330; *Reglamentación de la ley de asociaciones profesionales*, "Anuario de Legislación Argentina", 1947-N-91, p. 51; *Fuero sindical especial*, "Revista de Jurisprudencia Argentina" ("J.A.") XXIII (1974), p. 358. En el sentido de la validez y oportunidad de la norma, cfr. ROBERTO GARCÍA MARTÍNEZ, *Constitucionalidad del fuero sindical*, "L.T.", XXIII-289.

Como una característica propia de dicho régimen, cabe destacar que se estableció el derecho de los sindicatos a ejercer una amplia participación en política (art. 30, inc. 8). Se admitió que podían: 1) fijar su posición en tal materia; 2) "dar su apoyo a partidos políticos o a candidatos a cargos electorales"; 3) propiciar a personas determinadas para que partidos políticos les atribuyan carácter de candidatos (la ley 20.615 le dio validez legal a una realidad que se había dado en los últimos años, durante los que el sindicalismo, en especial a través de su rama representada por las "62 organizaciones", constituyó la "columna vertebral del movimiento peronista").

En materia de convenciones colectivas, el Gobierno promovió la concertación de lo que se llamó la "Gran Paritaria", antecedente importante de la política en la materia que habría de tener vigencia en otros países a partir de mediados de la década del 70 y con posterioridad. La misma fue celebrada por la C.G.T., la C.G.E. (central empresaria), con intervención del Gobierno. Se estableció un aumento de salarios y la suspensión de la práctica de los convenios colectivos por el plazo de dos años. En los hechos, se reiteró la política ensayada en 1967, con la diferencia —fundamental— de que mientras aquélla había sido diseñada por los técnicos del Gobierno (Ministerio de Economía y Trabajo), ésta se hizo con intervención de la central de trabajadores. El pacto no se redujo sólo al problema laboral, sino que también se refirió a aspectos de la política global, a fin de instrumentar los mismos como un "paso decisivo para un proyecto de liberación nacional y de promoción económico social" y de otros que hacen a la vida global, tales como el comercio internacional, la educación, el desarrollo industrial, etc. En los años 1974 y 1975 por vía legal se establecieron ajustes salariales.

Durante este período, en razón de una huelga realizada por uno de los sindicatos más antiguos, la Asociación Gráfica Bonaerense, a ésta se le imputó haber violado dicho acuerdo, por lo que fue sancionada por el Ministerio de

Trabajo con el retiro de la personería gremial, decisión que fue confirmada por la autoridad judicial. Al respecto ésta sostuvo que su competencia, como ocurre en casos propios del derecho administrativo, estaba reducida a revisar la faz legal y no a juzgar lo que hace a la conveniencia y oportunidad de la decisión [35]. No participamos de ese criterio propio de la revisión de actos de carácter administrativo, ya que la decisión de cancelar la personería a una organización sindical no constituye una decisión de esa índole, sino una sanción impuesta a un grupo. Refiriéndose la cuestión al ejercicio de derechos subjetivos, en este caso de un grupo colectivo, entendemos que la competencia del tribunal judicial no se limita a revisar la legalidad del acto, sino también las cuestiones vinculadas a su mérito.

En el año 1975 se convocó a las paritarias a discutir la renovación de los convenios colectivos. Se planteó el problema de si las mismas debían estar sujetas a la capacidad de negociación de los grupos trabajador-empleador o si debían sujetarse a ciertas pautas fijadas por la Gran Paritaria (como lo sostenía el Ministerio de Economía). Triunfó el primer criterio y se resolvió que la negociación no se condicionaría a pautas determinadas; el problema quedaba librado a la "responsabilidad de los dirigentes sindicales". Negociados los primeros convenios, se pudieron apreciar algunas distorsiones en las tarifas salariales. Ciertos sindicatos que se habían adelantado a firmar el acuerdo, obtuvieron incrementos reducidos en comparación con otros que lo hicieron luego de unos días, lo cual se tradujo en reclamos para obtener reajustes. El hecho provocó una inflación galopante que desactualizó los salarios como consecuencia de un fenómeno al que hay que prestarle la importancia que merece. El movimiento obrero se enfrentó con la decisión adoptada por el Ministerio de Economía, respaldado por la señora Presidente, que en una primera instancia se negó a homologar aquéllos y limitó los aumentos a una escala

35 Autos "Federación Gráfica Bonaerense", Cámara de Apelaciones del Trabajo de Capital Federal, Sala III, 19/9/1974, "D.T.", 1974-305.

diferente; ante la fuerza de las circunstancias luego accedió a hacerlo.

A fines de 1975 se recurrió (como una idea salvadora) al criterio de mantener el salario real a través de la acción del Instituto de Remuneración, Productividad y Participación. No obstante la presión ejercida por el Ministerio de Trabajo y la C.G.T., el proyecto enviado por el P.E.N. no fue aprobado por el Congreso (sólo tuvo sanción del Senado a fines de 1975). El incremento del costo de vida hizo que tuvieran que ajustarse los salarios por vía de decreto en tres oportunidades antes de producirse el movimiento revolucionario de marzo de 1976.

En materia de conflictos colectivos, la decisión más importante fue la reforma introducida por la ley 20.638 en la estructura del ordenamiento creado por la nº 16.936 (ver E) que establecía la posibilidad de someter el conflicto a un arbitraje obligatorio. Dicha norma que tenía carácter transitorio, fue incorporada en forma definitiva al plexo normativo. Se facultó al Ministerio de Trabajo: 1º) para intervenir en los conflictos colectivos de derecho y de intereses que se suscitan en todo el territorio de la Nación (desapareció así la anterior distinción entre conflictos locales cuya composición era de exclusiva competencia provincial y los "nacionales"); 2º) se reforzó la intervención de la autoridad administrativa, autorizándola a disponer que se retrotraiga el estado de cosas al preexistente al acto o hecho que hubiera determinado el conflicto.

Respecto del ejercicio de la policía de trabajo, el Gobierno federal dictó un decreto (1111 del 11/9/1973), por el cual en razón de lo dispuesto en el art. 17, incs. 2 y 5 de la ley de Ministerio nº 20.524 (de agosto de 1973) se le encomendó al Ministro de Trabajo convenir con los Gobiernos de Provincias el traspaso de los organismos administrativos de trabajo al orden federal. A tal efecto, se concertaron acuerdos por los que los distintos estados provinciales (salvo Corrientes) se allanaron a la transferencia, no obstante la existencia de normas legales que establecían el ejercicio local de dichas facultades.

A partir de entonces y prácticamente hasta la asunción de las autoridades constitucionales provinciales, en 1984, el ejercicio de tal función estuvo a cargo de la autoridad federal.

En julio de 1973 se realizó en Buenos Aires el V Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En ese mismo año, bajo la dirección del Profesor Deveali comenzó a publicarse la "Revista del Trabajo y de la Seguridad Social".

G) 1976-1983. Este período abarca desde la revolución ocurrida en marzo de 1976 que derrocó a las autoridades constitucionales y se proyectó hasta que se restableció el régimen institucional. Es un período que puede caracterizarse como no pro-trabajadores, pro-sindicatos. El propósito del Gobierno que asumió fue sanear la economía sumida en un profundo caos afectado por la acción de la guerrilla. Las primeras medidas adoptadas, ya en marzo de 1976, se propusieron, en cuanto se refiere a la política de trabajo, poner coto a ciertas situaciones anómalas provocadas por el poderío alcanzado por los sindicatos frente a un Gobierno (el constitucional) carente de fuerza física y moral que, en junio de 1975, con motivo de la concertación de los convenios colectivos de trabajo realizados, dio varios giros en cuanto se refería a su homologación y que finalmente accedió a hacerlo.

Dentro de las primeras medidas adoptadas por la Junta Militar, se dispuso la detención de varios dirigentes y la intervención militar de las principales asociaciones profesionales. Se suspendió también la actividad gremial y política y se prohibió temporariamente el ejercicio del derecho de huelga. Esta última medida pudo tener, en razón de la situación de emergencia y caos planteado, justificación en el momento de su adopción, pero no varios años después cuando la situación había cambiado (la norma fue abrogada en 1983 por el propio Gobierno de facto).

Con motivo de la guerra de las Malvinas (1982) se produjo un fuerte impacto institucional: cesó el funcionamien-

to de la Junta de Comandantes como órgano Superior de Gobierno y el Ejército designó un Presidente con la finalidad de preparar el retorno a la democracia. En materia laboral, se notó un cambio importante a través de un desmantelamiento del aparato que se había constituido, concediéndose, en cuanto ello era posible en un régimen militar, un cierto aire de liberalización. Se modificó la ley de asociaciones profesionales, y se admitió la actuación de la C.G.T. Las intervenciones militares a los sindicatos fueron suplidas por otras a cargo de civiles. En cuanto ello fue posible, ya que las distintas fracciones internas que actuaban no siempre estuvieron de acuerdo en la designación de los miembros, se nominaron a los trabajadores propuestos por esa vía. También se estableció un régimen *sui géneris* de concertación de convenios colectivos, en el que las partes que habían suscripto los Convenios de 1975 sugirieron modificaciones respecto de las tasas salariales y condiciones de trabajo, que luego el Ministerio de Trabajo convalidó. Se logró así reactualizar en gran parte las escalas de salarios y paliar el efecto negativo del aplastamiento de la pirámide remuneratoria con motivo de los aumentos de los básicos que, en ciertos casos, superaron los de las categorías superiores. Parte de esa política se debió a la acción del Ministro de Trabajo, Dr. Héctor Villaveirán, hombre de vasta experiencia como funcionario del Ministerio de Trabajo y con amplias relaciones y conocimientos con la dirigencia sindical, lo que posibilitó su tarea. Durante este período (1982-1983), se intentó un proceso de normalización sindical que no pudo llevarse a cabo y debió postergarse durante casi dos años.

Una de las principales reformas en lo que se refiere a las relaciones individuales, fue la modificación parcial de la L.C.T. preparada con la intervención de los Ministerios de Trabajo y del de Economía, con la finalidad de evitar "excesos que provocaban distorsiones socio-económicas". Las principales reformas fueron: a) supresión de la prevalencia de los usos y costumbres y los usos de empresas

más favorables al trabajador, sobre las normas legales y convenios colectivos de trabajo; b) se suavizó el severo sistema de presunciones legales que, en algunos casos, llegaba a interferir en la aplicación del principio de la buena fe; c) se disminuyeron los sistemas —a veces inocuos— de control sobre la empresa (tal como el de comunicar al órgano administrativo laboral, la fecha de concesión de las vacaciones); ch) se suprimió el sistema de reajustes automáticos y proporcionales de los sueldos básicos de acuerdo con los incrementos del salario mínimo vital [36]; d) se modificaron ciertas disposiciones cuyo contenido, si bien de carácter protectorio, provocaban resistencia a contratar empleadas, obstaculizando así las posibilidades de acceso de las mujeres al mercado del trabajo; e) se alteró el régimen de justificación de inasistencia por enfermedad y se suprimió su control por médicos oficiales (tema que en la práctica no había funcionado), y se remitió la dilucidación de los casos a la decisión judicial; f) se redujeron los plazos de preaviso a uno o dos meses según que la antigüedad del trabajador en el empleo fuera menor o mayor de cinco años; g) se fijó un nuevo criterio de actualización monetaria (en vez del índice del costo de vida se adoptó el del salario del peón industrial) [37]; h) en materia de fijación del horario máximo de trabajo se volvió al sistema de la ley 11.544 que había sido modificado en el texto originario de la L.C.T., no admitiéndose la posibilidad de que los gobiernos provinciales pudieran establecer horarios máximos de trabajo; i) en ma-

36 El tema al que se referían los arts. 131 y 132 del texto original de la L.C.T. había, por sus consecuencias, planteado graves preocupaciones a las autoridades constitucionales.

37 La medida tendió a provocar una disminución del efecto inflacionario. El comportamiento de los nuevos índices en la mayor parte de los casos, no fue favorable para los trabajadores (sí en algunos períodos). La C.S.J.N. declaró la inconstitucionalidad de la norma por considerarla irrazonable y no ajustada a la realidad fáctica (autos "Vélez J. c/Cintioni", "Trabajo y Seguridad Social", 3/5/1979, p. 355). La ley 22.311 dispuso la aplicación del índice de precios al consumidor. Con anterioridad al dictado de esta norma, gran parte de los Tribunales de Trabajo habían adoptado un procedimiento a fin de paliar los efectos negativos de la aplicación de la ley, a través de la tasa de intereses que devengan los créditos. Ver entre otros, C.N.A.T., sala III, "González Eleuterio c/El Cabildo, Cía. de Seguros", 30/6/1977, "T.S.S." 1977, p. 434.

teria de compatibilidad entre las leyes especiales y la común laboral, se modificó el sistema. De acuerdo con el texto primitivo de la L.C.T., se aplicaba esta última en todos los casos en cuanto resultara más favorable para el trabajador. De hecho, con motivo de la reforma introducida, y al haberse suprimido esta última disposición, todos los convenios colectivos quedaron modificados. Se mantuvo en vigencia el sistema de compatibilidad, pero la aplicación de la L.C.T. sólo resulta posible cuando la misma es "compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que la actividad se halle sujeta" (art. 2, L.C.T.).

Se introdujo una reforma (ya existente en el régimen de la ley de accidentes de trabajo) según la cual la única manera de justificar el pago de los créditos que surgen de una sentencia judicial es su depósito en el expediente. Se admitió la posibilidad de que el trabajador conviniera con los letrados que lo patrocinan un pacto de cuota litis de hasta un máximo del 20 % del monto del crédito a percibir. En lo que se refiere al régimen de dirección y organización de la empresa, se suprimió el derecho de los trabajadores a la preferencia en el ascenso y la de los de temporada y eventuales a ocupar las vacantes de los efectivos, así como el de ser oído el trabajador antes de ser aplicada una sanción (criterio que consideramos trae aparejadas ventajas indudables). En lo que respecta al ejercicio del *ius variandi*, se suspendió la facultad del trabajador de solicitar judicialmente, mediante el trámite del proceso sumarísimo, la suspensión de la medida hasta tanto se determine en esa vía si la misma era o no era justificada.

Se redujo el plazo de excedencia a favor de la trabajadora que ha tenido familia, a un plazo máximo de seis meses (antes era de un año). Se suprimió la estabilidad relativa propia temporaria a favor de los trabajadores que ocupaban cargos directivos en el orden nacional, provincial y municipal.

Con posterioridad, se establecieron algunas modifica-

ciones a dicho régimen legal; una de ellas lo fue respecto de las condiciones en que el empleador puede intimar al trabajador que está en condiciones de jubilarse, a realizar los respectivos trámites, luego de lo cual puede despedirlo sin abonarle indemnización. Dado el nuevo régimen previsional, sólo cabe realizar esa intimación al trabajador en condiciones de obtener un haber similar al 82 % del promedio de los salarios percibidos en los últimos tres años, lo que en la práctica significó aumentar en cinco años la edad requerida para poder proceder a esa intimación.

Por decreto 3291/80, se reglamentó el funcionamiento de las empresas de servicios dedicadas a proporcionar trabajadores eventuales de conformidad con el régimen que establece el artículo 29 de la L.C.T. que, al efecto, fija un criterio excepcional para estos casos (no considera al receptor del trabajo como empleador directo). En materia de licencia por maternidad, se estableció que el período de 90 días podía ser gozado por la empleada 30 días antes del alumbramiento y 60 posteriores. Con respecto a la obligación del empleador de descontarle el 10 % del salario a los trabajadores menores y depositarlo en una cuenta especial a su nombre, se redujo el tope de edad a 16 años; a partir de ésta los empleados están comprendidos dentro del régimen de previsión social.

En materia de accidentes de trabajo se abrogaron algunas disposiciones referidas al registro de trabajadores ocupados y de sueldos y jornales que establecía el decreto reglamentario que resultaban innecesarias, frente a las normas que en la materia establece la L.C.T. (decreto 1457/1976). En materia de higiene y seguridad se modificó el decreto del año 1973 dictándose uno nuevo (351/79) que resulta más completo que el anterior.

Se abrogó la norma legal que había aprobado el llamado laudo gastronómico, por el que los trabajadores del sector tenían una participación en las ventas a través de un plus que se cargaba sobre ellas. Se prohibió a los empleadores recargar los precios de los productos con la finalidad de dis-

tribuir el importe entre los trabajadores. Para que la modificación no significara una disminución de los sueldos, se estableció un cálculo sobre un promedio de los salarios percibidos a fin de evitar que se produjera esa consecuencia. También se abrogó el Estatuto de los empleados bancarios, con lo que este tipo de relación jurídica se rigió, a partir de este momento y aun con respecto a los trabajadores ingresados antes de 1967 (ver E), por las normas de la L.C.T. También se suprimieron los tribunales bancarios y de seguros (órganos administrativos paritarios) que funcionaban desde la década del 50 con ámbito de competencia en Capital Federal. La respectiva función les fue transferida a los jueces de trabajo de la Capital Federal.

Con respecto a los docentes de los establecimientos particulares, se abrogó la reforma introducida al respectivo estatuto en el año 1974 que determinó el derecho de los mismos a la estabilidad propia (ver F; ley 21.381 que derogó la 20.614), volvió la situación a lo fijado en la ley 13.047.

En octubre de 1976 se sancionó (ley 21.429) un reglamento provisorio para el trabajo portuario que aún se halla vigente, por el que se establecen normas específicas para el desarrollo de esa tarea, cuya característica es la de ser eventual. Con anterioridad, por vía de decreto, se había establecido un sistema especial de contratación y de garantización de los salarios que luego en el período constitucional (1984), fue asumido a través de un acuerdo entre el sindicato y la patronal, por dos entes paritarios. En febrero de 1980 (ley 22.163), se fijó un nuevo régimen para el trabajo de contratistas de viñas y frutales que abrogó el anterior (ley 20.589); considera a dicho personal como autónomo. No obstante, el anterior régimen siguió en vigencia para el personal que había sido contratado con anterioridad.

Respecto de los estatutos especiales, se sancionó un nuevo régimen para el personal agrario (ley 22.248 de julio de 1980) que incluye tanto al personal temporario como al permanente. En cierta manera, se reiteran las disposiciones de la L.C.T. que en su mayor parte están adecuadas a la

naturaleza de la actividad, con algunas modificaciones (por ejemplo, supresión del preaviso que se suple con un incremento incluido en la indemnización por despido injustificado). La referida norma estableció, expresamente, la exclusión de la aplicación de la L.C.T. a dicho personal. También se modificó el régimen de trabajadores de la industria de la construcción (ley 22.250, julio 1980), estableciendo un nuevo sistema a través del cual el incumplimiento del empleador de otorgar la libreta bancaria para que el trabajador pueda percibir la totalidad de los fondos correspondientes al llamado Fondo de Desempleo (constituido por los aportes que aquél debe hacer mensualmente), da lugar a una multa comprendida entre 1 y 3 meses de salario. Con anterioridad, la misma estaba constituida por los importes de los salarios que se devengaran con posterioridad al acto de resolución del contrato sin cumplirse el recaudo que posibilitaba el cobro de dicho fondo, hasta la cancelación total de la deuda.

Respecto del estatuto del periodista, se suprimió la disposición por la cual ese personal, cuando ejerce funciones, tiene una rebaja del 50 % en el importe de los precios que cobran las empresas de transporte, de comunicaciones telegráficas y telefónicas dependientes del Estado (ley 22.337, diciembre de 1980).

En lo que respecta a las relaciones colectivas, el mismo día de la revolución (24 de marzo de 1976), la Junta Militar suspendió transitoriamente la actividad gremial de las asociaciones de trabajadores y de empresarios, con excepción de la "correspondiente a la administración interna de las mismas y de sus obras sociales" (que fueron intervenidas). En la misma fecha, por ley 21.263 se abrogaron las disposiciones que establecían el régimen del fuero sindical especial (ver F). Por decreto 385 de febrero de 1977 se abrogó la disposición contenida en la reglamentación de la ley sindical que establecía la obligación del empleador de descontar a los trabajadores, de su salario, el importe de la cuota de afiliación sindical, aun respecto de los no afiliados (se man-

tuvo la referida a los que lo estaban, cuando se habían cumplido los trámites pertinentes: acreditación de las disposiciones estatutarias, autorización del Ministerio, comunicación al empleador).

En noviembre de 1979 se dictó un nuevo régimen para las asociaciones profesionales de trabajadores con el fin de "que puedan desempeñar estrictamente su cometido de protección y representación de las legítimas aspiraciones de los trabajadores a quienes nuclean, propendiendo, al mismo tiempo, a las armónicas relaciones ante el Estado, el capital y el trabajo" [38].

El nuevo régimen mantuvo el criterio de la personería gremial, concediendo el monopolio de la representación, en especial en el caso de la celebración de los convenios colectivos, al sindicato que tuviera ese reconocimiento. Respecto a la comparación entre sindicatos, cuando uno de ellos pretende desplazar a otro en el ejercicio de dicha personería, se mantuvo el criterio rígido establecido en la ley 20.615 respecto de que la comparación debe hacerse teniendo en cuenta el número de afiliados de la asociación con mayor representación territorial o de sectores de trabajadores.

Dicho régimen estableció la prohibición de que el personal jerárquico pudiera asociarse con el que no lo era. Se limitó la zona de actuación de las asociaciones de primer grado a un sector político (provincia o Capital Federal), salvo el caso de los empleados públicos o de aquellos en que se justificare el escaso número de afiliados. La cuestión ya había sido adoptada por el decreto 969/66. A través de ese criterio, se trata de evitar la existencia de organizaciones de primer grado (uniones) que tienen como ámbito de actuación a todo el país. De esa manera, se tendió a que se

38 Cfr. JUSTO LÓPEZ, *El nuevo régimen de asociaciones profesionales de trabajadores*, "D.T." 1980, 115; JUAN C. FERNÁNDEZ MADRID, *La nueva ley de asociaciones gremiales*, "L.T.", XXVII, p. 1089; GUILLERMO LÓPEZ, *Derecho de las Asociaciones Gremiales*, Bs. As., 1980; ALFREDO RUPRECHT, *Asociaciones gremiales de trabajadores*, Bs. As., 1980; FERRO-VALDOVINOS, *Ley de asociaciones gremiales de trabajadores*, Bs. As., 1980; A. VÁZQUEZ VIALARD, *Régimen de adecuación sindical*, "L.T.", XXVIII, 1; *El Sindicato en el derecho argentino*, Bs. As., 1981.

constituyeran nuevos sindicatos de base y aquellas uniones operaran como federaciones. Se redujo el ámbito de acción de estas últimas, cuya representación resulta del que tienen sus afiliadas (sistema inverso al admitido por la ley 20.615). El régimen no admitió la existencia de confederaciones (previamente se había dispuesto la disolución e intervención de la C.G.T.). En el período post Malvinas por ley 22.839 (junio 1983), se modificó el texto de la norma y se establecieron pautas para el funcionamento de las confederaciones.

También se prohibió la participación de las asociaciones de trabajadores en actividades políticas (en ese período suspendidas), prestar apoyo directo a partidos, candidatos políticos o a realizar actividades de ese género. La norma adopta una posición diametralmente opuesta a la 20.615 (ver F).

Hasta ese momento, las obras sociales, de acuerdo con la ley vigente (18.610) eran administradas por el sindicato con personería gremial que había suscripto el respectivo convenio colectivo de trabajo. La norma prohibió que dichas asociaciones pudieran percibir los fondos que los empleadores deben aportar y retener con esa finalidad. Dichas obras sociales quedaron bajo la administración de organismos especiales a cargo de los respectivos sindicatos. Con posterioridad, se dictó una ley especial (22.289) que estableció el régimen de organización y funcionamiento de las obras sociales, sistema que en la práctica no funcionó [39].

Para juzgar respecto de la comisión de actos contrarios a la ética de las relaciones profesionales, se estableció la competencia de los jueces provinciales o de Capital Federal, según fuera el lugar de la comisión del ilícito laboral, por lo que no se siguió el criterio anterior de someter el juzgamiento de los mismos a un organismo administrativo (Tribunal Nacional de Relaciones Profesionales).

39 Restablecida la normalidad constitucional, el tema fue materia de negociación entre los partidos justicialista y radical (con amplia mayoría en el Congreso). Como consecuencia de las mismas, en 1989 se sancionaron las leyes 23.660 que determina el régimen de las Obras Sociales y 23.661 referida al Sistema Nacional de Salud.

No obstante que la norma establecía un período dentro del cual las asociaciones debían ajustarse al nuevo criterio (limitación de su ámbito de actuación territorial y reformas estatutarias), el mismo no fue adoptado aún por la mayor parte de las asociaciones intervenidas, por lo que, al iniciarse el nuevo período institucional, gran parte de los sindicatos mantenían la estructura que determinaba la referida ley 22.105.

En cuanto a la celebración de la negociación colectiva, en marzo de 1976 se sancionó la ley 21.307 que dispuso que los incrementos de los básicos serían fijados por el P.E.N., con lo que la posibilidad de concertar nuevos convenios quedó en hibernación. En forma sucesiva se implementaron tres modos distintos de acción en la materia: a) disponer incrementos nominales e igualitarios (a veces los mismos se referían a los básicos); b) de carácter selectivo, a través de la recomposición de las tarifas sectoriales; c) de la llamada flexibilización, a fin de que las remuneraciones se determinaran a nivel de empresa, ya por decisión del empleador o por acuerdo entre éste y su personal. Fue clara la finalidad de sustituir los convenios colectivos de trabajo de actividad por acuerdos de empresa.

En la primera etapa, se prohibió la posibilidad de que se produjeran "derivas de salarios" (aumentos sobre los fijados legalmente). En caso de ocurrir ello, los empleadores podían ser objeto de sanciones de orden económico: no otorgamiento o cancelación de los plazos correspondientes a los créditos de bancos oficiales y se les prohibió expresamente transferir a los precios la carga de dichos incrementos o a debitarlos a los fines de la determinación de las obligaciones impositivas.

Respecto de las empresas del Estado y servicios públicos, se derogaron las disposiciones que superaban los derechos reconocidos por la L.C.T., por lo que ésta, en vez de actuar como "un piso", se convirtió en "un techo" [40]. Tam-

[40] Cfr. A. VÁZQUEZ VIALARD, *Breve análisis de las políticas seguidas en materia de negociación colectiva en Argentina*, "L.T.", XXVI-97.

bién quedaron sin efecto las normas que instituían organismos o comisiones con participación o integradas por representantes de los trabajadores y empleadores con facultades para establecer o reajustar salarios. Se suprimieron las disposiciones de cualquier naturaleza que determinaban enganches salariales o el recurrir a bolsas de trabajo para la designación o promoción del personal (ley 21.476).

A través de sucesivas normas se fijaron incrementos salariales para ajustarlos al proceso inflacionario, así como el salario vital mínimo y se ampliaron las facultades conferidas a los empleadores respecto de la llamada política de flexibilización. En la última etapa del proceso (post-Malvinas), se instituyó, como ya lo hemos indicado, en cierta manera una política laboral de convenios colectivos *sui generis*. Por vía de decreto, el P.E.N. admitió la celebración de acuerdos por actividad entre las partes que habían suscripto los últimos convenios de trabajo (los celebrados en 1975), permitiendo así una reformulación salarial que la propia administración laboral aprobaba. Durante este período y con respecto a los aumentos, se restableció la práctica de los llamados "pagos no remunerativos" o no "integrativos de la remuneración" [41], política con la que luego continuó el Gobierno Constitucional.

Como lo hemos indicado, la Junta de Comandantes (ley 21.261) dispuso suspender transitoriamente el ejercicio del derecho de huelga, medidas de fuerza, paros, interrupción o disminución del trabajo o aquellas formas que signifiquen entorpecer la producción, ya fueran dispuestas por los trabajadores o los empleadores y sus respectivas asociaciones. Se estableció que ello era necesario a fin de lograr "un efectivo incremento de la producción" y que "para alcanzar dicho objetivo, se hace necesaria la suspensión transitoria de aquellos derechos cuyo ejercicio puede afectar la producción y

41 Se trata de una modalidad que choca contra el concepto clásico de salario; su causa es la prestación laboral, pero la norma en virtud de la cual nace el derecho —por lo común basada en razones de excepción— le asigna características especiales.

las indispensables condiciones de paz, seguridad y orden interno que requiere dicho proceso".

Con posteriordad, se dictó la ley 21.400 (setiembre de 1976), por la que el P.E.N. podía disponer la suspensión de la "realización de medidas de acción directa por parte de empleadores o trabajadores" en circunstancias de alteración del orden público, de emergencia económica o social o cuando se hubiera declarado el estado de sitio (durante todo el período rigió esta última situación). La transgresión, tanto por parte de los empleadores como de los empleados a través de medidas de instigación, violencia, coacción, intimidación o amenaza que afectaban a personas o bienes, estaban sujetas a penas de prisión o multa. Los trabajadores que las realizaban, *ipso facto* incurrían en causal de despido justificado. Se estableció un régimen para que los empleadores, cuando debían reducir la producción, pusieran a disposición del Ministerio los elementos de juicio correspondientes, a fin de que dicha autoridad rectificara o ratificara la medida proyectada. La decisión adoptada era susceptible del recurso de revisión por cualquiera de las partes en el plazo de 10 días ante la justicia nacional competente en razón de la materia y del lugar. La utilización maliciosa por parte del empleador de la reducción del salario, era pasible de multa.

De hecho, disminuyó significativamente el número de huelgas; atento a que durante todo el período rigió el estado de sitio, las mismas eran consideradas ilegales. En 1984, como lo hemos indicado, se abrogaron las leyes 21.261 y 21.400, por lo que se admitió el ejercicio del derecho de huelga.

En lo que concierne al ejercicio de la policía del trabajo, la misma se mantuvo a cargo de la autoridad federal que dispuso el cierre de numerosas delegaciones ubicadas en el interior de las provincias. La tarea de control del cumplimiento de dichas normas, se ejerció fundamentalmente desde la capital de las provincias, por lo que perdió su eficacia.

Respecto de los trabajadores extranjeros, se estableció un régimen de prohibición de contratación de personal no

radicado en el país o no autorizado especialmente para trabajar. Al efecto, se fijaron sanciones para los empleadores infractores.

Se sancionó un nuevo régimen de feriados y días no laborales (ley 21.329, junio 1976) que dispuso la reducción de los mismos a fin de incrementar la productividad.

Para dar solución a los problemas que planteaba una desocupación en crecimiento, por ley 22.752 (1982) se estableció un subsidio por desocupación, el derecho a las prestaciones médico asistenciales básicas, así como el reconocimiento de la antigüedad durante ese período a los fines jubilatorios, al personal que reunía determinadas condiciones respecto de su situación de desempleo. El sistema de administración estaba a cargo de las Cajas de Subsidios Familiares. El sistema tenía un plazo determinado que luego las autoridades constitucionales fueron prorrogando a través de determinados decretos.

En 1979 en la ciudad de Mendoza y en 1983 en la de Buenos Aires se celebraron el VI y VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social. Este último, juntamente con el VIII Congreso Iberoamericano. En 1979 y hasta 1980 se publicó la revista de "Jurisprudencia del Trabajo" anotada.

H) 1983-1989. Este período que se inició con el restablecimiento del régimen institucional, se caracterizó por una cierta discordancia entre las autoridades políticas y la dirigencia no sólo de la C.G.T., sino también de la mayor parte de los sindicatos del país, lo que provocó graves situaciones de enfrentamiento que desencadenaron un gran número de huelgas de carácter general. A su comienzo, los representantes de los dos partidos políticos que habían obtenido en conjunto más del 80 % de los votos en las elecciones de 1983, expresaron su firme propósito de abrogar las leyes dictadas en materia laboral durante el anterior proceso militar (en especial la L.C.T.), lo que sólo se produjo en forma muy atenuada. La Secretaría de Seguridad Social que estaba en el ámbito del Ministerio de Bienestar Social

(ahora denominado de Salud Pública y Acción Social), pasó al de Trabajo y Seguridad Social.

Uno de los principales temas planteados en su inicio, lo constituyó el proyecto del P.E.N. para normalizar el funcionamiento de las asociaciones profesionales de trabajadores. El mismo fue aprobado por la Cámara de Diputados y rechazado por la de Senadores. Con posterioridad, a través de una negociación entre el Ministro de Trabajo (con otro titular) y la C.G.T., se concretó un acuerdo que convalidó el decr. 1696/84 que, a su vez, con algunas modificaciones, lo fue por la ley 23.071 a la que luego nos referiremos.

En el orden de las relaciones individuales de trabajo, por ley 23.041 se adoptó un mecanismo a fin de adecuar el pago del salario anual complementario a una época de alta inflación. La referida norma estableció que a los fines de la determinación del importe respectivo, debía tomarse en cuenta el mejor salario percibido durante el semestre.

En el año 1986 por ley 23.472 (luego del veto del Poder Ejecutivo a la sanción de una ley similar), se aprobó la constitución de un Fondo de Garantía de Créditos Laborales cuya vigencia se sometió a la reglamentación que no se ha dictado hasta la actualidad (octubre de 1991). A través de la misma se asegura la percepción hasta ciertos topes de los créditos de los trabajadores en caso de falencia del empleador. Se excluyen los que corresponden por accidentes de trabajo. Los que se reclaman en virtud de la ley especial 9688 tienen un sistema de garantización propio. En cambio, ello no ocurre cuando la acción se funda en las disposiciones del Código Civil. La referida norma modificó algunos aspectos vinculados con el pronto pago (art. 266 L.C.T. y disposición similar contenida en la ley de concursos 19.551). La administración de dicho Fondo estará a cargo de las Cajas de Asignaciones y Subsidios Familiares que efectuarán los pagos respectivos y se subrogarán en los derechos y acciones de los trabajadores y sus causahabientes hasta las sumas adelantadas en el respectivo juicio de

convocatoria o quiebra. El referido fondo se constituye mediante los aportes a cargo de los empleadores.

Por decreto 1455/85 se modificó la reglamentación de las empresas de servicios eventuales, restringiendo la acción de las mismas. En materia de accidentes de trabajo, por dec. 1245/86 se estableció que en la liquidación que se efectúa en sede administrativa a fin de determinar el monto de la indemnización, deben actualizarse los salarios percibidos en el último año anterior al accidente. Al efecto, se adoptó el criterio admitido por alguna doctrina judicial (y fuertemente resistido en otras jurisdicciones) [42].

Con referencia a esa materia (ley 9688 y sus modificaciones), la ley 26.643 (año 1988), introdujo cambios de importancia. Admitió el criterio establecido por el citado decreto 1245/86, con lo que puso fin a la divergencia jurisprudencial que existía en el punto (art. 11). Dispuso que a los fines de determinar el monto de la indemnización, cuyo tope se elevó a 20 años de salario mínimo, vital y móvil vigente al momento en que se realiza (art. 8, inc. a), debe tenerse en cuenta la edad del trabajador siniestrado (a ese efecto, indica el procedimiento a seguir, art. 8, inc. a).

Extendió la responsabilidad del contratista, aunque sea una empresa de servicios, al comitente (art. 6) y fijó la competencia del órgano administrativo laboral provincial para determinar la liquidación de la indemnización que debe depositarse en esa sede (art. 9). Se le confiere mandato legal al empleador o a su asegurador para que, una vez declarada el alta médica o fallecido el trabajador, en nombre de sus causahabientes, promueva acción contra el tercero responsable del daño (art. 18). Respecto de la prescripción, establece que la misma corre a partir del fallecimiento de la víctima o desde que ésta tomó conocimiento de su incapacidad. Se produce esta circunstancia cuando aquélla "conoce el grado definitivo" de la misma, "las causas laborales que

42 Dicho criterio fue aceptado por la Suprema Corte de la Pcia. de Bs. As., la Cámara Nacional de Trabajo de Capital Federal (plenario 231, del 9/XII/1981, "D.T.", 1982-A-180). En cambio, no fue admitido por el Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba y el de San Juan.

la determinaron, la irreversibilidad del proceso incapacitante y que ha culminado el proceso de agravamiento de la incapacidad progresiva" (art. 19).

Estimamos que dicha norma (art. 22) recepta la teoría de la indiferencia de la concausa (admitida por la mayor parte de la doctrina judicial de las distintas jurisdicciones), en cuanto establece "que el agravamiento de una enfermedad causada por razones laborales, obliga al íntegro resarcimiento de la incapacidad sobreviniente" [43]. Determina, además, ciertas ventajas para el empleador que ha dispuesto la realización del examen preocupacional, en cuanto presume (salvo el citado caso de agravamiento) que no existe responsabilidad del mismo, si el trabajador padece igual grado de incapacidad que en aquel momento. De lo contrario, deberá probar que la misma no tiene relación con la prestación del trabajo.

Por ley 23.616 (nov. 1988), se estableció la actualización de los créditos laborales en el caso de concurso del empleador [44]. Se amplió (ley 23.691, sancionada en julio de 1989) el régimen de licencias especiales con goce de sueldo, a favor del trabajador que ha debido concurrir a una citación judicial o por haber tenido que realizar un trámite ante la Administración nacional, provincial o municipal que no pudo efectuar fuera de su horario de labor.

Por ley 23.409 (febrero 1987), se dispuso que los empleados podían verificar el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores referidos a ellos, respecto de los organismos de seguridad social y, en su caso, autorizar a las asociaciones profesionales a las que estuvieran afiliados, a efectuar tal control. A ese fin, los empleados deberán remitir listas mensuales con los elementos de juicio para acreditar el cumplimiento de dichas obligaciones que, de

43 Consideramos que esa doctrina que, hasta la sanción de la ley 26.643, no tenía apoyatura normativa, resulta inconveniente, ver A. VÁZQUEZ VIALARD, *Crítica a la aplicación de la teoría de la "indiferencia de la concausa" en materia de enfermedad-accidente*, "D.T.", 1983-B-1575; *La responsabilidad en el derecho del trabajo*, nº 71, C, p. 322, Bs. As., 1988.

44 La norma receptó la doctrina sentada por la C.S.J.N. a partir del caso "Complejo Textil Bernalesa", 2/4/1985, "D.T.", 1985-B-1139.

acuerdo con lo que establece el art. 79 de L.C.T., integran el conjunto de las obligaciones que asume el empleador con motivo de la concertación del contrato.

En materia de relaciones colectivas, la principales reformas introducidas están constituidas por la referida ley 23.071 que aprobó el acuerdo realizado entre el Gobierno y las organizaciones sindicales e instrumentalizado a través del citado decreto 1696/84 (que sufrió algunas modificaciones). Se fijaron los criterios para facilitar la reorganización de las asociaciones sindicales, muchas de las cuales durante el período anterior habían sido intervenidas militarmente y en la última etapa, si bien continuaron en la misma situación, lo fueron por civiles, en la mayor parte de los casos por miembros designados por las distintas fracciones sindicales. Uno de los temas fundamentales que se trató de solucionar, fue el de que las autoridades según la ley 20.615 tenían un mandato de cuatro años en el ejercicio de sus funciones, mientras que el mismo se limitaba a dos en la ley 22.105. Se estableció, criterio novedoso, que las convocatorias se harían de conformidad con las normas vigentes de acuerdo con las prácticas sindicales, con lo que se admitió que ellas pudieran realizarse según lo que determinaba el propio estatuto sindical que respondía a las disposiciones de la ley 20.615 y contradecía las fijadas en la vigente (que a partir de julio de 1984 fue suspendida por seis meses, ley 23.072). Como consecuencia de ese acuerdo que se plasmó en la disposición legal, se normalizaron la mayor parte de las organizaciones sindicales. Como novedad, se estableció que los cuestionamientos judiciales que se plantearan respecto de los conflictos, debían ser resueltos, a voluntad de quien los planteaba, por la Justicia Nacional en lo Electoral o bien en sede administrativa por el propio Ministerio de Trabajo.

Por ley 23.551 (marzo 1988) se mantuvo el esquema clásico en la Argentina en materia de Asociaciones Profesionales de Trabajadores: personería gremial. No obstante que se les reconoce a las asociaciones simplemente inscriptas (art.

5, inc. d), "ejercer el derecho a negociar colectivamente, el de participar, el de huelga y el de adoptar demás medidas legítimas de acción sindical", al definir los derechos exclusivos de la asociación sindical con personería gremial (art. 31, inc. c), menciona como tales: "intervenir en negociaciones colectivas [45] y vigilar el cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social", e inc. a) "...defender y representar ante el Estado y los empleadores los intereses individuales y colectivos de los trabajadores". Surge una evidente contradicción entre dichos textos. En la práctica, la representación de los trabajadores es ejercida exclusivamente por las asociaciones con personería gremial. La norma mantiene el sistema de simple inscripción; la decisión negativa por parte del organismo administrativo que tiene a su cargo el registro de ellas, así como el que se expresa ante el pedido de las asociaciones que pretenden obtener el reconocimiento de la personería gremial, está sujeta a un recurso ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (art. 62, inc. c) y d). A diferencia de las normas anteriores, la autoridad administrativa laboral no puede disponer la cancelación de la personería gremial o la inscripción, sino que debe solicitarlo por vía de demanda ante la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo. El nuevo régimen establece que la autoridad administrativa puede resolver las cuestiones de encuadramiento sindical en forma subsidiaria, en tanto las organizaciones de grado superior a las que se hallan en conflicto y a las cuales están adheridas, no lo hubieran resuelto en el plazo de 60 días hábiles. La decisión que sobre la materia recaiga, tanto en sede asociacional como administrativa, está sujeta a un recurso de revisión ante la referida Cámara Nacional de Trabajo (arts. 59 y 61).

En materia de juzgamiento de prácticas contrarias a la ética de las relaciones profesionales (desleales) se mantuvo

[45] A ello se agrega que el art. 1º de la ley 14.250 (tanto en su versión original, como en el t.o. 1988), establece que la representación del sector de los trabajadores le corresponde a "una asociación profesional de trabajadores con personalidad gremial".

el criterio adoptado por la ley 20.615, en el sentido de que el mismo les corresponde a las autoridades judiciales competentes según el lugar en que el ilícito se hubiera producido. Dichas prácticas son sancionadas sólo respecto de aquellas en que incurren los empleadores (no los sindicatos o trabajadores, como lo establecía la ley 20.615).

Frente a todo hecho que obstaculiza o impide el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical que garantiza la norma, el afectado puede interponer un recurso de amparo ante el tribunal judicial competente, de conformidad con lo que determinen las normas procesales respecto del procedimiento sumarísimo o equivalente. De esa manera, se tiende a fijar un procedimiento rápido para lograr "el cese inmediato del comportamiento antisindical" (art. 47).

Respecto de los trabajadores que gozan de estabilidad gremial, o sea los que ejercen cargos: a) electivos o representativos en asociaciones sindicales con personería gremial; b) en organismos que requieran representación gremial o en cargos políticos de los poderes públicos; c) de representación sindical en la empresa (art. 48), así como los que hubieren sido postulados para el ejercicio de un cargo de representación sindical, gozan de una protección especial (art. 50). El empleador que desea despedirlos, suspenderlos o modificar sus condiciones de trabajo, previamente debe solicitar al juzgado competente que se los excluya del ejercicio de la garantía sindical. Cualquier medida adoptada en tal sentido durante el plazo de ejercicio del mandato sindical y un año a partir de la cesación del mismo y, en el caso de los candidatos a elecciones que no hubiesen sido designados, dentro de los seis meses posteriores al acto electoral, sin haber obtenido que el juez formule la correspondiente declaración, es nula (arts. 48, 50, 52).

La ley 23.126 (año 1984) en forma diferida abrogó las leyes 21.418 y 21.476 del año 1976 que habían dispuesto modificaciones en los convenios colectivos a ese momento vigentes. La misma norma dispuso que los acuerdos que ha-

bían sido reformados, volverían a recuperar su vigencia real a los 365 días de su sanción (lo que se produjo en noviembre de 1984). En cuanto a las empresas del Estado, las respectivas administraciones en caso de considerar que las cláusulas que volvían a tener vigencia no eran de cumplimiento posible, podían denunciar las mismas, lo que significaba la obligación de una renegociación ante la autoridad sindical. En caso de no ponerse las partes de acuerdo al respecto, la cuestión debía ser laudada por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

De acuerdo con el fallo dictado por la C.S.J.N. en el caso "Nordensthol c/Subterráneos de Buenos Aires" [46], dicho Tribunal estimó que las reformas introducidas por la ley 21.476 a los convenios vigentes, excedieron el ejercicio del poder de policía, en cuanto modificaron en forma definitiva una garantía consagrada por la Constitución Nacional. Sostuvo la mayoría del Tribunal que sólo procede disponer la suspensión transitoria de derechos receptados en esa norma fundamental (en el caso, el de los gremios de "concertar convenios colectivos de trabajo", art. 14 bis), por lo que en la situación planteada no se dio la relación de medio a fin. Por su parte, la minoría sostuvo que en ningún caso una norma legal, aunque se invoque el ejercicio del poder de policía, puede modificar lo que surge de un convenio colectivo de trabajo. De acuerdo con dicho fallo, de hecho, a partir de noviembre de 1985 cuando cesó la vigencia de la ley 23.106, se aplicaron las disposiciones de los convenios colectivos celebrados en 1975. No obstante la tentativa realizada por el señor Procurador General de la Nación, el Tribunal insistió en la referida doctrina [47]. Dicho criterio fue modificado por la C.S.J.N. con otra integración, en el caso "Soengas" [48]. Allí, por mayoría, sostuvo que la ley puede mo-

46 Fallo de fecha 2/4/85, publicado en "D.T.", 1985-B-951 ("Fallos", 307-326).

47 Causa "Almirón Bismarck c/Cooperativa Eléctrica de Pergamino" del 14/12/87, Registro C.S.J.N., A, 200, LXX.

48 Causa "Soengas, Héctor R., y otros c/Empresa Ferrocarriles Argentinos", fallo del 7/8/1990, publicado en "D.T.", L-B-2305.

dificar las cláusulas de un convenio colectivo en una situación de emergencia, circunstancia que se dio en el año 1976 al sancionarse la ley 21.476. No obstante, al hacer referencia al caso "Nordensthol", estimó procedente la doctrina allí fijada que se vinculaba a una situación referida a la "suspensión de la mayor protección que la otorgada por la ley común contra el despido arbitrario", netamente diferenciada del caso que motivó la causa "Soengas": "sistemas de aumentos generales automáticos y futuros de las remuneraciones, que significaron su indexación constante y relacionada con variables distintas de las del propio cargo o sector, supuestos no regulados específicamente por la L.C.T.", situación salarial que según la ley 21.307 sólo podía ser dispuesta por resolución del P.E.N. (considerandos 5º y 6º).

Entendemos que tanto en un caso como en el otro, la reforma cuestionada dispuso una modificación definitiva de la norma convencional colectiva, lo que según la mayoría en el caso "Nordensthol", excede al ámbito del ejercicio del poder de policía (limitado a establecer una suspensión transitoria).

En materia de empresas del Estado, el P.E.N. estableció algunos criterios (decretos 2224/85 y 1420/87) a las que las mismas debían sujetarse en la celebración de convenios colectivos. En general, se trata de admitir la incorporación de cláusulas de flexibilización en los mismos, criterio que fue criticado duramente por las asociaciones profesionales de trabajadores.

Por ley 23.128 se dispuso la cesación de la intervención a la C.G.E. (organismo empresarial).

Por decreto 1250/85 se determinó que, por el plazo de 120 días a partir del 12/7/1985, antes de disponer los empleadores suspensiones o reducciones de la jornada laboral, despidos por causas económicas o por falta o disminución de trabajo, a la totalidad o parte del personal, debían comunicar esa decisión al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social con una anticipación no menor de 5 días al momento de hacerlas efectivas. La misma debía ser acompañada de los antecedentes que justifican la adopción de la medida.

acreditando la existencia y cumplimiento de los extremos exigidos por la ley y el número, antigüedad y categoría de los trabajadores involucrados. A nuestro juicio, la referida comunicación tendía a proveer una información (cuya falta podía ser motivo de una sanción de carácter administrativo laboral), pero no sujetaba la validez de la decisión a dicha información [49].

En el ámbito de la negociación colectiva, por ley 23.545 (promulgada el 11 de enero de 1988 y reglamentada por decreto 199/88, modificado por el 1334/91) se introdujeron algunas reformas al régimen de la ley 14.250. A través de aquélla se extendió la aplicación de dicho régimen de negociación al personal de las empresas 1) del Estado y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria; 2) entidades estatales o mixtas comprendidas en la ley de entidades financieras; 3) administración pública nacional. Las indicadas en 1) ya estaban comprendidas en el régimen de la L.C.T. En cuanto se refiere a las indicadas en 2), en razón de su carácter estatal, el anterior régimen legal aplicable exigía que para negociar un convenio colectivo de trabajo se requería una previa autorización administrativa. La modificación más importante es la que corresponde a 3); las relaciones de ese personal con su empleador, se rigen por el derecho administrativo laboral y, cuando a su respecto se ha concertado un convenio de trabajo, les es aplicable la L.C.T. en tanto ésta resulte más favorable para el trabajador (art. 2, L.C.T.). La nueva norma sólo obliga al Estado con referencia a este último sector, a negociar en el futuro acuerdos de esa índole cuando con anterioridad se había concertado uno, de lo contrario, la exigencia queda postergada "hasta tanto se sancione a su respecto un régimen específico".

También se aprobó, junto con la anterior, la ley 23.544

49 Cfr. CARLOS A. ALDAO ZAPIOLA, *La nueva reglamentación de la L.C.T. y la limitación de la prestación laboral por razones económicas*, "T.S.S.", 1985-765; A. VÁZQUEZ VIALARD, *¿Un nuevo recaudo para acreditar la falta de disminución de trabajo no imputable al empleador (arts. 219 y 247 "L.C.T.")?* "La Ley, 1988-A-921

que ratificó el Convenio 154 de la O.I.T. sobre "fomento de la negociación colectiva" que establece la aplicación del mismo al personal de la administración pública. La referida ratificación deja a salvo que "no será aplicable a los integrantes" de "las Fuerzas Armadas y de Seguridad". Además, establece que en el ámbito de la administración pública, "se hará efectivo en oportunidad de entrar en vigencia la nueva legislación que regulará el desempeño de la función pública, en la cual se fijarán las modalidades particulares para la aplicación" del convenio. Hasta la fecha (octubre de 1991), no se ha aprobado ningún régimen especial de negociación colectiva para el personal de la administración pública.

Respecto de las negociaciones de los entes indicados en 1) y 2), por decreto 183 del 10 de febrero de 1988, se han establecido una serie de requisitos a los que debe someterse la dirección de la entidad estatal, entre ellos, compartir la representación en la mesa de negociación con la Comisión Técnico Asesora de Política Salarial del Sector Público. En ese decreto, se fijaron una serie de limitaciones a que debe atenerse el convenio, entre otras: la prohibición de que se establezcan cláusulas de enganche; que las modificaciones de trabajo afecten un mejor uso de los recursos disponibles; que "se garantice la continuidad de los servicios públicos en caso de medidas de acción directa en salvaguarda de los usuarios y el patrimonio nacional"; que se aliente la "adopción de acuerdos que faciliten la incorporación de tecnología" previendo la capacitación del personal. El citado decreto fue seriamente cuestionado por la C.G.T., la que luego firmó un acto-acuerdo con el Ministro de Trabajo y Seguridad Social (que no suscribió el mencionado decreto, ya que se refiere a un área distinta a su competencia), por el que se convino que no habrá condicionamientos para negociaciones colectivas en el sector estatal. Cabe recordar que de acuerdo con lo establecido en la ley 14.250 (art. 4, t. o. decreto 108/88), la homologación administrativa está condicionada a que el convenio colectivo de trabajo no contenga

cláusulas violatorias "de normas dictadas en protección de intereses del área" y no "afecte significativamente la situación económica general o de determinados sectores de la actividad o bien produzca un deterioro grave de las condiciones de vida de los consumidores".

Una de las modificaciones relevantes introducidas por la ley 23.545, se refiere a la supervivencia de las llamadas cláusulas obligacionales (que según la doctrina prevalente, no se extendían más allá de la fecha de vigencia del convenio), en cuanto establezcan "contribuciones y demás obligaciones asumidas por los empleadores". Por lo tanto, las mismás rigen hasta la celebración de un nuevo convenio "en tanto no se haya acordado lo contrario" (art. 5, ley 14.250 t. o., decreto 108/88).

En lo que respecta a la integración del sector empleador que interviene en la paritaria de discusión del convenio, se establecen pautas referidas a su designación por el órgano administrativo laboral, en base a la mayor representatividad de los diversos grupos (art. 2, ley 14.250 y decreto reglamentario 199/88).

Con las citadas normas, también se dictó la 23.546 que regula el procedimiento para la negociación de la convención colectiva (con anterioridad estaba contenido en disposiciones de carácter reglamentario). Determina la obligación de la parte que desea concertar el convenio, de hacer saber la representación que inviste, el alcance personal y geográfico que pretende atribuirle al negocio colectivo y las materias a negociar (art. 2) que pueden ser, entre otras: cláusulas relativas a empleo, ajustes salariales, capacitación, organización del trabajo y nuevas tecnologías; régimen de información y consulta a la representación sindical; salud y medio ambiente laboral, productividad y mecanismo de prevención o solución de conflictos colectivos" (art. 2, decreto 200/88).

El ámbito del acuerdo puede corresponder: a) una o varias ramas de actividad o sectores de la producción; b) un sector de oficio o profesión; c) una o varias empresas, inclu-

so del Estado en sus diversas variantes organizacionales (art. 1, decreto 200/88) y d) obviamente, al sector de la administración pública nacional según se desprende del art. 1 de la ley 14.250 modificada por la 23.545.

Se establece una obligación de las partes de negociar de buena fe y de notificar a la otra su deseo de concertar un convenio, de designar su representación en la comisión negociadora; el acuerdo deberá obtenerse "por consentimiento de los sectores representados" art. 5 de la ley, y las discrepancias en el seno de una de ellas serán resueltas de conformidad con el porcentaje con que cada miembro de la comisión concurre para la formación de la voluntad del grupo.

Se establecen dos mecanismos de concertación, uno con la intervención del Ministerio, en cuyo caso, cuando ha actuado en él el Ministro, Secretario, Subsecretario de Trabajo o Director Nacional de Relaciones Laborales, quedará homologado automáticamente. La que se realiza directamente entre las partes, para obtener dicha homologación deberá ser presentada ante la autoridad administrativa laboral que, al efecto, podrá requerir informes, aclaraciones; la misma tiene un plazo de 45 días hábiles para expedirse; en caso de no hacerlo, se considerará automáticamente aprobado el acuerdo presentado (art. 6 de la ley).

No se prevén recursos judiciales contra las decisiones del Ministerio. Por lo tanto, sin perjuicio de los que correspondan de acuerdo con la ley de procedimientos administrativos cuando ello fuera pertinente, entendemos que sólo pueden ser motivo de cuestionamiento en sede judicial a través de un juicio contencioso, las decisiones que de suyo son irrazonables o en las que se hubiera incurrido en un grave error. En ese caso, tratándose de una facultad de la Administración, sólo cabe declarar su nulidad y no su modificación (se trata de una cuestión de orden prudencial ajena a la competencia de los jueces).

Con motivo de la sanción de la ley 23.546 (art. 9) se derogó la ley 21.307 que desde 1976 establecía que los salarios serían fijados por el P.E.N. Ello hizo que fuera necesa-

rio que se negociaran nuevos convenios, de tal manera que a partir de enero de 1988 se dio una nueva etapa en la concertación de los mismos. A fin de dar solución a la fijación del salario mínimo vital a que hace referencia el art. 116 de la L.C.T., de hecho se revivió la parte pertinente de la ley 16.459 sancionada en junio de 1964 (ver E) que determina que el mismo será fijado por el Consejo Nacional del Salario Vital Mínimo y Móvil, cuya función esencial es fijarlo periódicamente (art. 5). Dicho órgano que había sido intervenido por dec. 2215/66, fue integrado nuevamente por nº 174/88 con la representación estatal, del sector trabajador y los empleadores (4 por cada grupo).

I) 1989-.... Consideramos que el cambio de las autoridades políticas operado en julio de ese año, abre una nueva etapa en la evolución del derecho del trabajo en la Argentina. El P.E.N. fijó algunas pautas para encarar la gravísima situación de emergencia que aún aflige al país, lo que por lógica, tiene una honda repercusión sobre el derecho de fondo y el sistema de relaciones laborales (S.R.L.), tanto en el sector privado como público.

Una de las primeras medidas adoptadas en ese sentido, correspondió al envío de dos proyectos referidos a la sanción de un régimen de reformas al Estado y de emergencia económica que fueron aprobados por el Congreso (leyes 23.696 y 23.697). La segunda contiene disposiciones expresas a fin de que el P.E.N. dispusiera medidas en el sector público que aseguren la eficiencia y la productividad, para lo que le encomendó que se establecieran instancias de negociación colectiva para lograr esa finalidad (arts. 43 y 44). En virtud de ello, se concertaron en ese sector convenios colectivos (petroleros, telefónicos) que marcaron modificaciones apreciables respecto de la situación hasta ese momento vigente, lo que denota un cierto cambio de mentalidad (inducido, sin duda) en algunos interlocutores sociales.

A principios de 1990 el P.E.N. remitió al Congreso un proyecto de ley que admite nuevas formas jurídicas labo-

rales, sujetas a una regulación (por tiempo determinado) distinta a la típica que establece la L.C.T. De acuerdo con la experienca extranjera, aquéllas corresponden a lo que se ha dado en llamar "contratos atípicos". El nuevo régimen que sólo será aplicable respecto de nuevas actividades, del trabajo de jóvenes, del personal desplazado de la administración pública, así como del contrato que supera el promedio de la plantilla, se halla aún en discusión en el Congreso [50]. El proyecto originario ha sido motivo de vastas reformas como consecuencia de negociaciones entre el P.E.N. y la propia representación política oficialista, así como la opositora.

En razón de la firma del Tratado de Asunción [51] que fija las bases del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), así como de la profundización de los acuerdos de integración económica con los otros países limítrofes, se abren nuevas perspectivas que tienen una amplia incidencia en el ámbito de las relaciones laborales. La apertura de los mercados lleva, de acuerdo con la experiencia recogida en la materia, entre otras, a una necesaria armonización de las respectivas legislaciones de trabajo, y a establecer un régimen de libre circulación de trabajadores (o sea de "actividad laboral"), así como empresarial, profesional [52], que constituyen capítulos de un nuevo derecho social comunitario que, como base, requiere una carta de derechos fundamentales de esa índole que prevea la constitución de un Fondo Social a fin de financiar las necesarias transformaciones exigidas por un cambio de las circunstancias.

En esa materia se abre un nuevo panorama que constituye un desafío para los iuslaboralistas, el primero de los cuales consiste en que los instrumentos de los acuerdos prevean los aspectos sociales involucrados en el cambio [53].

50 A la fecha de cierre de este análisis, septiembre de 1991, se halla en revisión en el Senado.

51 Celebrado en marzo de 1991.

52 A esa lista, corresponde agregar la de bienes.

53 Las propuestas fijadas se refieren a aspectos económicos, no a los sociales que se plantean con motivo de la integración.

En el orden de las relaciones individuales se han sancionado algunas normas que amplían los derechos de los trabajadores [54]. En este terreno, se destaca una cierta tendencia (aún muy resistida en ciertos sectores de trabajadores y de especialistas en derecho del trabajo) a admitir una cierta flexibilización respecto de criterios que hasta ahora han mantenido una destacada prevalencia. En el de las de carácter colectivo, el P.E.N. remitió al Congreso un proyecto de ley para regular el ejercicio del derecho de huelga cuando el mismo afecta la prestación de servicios esenciales. Ante la demora de su tratameinto[55], el P.E.N. dictó un decreto que, por vía reglamentaria, determina procedimientos a fin de garantizar dichas prestaciones.

54 Tales las leyes 23.691 que concede "licencia paga para concurrir a realizar trámites que deben realizar ante jueces u organismos administrativos nacionales, provinciales o municipales, dentro del horario de labor; 23.759 que a cuenta de la licencia anual, faculta a los nacionales de países limítrofes a ausentarse, hasta un máximo de cuatro días, a fin de concurrir a su país a votar.

55 Sólo aprobada por el Senado.

EL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN EN LA ARGENTINA, DE 1940 A 1990

Disertación pronunciada por el académico Dr. José Domingo Ray, en la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

Nos congratulamos de asociarnos a la celebración del 50 aniversario de la fundación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y respondiendo a su convocatoria para referirnos a grandes rasgos a la evolución de nuestro Derecho de la Navegación dentro del límite de tiempo asignado, hemos pensado que la mejor manera de hacerlo es dividir en tres períodos el medio siglo que corre desde 1940 hasta la fecha.

El primer período de veinte años se extendería desde 1940 hasta fines de 1960, cuando el Congreso de la Nación adhirió a cinco Convenciones de Bruselas, remozando parcialmente el derecho marítimo, y cuando el Poder Ejecutivo decidió proyectar la reforma del Libro III de nuestro viejo Código de Comercio.

El segundo período iría desde ese año 1960 hasta 1973, cuando se sancionó la Ley General de la Navegación, y el tercero, desde entonces al día de hoy.

Desde luego, esta división es al solo efecto de nuestra exposición, pero nos permite señalar los hitos más importantes en la evolución de este sector del derecho y las características fundamentales que se pueden poner de manifiesto con respecto a los últimos cincuenta años.

I

CONGRESOS DE 1940

Ante todo, debemos señalar que en el primer año de este medio siglo, es decir, en 1940, se celebraron dos Congresos de importancia respecto de nuestra materia.

A) El primero fue el Congreso de Derecho Internacional Privado de Montevideo que, en marzo de 1940, aprobó el Tratado de la Navegación Comercial y que fue firmado por la Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. La República Argentina lo ratificó más de quince años después, mediante decreto-ley 7771 del año 1956, durante el Gobierno de la Revolución Libertadora.

El Tratado de Montevideo consagra las soluciones más avanzadas en la época y el informe presentado por el profesor titular de la materia en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Dr. Dimas González Gowland, es un excelente trabajo en el que se puso de manifiesto la versación de su autor, tanto en lo referente a la doctrina como a la legislación comparada.

Presidió la delegación argentina el Procurador General de la Nación, Dr. Juan Álvarez, y el Dr. González Gowland fue el vicepresidente de la misma, integrada entre otros, por quienes fueron miembros de nuestra Corporación, los Dres. Isidoro Ruiz Moreno (h.) y Margarita Argúas [1].

Cabe señalar que el Tratado adopta la nueva denominación de la materia al cambiar la de "Derecho Marítimo" por la de "Derecho de la Navegación" con la finalidad de incluir la regulación de la fluvial.

En nuestra Facultad, el 3er. Curso de Derecho Comer-

1 Durante el Congreso de Derecho Internacional Privado (CIDIP) de Montevideo, en 1979, solicitamos un homenaje a los participantes en ese Congreso de 1940 por la obra realizada, que conservaba su validez a pesar del tiempo transcurrido hasta ese entonces.

cial, desde 1917, se dedicaba al "Derecho Marítimo", por iniciativa de Leopoldo Melo [2] y, en 1940, Dimas González Gowland fue quien propuso esa nueva denominación: "Derecho de la Navegación".

B) El otro Congreso celebrado ese mismo año en el viejo edificio de la calle Las Heras fue el primero sobre derecho mercantil y lo convocó el Instituto de Derecho Comercial y Marítimo de la Facultad de Derecho de Buenos Aires [3].

El despacho de la comisión sobre derecho marítimo fue informado por el presidente del Congreso y de la Comisión respectiva, profesor honorario Leopoldo Melo, propiciando la separación del Libro III del Código de Comercio "para formar un cuerpo autónomo de leyes que comprendiera el conjunto de normas destinadas a reglar la navegación, los buques, su utilización comercial y todas las relaciones jurídicas originadas por esa utilización y la navegación".

El segundo punto del despacho señalaba que debían incorporarse a esas leyes los principios aceptados en las convenciones internacionales, en cuanto no fueran incompatibles con nuestros intereses nacionales [4].

Melo, en su carácter de relator, decía que existía casi unanimidad en ese despacho por las características del derecho que rige a la navegación, que llevaron ya al emperador Antonino a exclamar que si bien era el señor del mundo, el mar tenía su ley propia.

2 En el pasado el Derecho Comercial se enseñaba juntamente con el Derecho Penal y fue Manuel Obarrio quien tuvo a su cargo las clases de Derecho Marítimo dentro del curso de Derecho Comercial. (Ver nuestro homenaje al Dr. Manuel Obarrio en el Sesquicentenario de su nacimiento, Conferencia en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 10-12-86, en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.)

3 La comisión del Instituto la integraban como presidente el Dr. Leopoldo Melo, como secretarios los Dres. Marcos Satanowsky y González Gowland y los Dres. Rodolfo J. Clusellas y Atilio Dell'Oro Maini, como tesorero y Director de Publicaciones, respectivamente.

4 Ver *Actas del Congreso*, en los 2 tomos, publicación del Instituto.

Ilustraba su informe con referencia a nuestras normas constitucionales, a la legislación y jurisprudencia comparada, en especial a la de EE.UU., así como también a la obra del Comité Marítimo Internacional, para concluir que todos esos antecedentes y referencias imponían la conveniencia de legislar el derecho marítimo en forma autónoma [5].

[5] Actas del Primer Congreso Nacional de Derecho Comercial celebrado en Buenos Aires del 1 al 7 de abril de 1940, t. I.

Teniendo en cuenta lo ilustrativo de su informe y la reducida obra escrita sobre la materia que ha quedado del ex Presidente de nuestra Corporación, transcribimos parte de su relato:

"Como habrán notado los señores congresales existe casi unanimidad en las ponencias con relación al pensamiento de separar del Código de Comercio la materia comprendida en el Libro tercero bajo el rubro *De los derechos y obligaciones que resultan de la navegación*. Esa unanimidad es el reflejo del estado de opinión sobre el tema determinado por las características del derecho que rige la navegación que llevaron ya al Emperador Antonino a exclamar que si bien era el Señor del Mundo, el mar tenía su ley propia. Son conocidas de los señores congresales las razones tradicionales enunciadas en el tratado de derecho marítimo para propiciar el particularismo y llegar a la conclusión de que debe constituir un cuerpo autónomo de leyes. También es sabido seguramente de los señores congresales, la referencia de algunos tratadistas para explicar cómo la ordenanza relativa al comercio marítimo de 1681 se incorporó al Código de Comercio francés. Esa incorporación tuvo como antecedente el hecho de que un editor incluyó en un volumen las dos ordenanzas, la de 1673 y la de 1681, y le puso como rubro, Código de los Comerciantes. La comisión que preparó el Código de Comercio francés de 1807 a base de ese hecho incluyó, como Libro II, la legislación del comercio marítimo y los Códigos que se inspiraron en el francés, formando el grupo latino, como el español de 1829, el portugués de 1833, el holandés de 1838, el italiano de 1865, la ley belga de 1879 siguieron el ejemplo. En Italia la rectificación se ha producido y el nuevo proyecto de Código de 1931 comprende todo lo relativo a la navegación y al comercio marítimo en un cuerpo especial de leyes. Ese cuerpo especial de leyes se ha mantenido desde el siglo XVI en Noruega —Código de Federico II—, Suecia, Dinamarca y Finlandia y no solamente se ha mantenido sino que para la reforma se ha aplicado el novedoso procedimiento de la colaboración internacional para preparar las leyes. En esta forma se llegó a la ley marítima que se aprobó en Suecia y Noruega en 1893 y en Dinamarca en 1892 y es en la misma forma que se está buscando la revisión de estas leyes y se ha llegado a enmiendas sobre el contrato de ajuste.

La ley marítima de China de 1929, y el Código de Turquía de 1929, forman igualmente un cuerpo autónomo de leyes y ese carácter reviste la legislación de los soviets sobre averías.

En Inglaterra el derecho marítimo ha sido objeto de estatutos autónomos, cuya consolidación se inició en 1854 y se viene prosiguiendo hasta el presente, destacándose entre esas, las leyes sobre seguros y transporte de mercaderías por mar.

En el proyecto italiano de 1931 se ha incorporado parte de derecho privado, parte de derecho público y parte de derecho administrativo. En Estados Unidos ocurre lo mismo que sucede en Inglaterra, o sea, el cuerpo de estatutos es autónomo.

La cláusula de la Constitución americana es sabido que no es idéntica a la de la Constitución argentina con relación al poder del Congreso para legislar. El inciso 11 de nuestro artículo 67 faculta al Congreso para dictar Códigos y el inciso 12 agrega, regular el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y entre las provincias.

En los Estados Unidos únicamente existe una cláusula en el artículo primero, sección ocho que establece como facultad del Congreso la de regular el comercio con las naciones extranjeras, entre los estados y con las tribus indias. A base de esa cláusula se han hecho las construcciones e interpretaciones que datan desde los comienzos del siglo pasado. Uno de los primeros fallos que figura en la colección de sentencias de la Corte de los Estados Unidos fue el recaído en el caso "Gibbons versus Ogden". En ese caso el gran juez de los Estados Unidos, Marshall, aquél a quien se ha denominado el segundo padre de la Constitución, el que con una voluntad firme y una inspiración patriótica salvó a la Unión en días en que era amenazada de disolución, el mismo con respecto del cual un presidente autoritario, el General Jackson, en 1832, llegó a decir: "Si Marshall ha resuelto eso, que él lo haga cumplir"; ese gran juez Marshall decía en ese caso "Gibbons c./ Ogden": "La palabra comercio comprende y ha sido tenida siempre como que comprendía la navegación, y el poder de regular la navegación está expresamente concedido como incorporado a la palabra comercio". Dijo el mismo juez en otro fallo para condenar y detener actos de los estados refiriéndose a facultades otorgadas por la Constitución al Congreso que cuando la Constitución federal ha dado al Congreso una facultad, ningún Estado podía ejercer en medida alguna esa facultad, porque el poder de crear comprende el poder de preservar y el poder de preservar excluye el de destruir.

Es de acuerdo con estas interpretaciones sobre la extensión de la facultad de reglar el comercio que se han sancionado en Estados Unidos los estatutos sobre la materia.

En nuestro país la facultad del Congreso para dictar un Código sobre la navegación es evidente, dado el texto del artículo 67, incisos 11 y 12. Este último habla de regular el comercio marítimo y terrestre, de modo que el aspecto constitucional no puede ser discutido.

En los Estados Unidos, uno de los más amplios debates sobre la extensión de las facultades del Congreso para reglar el comercio se produjo con motivo del proyecto del Senador Pomerene sobre conocimientos, convertido en ley federal de agosto de 1916.

En los mismos países latinos, la tendencia a sacar del Código de Comercio el derecho que rige la navegación se está acentuando. He recordado el criterio adoptado por Italia en el proyecto de 1931, y agregaré que Francia colocándose en la misma corriente en 1926 dictó un Código de Trabajo marítimo; lo mismo lo ha hecho Bélgica; y Holanda, si bien se mantuvo en conceptos tradicionales en las reformas de 1924 y 1926, en 1930 ha reglamentado especialmente el contrato de trabajo y la labor de la gente de mar.

En el orden internacional se está igualmente separando para formar un cuerpo especial de normas, lo que se refiere al derecho que rige la navegación y el trabajo a bordo.

Podría, desde luego, traer recuerdos sobre la ordenación de la labor en el Congreso de Amberes, pero prefiero referirme a hechos más recientes e inmediatos.

En aplicación de la parte 13 del Tratado de Versalles, se creó un organismo permanente para el estudio y reglamentación internacional del trabajo. En 1919 se reunió en Washington la primera conferencia en la que se trataron problemas referentes al trabajo en tierra, apartando como distintos los problemas del

trabajo en el mar, y dejándolos para otra conferencia que fue realizada en Génova en 1920. Desde entonces se viene practicando este procedimiento de realizar conferencias especiales para problemas del derecho de la navegación, habiéndose celebrado la 4ª y 5ª en Ginebra en 1936 correspondiente a las 21 y 22 dentro del número total.

De esas conferencias quiero recordar especialmente la 8ª y 9ª de Ginebra de 1926, segunda ésta de Derecho Marítimo, en la que se discutió el contrato tipo de ajuste y en la cual entre la representación argentina se contaba uno de los señores congresales que veo en esta sala, el doctor Dell'Oro Maini, quien tuvo en ella una brillante actuación.

Debo señalar otra acción internacional más prolongada y fecunda que la de la Sociedad de Naciones, en la tarea de separar y hacer un cuerpo autónomo del Derecho que rige la navegación y llevarlo a convenciones internacionales. Me refiero a la obra de la International Law Association y especialmente del Comité Marítimo Internacional, cuyos métodos hemos aplicado en la preparación de este Congreso para evitar debates sobre temas improvisados.

Al Comité Marítimo Internacional se debe la preparación y redacción de las convenciones sobre choques y asistencia del año 1910; la de limitación de la responsabilidad de propietarios de buques de 1924; la reglamentación de las pólizas de carga de 1924; la referente a privilegios e hipotecas y sobre inmunidad de navíos del Estado.

La comisión ha pensado si debía o no incluirse en este cuerpo especial de normas las relativas a la aeronavegación. Es sabido que desde el año 1919, en que se celebró la Convención de París sobre aeronavegación, se ha producido un intenso movimiento que ha motivado la transformación y difusión del servicio de transportes aéreos, el que ha adquirido un desarrollo e importancia considerables, como medio no solamente de las comunicaciones postales sino también como instrumento de transporte de pasajeros, encomiendas y valores. Como un hecho demostrativo de las aplicaciones recordaré algo que presencié hace pocos años en Lima. En momentos en que estaba por sacar un billete para un avión que hacía el viaje desde Lima hasta Arequipa, en ruta Cuzco, presencié que un hacendado gestionaba billetes de transporte del interior del Perú y solicitaba se arreglara el piso del aeroplano para el transporte de cuatro toritos que llevaba al interior del país para mestizar hacienda, eligiendo el avión en razón de que no podía llevarlos por ferrocarril o por caminos, porque no los había.

Ante la inexistencia de ponencias, la comisión no ha querido incorporar un pronunciamiento sobre la aeronavegación en el despacho, pero señala el tema y deja abierto el debate para estudios o sugestiones que puedan producirse.

Para terminar voy a referirme a la última parte del despacho que establece que deben incorporarse al Código de la Navegación los principios aceptados en las convenciones internacionales. Lo que se refiere a intereses nacionales ya se ha discutido largamente con motivo de cláusulas de irresponsabilidad y atributivas de jurisdicción y reglas sobre conocimientos.

Existe en las naciones de Europa un injustificado sentimiento de desconfianza y de recelo que impulsa a llevar a sus tribunales, juicios que caen bajo la jurisdicción y soberanía argentina, de acuerdo con las mismas doctrinas que de allá se sustentan para defender la competencia de tribunales nacionales.

He tenido oportunidad de señalar y combatir esa tendencia en el año 1922 en los debates de la reunión de Buenos Aires de la International Law Association y últimamente en 1937 al presentar un informe en nombre de la rama argentina del Comité Marítimo Internacional para la reunión de París, oponiéndome a textos de un proyecto de Convención sobre competencia en materia de abordajes que afectaba la jurisdicción de los tribunales argentinos, al entregar

Paradójicamente, la única persona que manifestó su disidencia fue el Dr. Atilio Malvagni en cuanto entendía que era un error el contenido que se quería dar al derecho marítimo, al incluir no sólo el derecho comercial de la navegación sino los otros sectores del derecho como el internacional y el derecho administrativo, inestable por su misma naturaleza y, más aún, si se incluía lo referente a la Marina Mercante.

Dije paradójicamente porque Atilio Malvagni, veinte años después, fue designado por el Poder Ejecutivo para proyectar la Ley General de la Navegación, conteniendo las normas de Derecho Internacional y Administrativas que él consideraba que no debían incluirse en la ley respectiva.

Tanto en la relación de Melo como en la discusión en la Comisión se debatió si cabía incluir las normas referentes a la aeronavegación, pero se mantuvo en forma exclusiva la referencia a las normas reguladoras de la navegación por agua [6].

---

casos de choques producidos en aguas argentinas y por infracción a sus normas de policía sobre rutas, a tribunales extranjeros que los dejarían sin sanción. Al incorporar convenciones internacionales a la legislación interna, debemos defendernos de esa posible extensión de poderes extraños en nuestra soberanía.

Anticipándome a un argumento que puede originarse en un miraje superficial, expresaré que no existe contradicción entre el voto del Congreso sobre la unificación del Derecho relativo a obligaciones y contratos y el que pronuncié sobre la desmembración del Derecho Marítimo como cuerpo de leyes autónomo, por las características de éste, que le señalan un campo propio al igual del Derecho Penal o del Derecho de Minas.

Terminaré expresando que la unanimidad que casi existe en las conclusiones sustentadas en la ponencia, el hondo estudio del tema que ellas revelan, la concordancia con la doctrina profesada por prestigiosos juristas e incorporadas en leyes, proyectos de códigos y convenciones internacionales, constituyen auspicioso augurio de que la legislación del futuro contemplará el problema de la navegación y del comercio que por ella se realiza, dentro de la realidad actual de los intereses internacionales, recogiendo aquellos principios aceptados en las convenciones internacionales inherentes a la situación económica de interdependencia en que viven las naciones, y en cuanto sean compatibles con el régimen institucional argentino.

6 La ponencia de Atilio Malvagni figura en el tomo I de las *Actas del Congreso* (pág. 486) y en el tomo II (pág. 364) se transcribe la defensa y precisión de la misma.

Fue el Dr. Ricardo Aldao, representante del Centro de Navegación Transatlántica, quien propuso la inclusión de las normas referentes al Derecho Aeronáutico.

II

EL PRIMER PERÍODO

Durante el primer período que va de 1940 a 1960, con excepción de la adhesión a las Convenciones de Bruselas de 1910 sobre abordajes y asistencia y salvamento, la regulación del derecho de la navegación dependía de las normas del Código de Comercio redactado en 1857 por los eximios juristas del Río de la Plata, Acevedo y Vélez Sarsfield. A pesar del adelanto para la época y de que las normas referentes a la navegación, sin distinción de las aguas en que se realizara, se regulaban en un cuerpo autónomo dentro del Código, en el Libro III, eran normas vetustas porque el Código se redactó precisamente en la época en que se producía la gran revolución en la navegación, como consecuencia de la aparición de nuevos medios de propulsión, después de que Fulton introduce la máquina a vapor en la navegación.

La tímida reforma que se realizó en 1889 no encaró la modificación de las normas del Libro III, para prever las nuevas modalidades impuestas por los adelantos técnicos, ni contempló figuras nuevas como la del contrato de Time-Charter, el armador como figura disociada del propietario del buque y centro de la explotación navegatoria y tampoco la figura del agente marítimo que ya se encontraba prevista en las Ordenanzas de Aduana de 1876, redactadas por Cristóbal Aguirre.

En este período es interesante el análisis de la adecuación que era necesario hacer para interpretar las normas del Código en función de las nuevas modalidades de la navegación.

El 16 de noviembre de 1936, la Corte Suprema dictó un fallo mediante el cual se declararon inválidas las cláusulas atributivas de jurisdicción en los contratos de transporte marítimo que sustrajeran a nuestros tribunales entender y decidir las causas emergentes de los mismos, por considerar que

eran cláusulas impuestas arbitrariamente por el transportador y que podían considerarse contrarias al orden público [7].

Recogiendo la orientación de ese fallo nuestros tribunales extendieron sus conclusiones a todas las cláusulas que redujeran o limitaran la responsabilidad de los transportadores establecida en el Libro III del Código de Comecio. Es decir que, jurisprudencialmente, se le dio carácter de orden público a esas normas que eran simplemente supletorias. Éste fue el criterio prevaleciente en nuestra jurisprudencia durante todo este primer período e incluso en el segundo hasta la vigencia de la Ley de la Navegación.

Nosotros disentimos con esa solución sobre la base de que no todas las cláusulas de los contratos de adhesión son inválidas y que sólo debían desconocerse aquéllas que tradujeran una imposición arbitraria del transportador y que no respondieran al principio de equivalencia de las prestaciones, solución que debía fundarse en los artículos 21, 953 y concordantes del Código Civil.

Nuestra opinión disidente fue recogida en algún fallo en que se impuso la opinión del vocal preopinante, Dr. José Francisco Bidau, admitiendo que debían reconocerse como válidas las cláusulas que no fueran contrarias al orden público [8].

Así como criticamos esa generalización, en otros temas, como por ejemplo, en materia de embargo de buques y en lo referente a la personería procesal del agente marítimo, cabe destacar que nuestros tribunales dictaron fallos que dieron el perfil adecuado a las instituciones, en función de las exigencias de la realidad del tráfico marítimo, impuestas por las modalidades de la navegación a vapor [9].

[7] Cabe señalar que la tesis que se consagró en el fallo fue la del Dr. Melo defendida en la reunión de la I.L.A. (International Law Association) de Buenos Aires en 1922. (Ver J. D. RAY, *La Cláusula Atributiva de Jurisdicción*, Separata de "Lecciones y Ensayos", Nº 15, Buenos Aires 1960.)

[8] Ver J. D. RAY, *Reflexiones sobre la responsabilidad del transportador de agua*, Colección de Monografías Abeledo-Perrot; *Consideraciones sobre el contrato de transporte por agua y validez de las cláusulas del conocimiento*, Revista "La Ley", t. 81, p. 796.

[9] Ver J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, 1964, cap. V, p. 137.

Los artículos 868 y siguientes del Código de Comercio sobre embargo de buques establecían las condiciones que debían cumplirse para que la medida precautoria pudiera trabarse sobre los buques nacionales y sobre los extranjeros, y los tribunales —ateniéndose a las exigencias de la realidad y a los intereses de los eventuales acreedores— decretaban el embargo interpretando esas normas y sin requerir el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en las leyes procesales comunes. Idéntica solución se daba para hacer lugar al embargo sobre la carga, en caso de créditos por fletes, contribuciones en averías gruesas o sobreestadías que gravaban la misma [10].

Es decir que nuestra jurisprudencia, en líneas generales, dio primacía a las normas establecidas en la ley de fondo frente a las procesales, considerando que éstas eran de carácter funcional y que no debían desnaturalizar las que perfilaban los institutos del derecho de la navegación.

Los tribunales admitieron también la personería del agente marítimo para representar al propietario o armador del buque, como actor o demandado, cuando éstos no se encontraban en el país, a pesar de no tener un poder como lo exige la ley procesal.

En los casos de demandas contra el capitán, el propietario o armador del buque, y en las cuales se notificaba al agente marítimo, se consideraba que éste estaba obligado a comparecer a juicio porque era la forma de que los eventuales acreedores, residentes en la República, pudieran tramitar los juicios ante nuestros Tribunales, sin tener que recurrir a la notificación por exhorto, con todos los inconvenientes inherentes al trámite del mismo.

A esa tesis, que no tenía un fundamento legal expreso, la apoyamos sobre la base de que si el agente se subrogaba en actividades del capitán, cabía reconocerle la personería procesal que la ley tácitamente le asignaba a éste [11].

10 Ver J. D. RAY, *Embargo de Buques*, Buenos Aires 1959 y *Derecho de la Navegación*, op. cit., cap. XV, p. 379.

11 Ver J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, op. cit., Nº 66, p. 139.

III

SEGUNDO PERÍODO

El segundo período, que iría desde 1960 a 1973, lo caracterizamos por la adhesión de la República Argentina a las Convenciones de Bruselas sancionadas años atrás por obra del Comité Marítimo Internacional y referentes a la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos (1924), Inmunidad de buques de Estado, Hipotecas y Privilegios (1926) y Competencia civil y penal en materia de abordajes (1952).

Esa adhesión fue la consecuencia de la gestión realizada por la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, en las postrimerías del Gobierno de la Revolución Libertadora, y que se concretó durante el gobierno constitucional del Dr. Arturo Frondizi.

En la Cámara de Diputados fundaron la adhesión a las Convenciones de Bruselas, los diputados Camet y Casas, destacando, el primero, la necesidad de interpretar algunos de los artículos de la Convención sobre conocimientos en función de las modalidades de la descarga en los puertos argentinos [12].

No puedo dejar de señalar que hubo algunas voces disidentes respecto a la adhesión de la Convención de Bruselas de 1924, pero la experiencia demostró que ese estatuto sobre la responsabilidad del transportador por agua, vigente en la mayoría de los países de Europa y en Estados Unidos, no contrariaba los intereses argentinos, favorecía el desarrollo de nuestra Marina Mercante y no implicaba un aumento en el costo de los seguros que tradicionalmente contratan los titulares de la carga. A este tema se refirió expresamente Atilio Malvagni en un trabajo de doctrina y, en coinci-

[12] Ver J. D. RAY, *Convenciones de Bruselas*, Separata de "Lecciones y Ensayos", Nº 19 y 20, Buenos Aires, 1961, p. 15.

dencia con la adhesión a la Convención, incorporó sus soluciones al proyecto de ley general de la navegación [13].

En efecto, en el año 1959, el Poder Ejecutivo por decreto Nº 5496 le había encomendado a Malvagni redactar un proyecto de ley general de la navegación para remozar las normas del Libro III del Código de Comercio. El Dr. Malvagni contaba con la colaboración de una Comisión Asesora, Consultiva y Revisora designada por el mismo decreto del 6 de marzo de 1959.

En este segundo período Malvagni redactó el proyecto siguiendo los lineamientos del Código italiano de la navegación de 1942 y en la Exposición de Motivos destacó que se había inspirado en las normas de las convenciones internacionales, en la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre algunos puntos cruciales y en todo lo necesario para adaptar las normas desactualizadas de nuestro Código de Comercio a las modalidades impuestas por la navegación contemporánea.

No es el caso de detallar las disidencias sobre la metodología y las normas de fondo del Proyecto Malvagni, así como tampoco referir las múltiples conversaciones que mantuvimos con él respecto a cada uno de los capítulos que fueron materia de análisis por la Comisión Consultiva, Asesora y Revisora de la que formamos parte en representación del Centro de Navegación Transatlántica.

Lo importante es que los miembros de esa Comisión aprobaron el texto del proyecto y no se plantearon mayores objeciones, al punto de que cuando fuimos designados para integrar una nueva Comisión Revisora, a fines del año 1966, y al redactar la Exposición de Motivos, en 1968, de lo hecho por esta Comisión, destacamos que era importante aprobar ese trabajo con algunas pocas modificaciones que se habían introducido y que, en su mayoría, habían sido aprobadas por el mismo autor del Proyecto.

13 Ver A. MALVAGNI, *Convención de Bruselas de 1924 relativa a ciertas cláusulas de los conocimientos. Su vocación a la universalidad*, Revista "La Ley", 1965, t. 117, p. 920.

Durante este segundo período no hubo un gran cambio en la jurisprudencia, con excepción de un fallo de la Corte Suprema dictado el 30 de marzo de 1967, en el caso "Buscio Hnos. c/Buque 'Del Oro' ", mediante el cual se modificó la doctrina centenaria acerca de que era obligatorio someter a la decisión de árbitros la elucidación de la responsabilidad y la determinación de los daños y perjuicios en los casos de abordajes.

Ese fallo lleva la firma de los Dres. Roberto E. Chute, Marco A. Risolía, Luis C. Cabral y José F. Bidau, este último según su voto.

Interpretando el art. 1269 del Código de Comercio, los Tribunales habían resuelto que los jueces federales no debían pronunciarse sobre esos puntos, en razón de que consideraban que la ley disponía que debían someterse al juicio de peritos arbitradores, entendiendo por tales a árbitros amigables componedores.

Recogiendo la opinión del Dr. Rafael de la Vega, nosotros sostuvimos que la experiencia era mala y que debía modificarse esa jurisprudencia tradicional que no concordaba con lo dispuesto en el art. 100 de la Constitución Nacional y la garantía de todo habitante de la Nación de recurrir a los tribunales judiciales [14].

Si las partes están de acuerdo, no hay ningún inconveniente en que sometan sus diferencias a la decisión de árbitros, pero otra cosa es que compulsivamente se les imponga recurrir al arbitraje y que en esa forma se sustraiga de la decisión de los Tribunales Federales la determinación de una de las causas más importantes de los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima, como es la de dirimir la responsabilidad y la determinación de los perjuicios en los casos de abordajes.

Los habitantes de la Nación tienen la garantía de recurrir a la justicia para la decisión de sus controversias, salvo

14 El Dr. Rodolfo Clusellas, en el Congreso de Derecho Comercial, presentó un trabajo sosteniendo la conveniencia de modificar el art. 1269 del Código de Comercio (ver *Actas*, op. cit., p. 507).

que, presuntivamente o por acuerdo expreso, sometan la cuestión a la decisión de árbitros de derecho o amigables componedores.

La circunstancia de que por la particularidad de la materia sea conveniente recurrir al juicio, a la opinión de personas especializadas, no significa que no sean los jueces de derecho quienes deban determinar la responsabilidad y los daños y perjuicios en casos de abordajes, si las partes no están de acuerdo en recurrir a la justicia privada.

La mayoría del tribunal admitió nuestra interpretación del art. 1269 del Código de Comercio y, por sobre todo, destacó nuestro argumento de que debe admitirse el sentido favorable a la constitucionalidad de una norma frente a otro que llevaría a la declaración de su invalidez.

El Dr. Bidau sostuvo la inconstitucionalidad del art. 1269 del Código de Comercio, coincidiendo con la solución de la mayoría, pero entendiendo que no cabía otra interpretación que la que tradicionalmente se le había dado al referido texto del Código de Comercio y que él había suscripto como miembro de la Cámara Federal de la Capital [15].

La solución del punto de vista legal fue contemplada en forma expresa en el Proyecto Malvagni, disponiendo que son los tribunales quienes deben determinar la responsabilidad y los daños y perjuicios en los casos de abordajes, previo dictamen pericial y con amplias facultades para que los peritos emitan su opinión al respecto [16].

Por último, al final de la década de 1961, en el año 1969, se sancionó la ley 18.250 de reserva de ciertas cargas para la bandera y los armadores argentinos. Esta ley se complementó con la 20.447, mediante la cual se expone un programa para promover la marina mercante argentina y se

15 En el Nº I de la "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", fundada y dirigida por Isaac Halperin, publicamos un trabajo exponiendo los argumentos que fueron recogidos en el fallo de la Corte Suprema y también el texto del mismo en la nota 17 (ver J. D. RAY, *Determinación de la responsabilidad en casos de abordajes*, revista citada, año I, 1968, pp. 369/383).

16 Ver arts. 549/552 de la Ley de la Navegación.

señala como meta la reserva para la misma del 50 % del transporte de las mercaderías de nuestro comercio exterior.

A este tema nos referiremos próximamente en un trabajo sobre el régimen económico de la Constitución Nacional y la libertad de navegación y de comercio. Es difícil establecer el límite en temas discrecionales como es el de estimular a nuestra marina mercante y el costo que significa utilizar la bandera nacional, con la consecuencia de que ese costo es un recargo que soporta la Nación, es decir, todos los habitantes de la República. La experiencia indica que el balance de la aplicación de la ley de reserva de cargas no fue favorable.

IV

EL TERCER PERÍODO

El tercer período comenzaría en el año 1973 con la sanción de la ley 20.094 a los 5 años de que la segunda Comisión Revisora concluyera su tarea.

La ley 20.094 aprobó el texto del Proyecto Malvagni, con las modificaciones sugeridas por esa Comisión Revisora y con algunas otras que introdujo el Ministerio de Justicia, la mayoría de redacción.

Entre esas modificaciones del Ministerio de Justicia no puedo dejar de señalar el error que implicó el disponer, en el art. 622, que "las disposiciones de la ley integran el Código de Comercio". Precisamente lo contrario de lo que se aprobara como conclusión en el Congreso del año 1940.

Ese artículo 622 importó una declaración lírica porque el art. 1º de la ley sienta el principio de autonomía en la interpretación, disponiendo que todas las relaciones jurídicas originadas en la navegación por agua se rigen por las normas de la misma, por las de las leyes y reglamentos complementarios y por los usos y costumbres. Y a continuación agrega que sólo a falta de disposiciones de derecho de la navegación, y en cuanto no se pudiera recurrir a la analogía, se aplicará el derecho común.

En más de una oportunidad hemos señalado el criterio relativo con que se puede utilizar el término "autonomía" [17], pero es evidente que la incorporación de las normas de la ley al Código de Comercio no cambia en lo más mínimo el criterio que traduce el art. 1º del nuevo ordenamiento, concretando la autonomía en su aspecto de fondo y en cierto sentido el formal al agrupar todas las normas referentes a la regulación de la navegación y al tráfico por agua.

Muy poco tiempo después de la sanción de la ley, coincidiendo con el cambio de gobierno que se concretó en mayo de 1973, se inició una campaña propugnando la derogación de la ley, al extremo de que fue uno de los puntos que el titular del Poder Ejecutivo mencionó como de urgente consideración al promediar el año 1973.

La campaña realizada no se fundó en un estudio integral y serio del sistema de la ley, sino en intereses sectoriales y políticos.

En la Exposición de Motivos que se redactó al presentar el proyecto, suscripto por todos los miembros que integraron la comisión —entre ellos, el entonces Decano de la Facultad de Derecho y luego Ministro de la Suprema Corte, Dr. Francisco Bidau— se destacó que la comisión se había abstenido de entrar al análisis de la metodología y política legislativa que inspiró la redacción del Proyecto Malvagni, no obstante las disidencias de alguno de los miembros respecto al método seguido y política adoptada. Por unanimidad, se decidió introducir únicamente las modificaciones necesarias para la aplicación de las disposiciones legales proyectadas, en función de la realidad que tendían a regir y su coordinación con otras sancionadas últimamente e incluso se decidió mantener la estructura del proyecto y, en lo posible, su redacción.

Como hemos dicho en numerosas oportunidades, disen-

17 Ver J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, op. cit., cap. IV y comunicación en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, juntamente con el Dr. JUAN FRANCISCO LINARES, del 11-8-83, sobre *Autonomía de las ramas de las ciencias jurídicas.*

timos en cuanto a la metodología, a la inclusión de muchas normas administrativas de carácter reglamentario y con respecto a la solución en algunos temas de fondo como, por ejemplo, el referente a la limitación de responsabilidad de propietarios de buques. Pero sostuvimos que debía reconocerse el valor de la obra realizada y que era imperiosa la reforma, como lo veníamos propugnando desde la cátedra en las Facultades de Derecho de la Universidad de La Plata y de Buenos Aires.

Si se decide encarar la reforma de la ley habrá que tener en cuenta las reflexiones sobre la metodología y sobre algunas soluciones de fondo, así como contemplar, entre otros temas, el transporte multimodal, las nuevas formas de contratación, el instituto de la asistencia y salvamento, la responsabilidad por la contaminación, la navegación deportiva y el transporte de pasajeros.

Las ponencias que mencionamos, aprobadas en el Congreso de Derecho Comercial de 1940, se concretaron más de treinta años después, mediante una ley que había sido redactada doce años antes de su sanción [18].

Este año, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay han suscripto un Tratado de Mercado Común y en el marco del mismo se propugna la uniformidad de la legislación referente al transporte. Se plantean así interrrogantes sobre los problemas de la marina mercante, la ley de reserva de cargas, los dobles registros y los cambios de nacionalidad. La respuesta se dará en esta década con la que finalizará el siglo XX.

A fines del año próximo pasado (1990), en la Academia de Buenos Aires, y este año, en el Curso de Derecho Internacional, de la Organización de Estados Americanos (OEA), nos referimos a las nuevas tendencias en el derecho marítimo contemporáneo, señalando la influencia de los organismos internacionales de Naciones Unidas en la elaboración y sanción de nuevas normas, la protección ecológica y las

18 Ver nuestro Informe de 1982/83 al Ministerio de Justicia.

soluciones que se han esbozado para los nuevos problemas planteados.

El 3 de septiembre próximo pasado se dictó un decreto sobre cese de bandera y nacionalidad transitoria. Se habla de desregulación en lo referente a la reserva de cargas y el Senado de la Nación ha dado media sanción a una ley de puertos que tiene una enorme importancia, porque la forma de desarrollar la navegación es dictar una legislación liberal y eficiente para la carga y la descarga y la reducción de costos de los buques durante su estadía en los puertos. A estos temas nos referiremos en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución, organizado por las Academias Nacionales de Derecho, Ciencias Económicas y Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires.

Sres. Académicos:

La respuesta a la convocatoria para referirnos a nuestro derecho en los últimos cincuenta años ha sido sintética para cumplir con lo requerido y para no abusar del auditorio. Fue un acierto la elección del tema por parte de la Corporación de Córdoba y ello nos ha permitido intentar una visión retrospectiva, a muy grandes rasgos, de un sector del derecho, a la par que rendir homenaje, recordando a algunos de los juristas que contribuyeron a la evolución del derecho de la navegación en la Argentina.

Confiamos en que se consagrarán soluciones que satisfagan los distintos intereses en juego y en que se mantendrá la permanente tendencia del derecho hacia el bien común.

LA JURISPRUDENCIA DE NUESTROS TRIBUNALES EN MATERIA DE OBLIGACIONES DINERARIAS EN LOS ÚLTIMOS CINCUENTA AÑOS

Disertación pronunciada por el académico Dr. Félix Alberto Trigo Represas, en la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

I

En esta última cincuentena, abarcadora del período 1940-1990, la jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de obligaciones dinerarias se vio necesariamente influida por los vaivenes de la economía y de las fluctuaciones monetarias, y debió ir evolucionando y adaptándose a tenor de un progresivo y constante proceso inflacionario y de la consecuente depreciación o pérdida de su poder adquisitivo por parte de nuestros sucesivos signos monetarios. Pues lamentablemente, en este "siglo de oro de la inflación", como bien denominara Nussbaum a nuestra era [1], no es posible desconocer que a la Argentina le tocó el dudoso honor de ocupar un sitial destacado, entre los países más inflacionarios del mundo.

La inflación y el nominalismo monetario, influyéndose recíprocamente entre sí, fueron los nervios motores de esa etapa difícil de nuestra moneda y del derecho monetario, todavía no superada definitivamente, pese a que hoy se están realizando esfuerzos tendientes a relegar todo aquello al plano de un mero pasado de no grato recuerdo.

1 ARTHUR NUSSBAUM, *Derecho monetario nacional e internacional*, trad. Alberto D. Schoo, Bs. As., ed. Arayú, 1954, p. 278.

II

La inflación es un fenómeno casi tan viejo como la misma moneda, pero recién llegó a alcanzar niveles insospechados después de la aparición del "papel moneda", emitido por el Estado sin garantía alguna, y que va a circular pese a su carencia de efectivo valor intrínseco, merced al curso forzoso y al poder cancelatorio que el propio Estado le atribuye.

En nuestro país, si bien el peso moneda nacional, a la sazón unidad monetaria, se empezó a debilitar a partir de la crisis del año 1930, puede sostenerse que en realidad la inflación recién se institucionalizó entre los años 1945 y 1955. Hasta el año 1944, en efecto, el nivel de los precios se había mantenido casi invariable con relación al año 1900, pero de ahí en más todo empezó a cambiar: durante 1945 los precios subieron un 20 % más que en toda la primera mitad del siglo, y a partir de ese año la inflación se fue convirtiendo en un fenómeno de carácter endémico, puesto en marcha desde arriba por el propio Estado mediante políticas desequilibrantes: tales como concesión de incrementos salariales sin vinculación con el aumento de la productividad, establecimiento de un régimen previsional antifuncional y antieconómico, la puerta abierta para la emisión de billetes sin ningún respaldo en oro y divisas (reformas bancarias de los decretos-leyes 8503 y 14.957/46 y después de la ley 13.571); etc.; etc. No obstante, corresponde señalar que tal proceso no se agota allí, sino que continuó su marcha progresiva y su agudización hasta nuestros días, pudiendo recordarse ejemplificativamente entre algunos de sus hitos más notables, los siguientes: la entonces tremenda devaluación dispuesta en mayo de 1967 por el Ministro Krieger Vasena, que llevó la relación de nuestro peso moneda nacional con el dólar estadounidense de 250 a 350 unidades de aquél; el "Rodrigazo" o sucesión de medidas económicas adoptadas por el entonces Ministro de Economía Celestino Rodrigo, que desatara a mediados de 1975 nuestra primera hiperinflación; el fin de la "tablita" del Ministro Martínez de Hoz

y las tres sucesivas devaluaciones de nuestra moneda producidas entre abril y junio de 1981, que llevó el valor del dólar de los Estados Unidos de América a fines de agosto de ese año a 7.500 pesos ley 18.188, en lugar del precio anunciado en la postrer tablita que había sido de 2.257 pesos ley; la nueva y brusca devaluación consecuencia de la guerra de las Malvinas, que llevó la paridad de nuestro peso ley con el dólar estadounidense de $ 10.000 de principios del año 1982, a más de $ ley 35.000 al concluir la conflagración; la creación del "Austral" y el "desagio" de los créditos preexistentes a mediados del año 1985; la caída del "Austral" ante el fracaso del llamado "Plan Primavera" en febrero de 1989 y la subsiguiente hiperinflación de mediados del mismo año, que culminara con el anticipado traspaso de la Presidencia de nuestro país, antes de la culminación de su mandato constitucional por el mandatario saliente; el fuerte remezón inflacionario de fines de 1989, estando ya en el poder el nuevo gobierno; la punción por el Estado de los plazos fijos bancarios, a principios del pasado año 1990, luego convalidada por la Corte Suprema en el caso "Peralta" [2]; el nuevo rebrote de la inflación en febrero del año en curso 1991, y, por fin, el dictado de la ley 23.928, de retorno al "nominalismo" y de "convertibilidad" del Austral con el dólar estadounidense en una relación de 1 U$S = ₳ 10.000, que prácticamente vino a duplicar la relación de cambio entre ambas monedas inmediatamente anterior.

No podríamos concluir esta breve reseña, sin señalar que recientes estudios indican que en la Argentina, desde la creación del peso moneda nacional en el año 1885, y pasando por el peso ley 18.188 (1970), el peso argentino (1983) y el Austral (1985), se ha acumulado una inflación de varios cientos de millones por ciento, acompañada de una serie de eliminaciones de ceros en los valores nominales de

[2] C.S.N., 27-12-90, "Peralta c/Estado Nacional (Min. Economía), Banco Central", "L.L.", 1991-C-158.

los sucesivos signos monetarios [3]; las que totalizan el número de nueve hasta el presente y llegará a la pérdida de 13 ceros cuando el primero de enero de 1992 entre en vigor la nueva moneda anunciada por el actual ministro de Economía.

III

A su turno, el nominalismo monetario fue formulado doctrinalmente por primera vez en el año 1546 por Gabriel Dumoulin (o Molinaeus), en su obra: *Tractatus commerciorum contractus et usurarum*, en la cual propiciaba que el valor de la moneda descansa en la ley, de forma tal que no se le puede atribuir a la misma un valor diverso del nominal o escrito asignado por el Estado.

En nuestro país constituyó un tema controvertido el de si Vélez Sarsfield había o no receptado el principio nominalista en el originario texto del art. 619 del C. Civil; habiéndose pronunciado afirmativamente una parte importante de nuestra doctrina, que afirmaba que como el Código establecía que: "si la obligación... fuese de entregar *una suma* de determinada especie o calidad de moneda nacional", el deudor debía cumplirla *dando la especie designada en la suma debida* [4]; en tanto que para otros autores dicho texto consagraba la doctrina del valor de cambio o corriente, conforme al cual: "el valor que la suma debida tenía en el momento en que se contrajo, es un 'valor de obliga-

[3] DANIEL ROQUE VÍTOLO, *Ley de convertibilidad 23.928 y sus efectos sobre las relaciones jurídicas*, Bs. As., Ad-hoc, S.R.L., 1991, p. 17 y s.

[4] ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *Desindexación. El retorno al nominalismo. Análisis de la ley 23.928 de convertibilidad del austral*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1991, p. 12 y s., núm. 2 y p. 48, núm. 18; ídem, *Improcedencia del reajuste de las deudas dinerarias*, en "J.A.", 29-1975, p. 674 y ss., ap. II, núm. 3; ENRIQUE CARLOS BANCHIO, *Obligaciones de valor*, Bs. As., Lerner, 1966, p. 74, núm. 21-a); JORGE BUSTAMANTE ALSINA, *Deudas de dinero y deudas de valor. Alcance de la distinción y posibilidad de suprimirla*, en "L.L.", 149, p. 953 y ss., núm. III y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1984, p. 130, núm. III; JUAN JOSÉ CASIELLO, *Desvalorización monetaria*, Bs. As., Depalma, 1961, p. 32 y ss.; LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY, *Depreciación monetaria. Revaluación de deudas dinerarias*, Bs. As., Depalma,

ción' y no de 'pago'... que al tiempo del cumplimiento se determina por el poder adquisitivo o de cambio de la moneda" [5]. Empero, lo que nunca estuvo en discusión fue la adopción del nominalismo en las sucesivas leyes monetarias, que dispusieron expresamente que los billetes emitidos tendrían curso legal por el importe en ellos mencionado —arts. 38 de la ley 12.155; 25 del decreto-ley 14.957/46 y luego de la ley 13.571; 21 del decreto-ley 13.126/57, después ratificado por el art. 22 de la ley 15.796; y en la actualidad el art. 21 de la ley 20.539—; aunque puede muy bien entenderse que esas leyes monetarias que establecen un curso legal, no tienen por fin regular la extensión de las obligaciones dinerarias [6].

La reciente ley 23.928, en cambio, ha establecido claramente el principio nominalista, en un texto sin ambigüedades, su artículo 7, que literalmente reza: "El deudor de una obligación de dar una suma determinada de australes, cumple su obligación *dando* el día de su vencimiento *la cantidad nominalmente expresada*".

1976, p. 39 y ss., núm. 8; JORGE JOAQUÍN LLAMBÍAS, *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1970, t. II, p. 198 y ss., núm. 896; ídem, *¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?*, en "E.D.", v. 63, p. 873, ap. IV; MARCO AURELIO RISOLÍA, *La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1960, p. 56, núm. 34; ACDEEL E. SALAS, *Deudas dinerarias, nominalismo y mora*, en "Rev. del Dcho. Comercial y de las Obligaciones", Bs. As., Depalma, 1977, vol. 10, p. 699 y ss., núm. 7 y en *Obligaciones, contratos y otros ensayos*, Bs. As., Depalma, 1982, p. 120 y ss., núm. 7.

5 ALFREDO COLMO, *Obligaciones en general*, 3ª ed., Bs. As., Kraft, 1944, ps. 289 y ss., núms. 427 y 428; HÉCTOR LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Ediar, 1950, t. II, p. 154, núm. 1.046; ídem, *Curso de obligaciones*, Bs. As., "Biblioteca Jurídica Argentina", 1959, t. II, p. 141, núm. 266; LUIS DE GASPERI-AUGUSTO M. MORELLO, *Tratado de derecho civil*, Bs. As., Tea, 1964, t. II, p. 650 y ss., núm. 1.050; LUIS MARÍA REZZÓNICO, *Estudio de las obligaciones*, 9ª ed., Bs. As., Depalma, 1961, t. I, p. 438.

6 ELIYAHU HIRSCHBERG, *El principio nominalista*, trad. Jorge Manuel Roimiser y Mónica G. Cohen de Roimiser, Bs. As., Depalma, 1976, p. 119, núm. 10.

IV

Entraremos ahora al tema específico de esta exposición, relativo a la evolución de nuestra jurisprudencia, para comenzar señalando que, al amparo de una relativa, aparente, estabilidad monetaria, existente hasta aproximadamente el año 1945, nuestros tribunales no tuvieron mayor oportunidad de ocuparse, durante la década de los años 40, de problemas vinculados con la depreciación de nuestra moneda.

En ese entonces, sin embargo, ya se suscita una importante controversia doctrinaria y jurisprudencial —cuya real trascendencia se iría evidenciando más adelante, con el paulatino incremento del proceso inflacionario—, con relación a las obligaciones contratadas en "argentinos oro" de la ley 1130 y pagaderas en pesos papel de conformidad a la *facultate solutionis* del primigenio art. 619 del C. Civil, que versó sobre: si el tipo de cambio entre ambas monedas era el legal establecido en la ley 3871 del año 1899 y posteriormente en la 12.160, de: 0,44 centavos oro por cada peso papel o de 2,27 pesos papel por argentino oro; o si por el contrario tales leyes no habían establecido ninguna equivalencia legal y forzosa, por lo que las obligaciones en pesos oro debían convertirse a pesos papel conforme al valor del oro en el mercado, o sea pagarse la cantidad de pesos papel necesaria para la adquisición del equivalente de moneda de oro indicado en el contrato. La primer postura fue adoptada por la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal el 30 de diciembre de 1938, en los autos "Goffre c/Casanova" ("L.L.", 13-408; "J.A.", 64-832 y "G.F.", 139-13), y luego reiterada en otros ulteriores pronunciamientos: 14-6-40 *in re* 'Banco Hipotecario Franco Argentino c/Pazos" ("G.F.", 147-9); 12-11-45, *in re* "Pazos c/Banco Hipotecario Franco Argentino" ("L.L.", 41-11); habiendo sido también seguida, entre otros tribunales, por: la Cámara Comercial de la Capital Federal, fallo del 10-4-40 en autos "Medina de Ardanaz c/La Alemana Cía. Seg." ("L.L.", 18-1148), la Cámara Federal de Rosario, fallo del 4-11-40, *in re* "Palacios c/Tu-

bos Mannesman Ltda." ("L.L.", 20-688 y "J.A.", 72-621), la Cámara Federal de Mendoza, fallo del 10-12-45, *in re* "Crinigan c/Bustelo" ("J.A.", 1946-II-456), etc. La otra posición fue acogida por la Corte Suprema Nacional el 29 de setiembre de 1941 en los autos "Gómez Pombo c/Banco Hipotecario Franco Argentino" ("L.L.", 24-89 y "J.A.", 76-389), que mantuvo su criterio en otros fallos posteriores: del 9-8-48, *in re* "Arocena de Terra c/Sud América Cía. Seg." ("L.L.", 52-776); del 3-8-56, *in re* "Bertaina de Bianco c/La Inmobiliaria Cía. Seg." ("L.L.", 83-571 y "J.A.", 1956-IV-396) y del 23-9-76, *in re* "Jürgens c/La Franco Argentina" ("E.D.", 69-184); siendo también aceptada, entre otros, por: el Superior Tribunal de Córdoba, el 23-9-41, en autos "Varas de Brochero c/Cabanillas de Vázquez" ("J.A.", 24-670), como igualmente por la mayoría de nuestros doctrinarios: Eduardo B. Busso, Juan José Casiello, Luis De Gásperi, Juan José Díaz Arana, Pedro M. Giraldi, Guillermo Walter Klein, José María López Olaciregui, Federico Pinedo, Alberto D. Schoo y también el autor del presente [7]. Esta última fue también la que se impuso en la jurisprudencia, a medida que la inflación fue distanciando cada vez más, de la realidad y de la justicia, a la paridad cambiaria de un argentino oro igual a dos con veintisiete pesos papel, de la ya entonces vieja ley 3871.

[7] EDUARDO B. BUSSO, *Código civil anotado*, Bs. As., Ediar, 1951, t. IV, p. 236, núm. 108; CASIELLO, ob. cit., p. 67 y ss.; LUIS DE GÁSPERI, *Tratado de las obligaciones*, Bs. As., Depalma, 1946, t. II, p. 245 y s., núm. 1.026; JUAN J. DÍAZ ARANA, *Las obligaciones a oro y el tipo de cambio para su pago en papel*, en "J.A.", 69, secc. doctr., p. 69; ídem, *Las obligaciones de entregar pesos oro y la clausura de la Caja de Conversión*, en "Gaceta del Foro", vol. 86, p. 159 y s.; PEDRO MARIO GIRALDI, *La validez de las obligaciones en moneda corriente*, en diario "La Nación", del 9-2-60; GUILLERMO WALTER KLEIN, *La cláusula oro y la legislación argentina desde la ley de conversión*, en "J.A.", 1942-IV, sec. doctr., p. 70 y s.; JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, *Obligaciones en pesos oro*, en "J.A.", 1951-IV-281; FEDERICO PINEDO, *Obligaciones en moneda determinada*, Bs. As., "Mundo Forense", 1942, p. 176, núm. 217 y p. 271 y ss., núm. 327 y ss.; ALBERTO D. SCHOO, *La cláusula oro*, Bs. As., "La Facultad", 1937, p. 402 y 413; ídem, *Reflexiones que sugiere un nuevo fallo sobre la cláusula oro*, en "L.L.", 65-487; FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Obligaciones de dinero y depreciación monetaria*, 2ª ed., La Plata, ed. Platense, 1978, p. 350 y ss., núm. 132-b).

Aceptado como vigente entre nosotros el principio nominalista, su real trascendencia no se advirtió mientras el valor escrito de la moneda se correspondía más o menos con la realidad y el valor corriente de ésta no hacía más que traducir esa doble situación de un valor nominal que reflejaba la realidad del contenido intrínseco. Pero, cuando las fluctuaciones monetarias y económicas van trastornando las respectivas situaciones y aparece una discordancia entre la realidad y la apariencia escrita, entonces la aplicación de tal principio trae aparejado como consecuencia, sustancialmente, que los acreedores deben aceptar el pago de la deuda de dinero por su valor numérico: peso por peso, austral por austral, cualesquiera fuesen las variaciones del poder adquisitivo de la moneda, sobrevenidas entre la constitución y el cumplimiento de la obligación; ya que, independientemente de esas alteraciones, la moneda tiene siempre la misma eficacia extintiva de los débitos de dinero, los que se cumplirán aunque se entreguen papeles desprovistos de valor, siempre que tengan poder cancelatorio. Empero, como bien lo señala Puig Brutau [8], el nominalismo se funda en algo que casi siempre es, en parte, una ficción: que el valor jurídico y el económico coinciden, o que la igualdad nominal es al mismo tiempo una igualdad real; pero se funda en ella a pesar de todo, por entenderse que lo normal será que tal ficción no pase de cierto límite, excedido el cual ya no podría servir de base para ninguna solución jurídica. Y de ahí que, cuando por virtud del curso económico, la distorsión entre el valor escrito y el real poder adquisitivo de la moneda se torna muy pronunciada, el "derecho" reacciona ante la injusticia que implica que el acreedor sólo pueda exigir dinero en idéntica cuantía nominal, pero considerablemente menguado en su valor de cambio.

Fue así como, para procurar poner coto a la iniquidad de la aplicación del principio nominalista en épocas de pro-

[8] JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1959, t. I, vol. II, p. 335.

funda inflación, nuestras doctrina y jurisprudencia tentaron varios remedios, aunque recurrieron preferentemente, como mejor solución, al distingo entre obligaciones de dinero y de valor, oriundo de la Alemania de la primer postguerra y que luego fuera receptado también en otros países europeos [9]. Conforme al mismo, en la obligación dineraria lo que se debe, se ha dicho, es un *quantum* (o cantidad), y el dinero constituye el objeto inmediato de la obligación, actuando tanto *in obligatione* como *in solutione*: se adeudan "australes" y se paga, precisamente, la suma de "australes" que se debía, configurándose así el "cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación" de entregarlos —art. 725 del Cód. Civil—. En cambio en la "obligación de valor" lo adeudado es un "quid", un valor abstracto o una utilidad, los cuáles deben sin embargo ser referidos necesariamente, en términos comparativos, a una porción de bienes; por ejemplo, si lo debido fuese el valor "X", el acreedor tendría la expectativa de que se le entregue lo necesario para adquirirlo en el mercado, o para conservar igual aptitud patrimonial que si tuviera ese valor "X" en su poder, y como la moneda es medida común de todos los valores, el valor "X" también deberá ser cuantificado en dinero, sea mediante un acuerdo de partes que liquide la deuda o por vía de una sentencia judicial. Así, pues, al adeudarse en la obligación de valor un "quid", el dinero sólo habrá de entrar *in solutione*, en el pago, mas no *in obligatione*:

9 NUSSBAUM, ob. cit., p. 261; ídem, *Teoría jurídica del dinero*, trad. Luis Sancho Seral, Madrid, Lib. de Victoriano Suárez, 1929, p. 235 y ss.; KARL LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. Jaime Santos Briz, Madrid, ed. "Revista de Derecho Privado", 1958, t. I, p. 138; GUSTAV BOEHMER, *El derecho a través de la jurisprudencia*, trad. José Puig Brutau, Barcelona, Bosch, 1959, p. 539 y ss.; TULLIO ASCARELLI, *Il debiti di valore*, en "Saggi Giuridice", Milán, Dott. A. Giuffre, 1949, p. 347 y ss.; FRANCESCO MESSINEO, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. S. Sentís Melendo, Bs. As., Ejea, 1955, t. IV, p. 208 y ss., núm. 2 bis; VICENZO NAPOLETANO, *La svalutazione monetaria e le obbligazioni pecuniarie*, en "Rivista di Diritto Commerciale e delle Obbligazioni", 1949, 1ª parte, p. 329; PUIG BRUTAU, ob. cit., t. I, vol. II, p. 329 y ss.; J. BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, ed. "Revista de Derecho Privado", 1956, p. 228 y ss.; ANTONIO HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1960, ed. del autor, t. I, p. 201 y ss., núm. 70, etc.

se pagará dinero, pero no porque ello sea lo debido, sino como un mero mecanismo para liquidar dicha deuda de valor [10].

El concepto de "deuda de valor" fue utilizado por primera vez en los tribunales de nuestro país, por el doctor Simón P. Safontás, en un fallo de la Cámara 1ª, Sala Iª de La Plata, del 15 de abril de 1952, en los autos "Delgado c/Martegani" ("L.L.", 66-659), en el cual sostuvo que: "En virtud de la desvalorización monetaria, en las obligaciones de valor, como son las generadas en los hechos ilícitos, debe establecerse el monto de la indemnización en relación a la fecha de la última sentencia, conforme al principio de la reparación plena, al que no se opone el principio nominalista". Reiterando a posteriori dicho magistrado el mismo criterio, en sendos eruditos votos en los cuáles, terciando como Presidente de la Cámara 1ª de La Plata en la disidencia de los camaristas preopinantes, expuso, entre otras razones, las siguientes: "Por lo demás, es del caso señalar que se está en presencia de una deuda de valor, en la que no rige la limitación del artículo 619 del código civil. Como lo sostiene Salas la obligación de indemnizar se encuentra constituida por un valor abstracto, y no por una suma de dinero, aunque en definitiva, para su cumplimiento, aquél deba transformarse en ésta mediante el procedimiento de la liquidación; por lo que dicho valor permanece idéntico a sí mismo, con prescindencia de la moneda que en su oportunidad le servirá de medida..." (Cám. 1ª, Sala IIIª de La Plata, 19-4-60, "Cravero c/Maluenda", "J.A.", 1960-V-235; ídem, Sala IIª, 17-5-60, "Ferrigno de Manchone c/Iglesias", "L.L.", 99-456). Con posterioridad dicho criterio se fue imponiendo de a poco en todos los tribunales del país,

10 ATILIO A. ALTERINI, *Improcedencia del reajuste de las deudas dinerarias*, cit. en "J.A.", 29-1975, p. 674, núms. 3 a 5; BUSTAMANTE ALSINA, *Indexación de deudas de dinero*, en "L.L.", 1975-D, p. 585, núm. II y en *Responsabilidad civil y otros estudios*, cit., p. 155 y s., núm. II; LLAMBÍAS, *¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?*, cit., en "E.D.", vol. 63, p. 872, núm. III; JORGE N. WILLIAMS, *De la depreciación monetaria a la indexación*, en "E.D.", vol. 71, p. 681, núm. 35; TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 64 y s., núm. 39.

y además la concepción de la obligación de valor, que originariamente estaba circunscripta a las indemnizaciones de daños y perjuicios en los hechos ilícitos, también se fue ampliando paulatinamente y dando cabida a mayor número de supuestos, con correlativa disminución del número de las obligaciones consideradas como "propia" o "puramente" dinerarias. Inclusive, después de la reforma del código civil por la ley 17.711, algunas obligaciones hasta entonces tratadas como "dinerarias", o al menos controvertidas en lo atinente a su naturaleza jurídica, pasaron a revistar *ministerio legis* en la otra categoría de "obligaciones de valor", tal como sucediera, verbigracia con: las recompensas en la sociedad conyugal —art. 1316 bis—, el valor de la medianería —art. 2736—, la colación entre los coherederos forzosos —art. 3477—, y la determinación del monto de la legítima —art. 3602—; ocurriendo algo parecido con otras leyes posteriores, tal como el actual art. 276 de la ley de Contrato de Trabajo 20.744 (según modificación de la ley 21.297), o la ley 21.488 modificatoria de la ley de concursos.

Sin embargo, no debe olvidarse que no se trató de una evolución jurisprudencial rápida y sin contratiempos, sino que, muy por el contrario fue lenta y dificultosa; siendo impulsada primeramente, en general, por jueces y tribunales de primera instancia, cuyas decisiones chocaron en muchas oportunidades con la tenaz reticencia y oposición de los tribunales superiores, los que, reacios a aceptar la caracterización de las obligaciones de valor, revocaron una y otra vez los pronunciamientos más realistas y justos de aquéllos. Sobre el respecto puede recordarse, a modo de ejemplo, que en punto a la indemnización de daños y perjuicios, cuando el damnificado había procedido *per se* a reemplazar la cosa dañada por otra, o a pagar cuentas de gastos, antes de la sentencia, se entendió primeramente que el monto de la reparación quedaba determinado por el costo del desembolso en el día en que se había realizado; habiéndose recién apartado de ese criterio la Suprema Corte de Buenos Aires en el año 1963, en sendos fallos del 29 de octubre —autos "Rodríguez c/

Witry" ("L.L.", 112-689 y "E.D.", 8-550)– y del 12 de noviembre –autos "Iglesias c/La Agrícola Ganadera" ("L.L.", 113-614); en tanto que la Corte Suprema Nacional se mantuvo en la primera posición hasta, inclusive, su fallo del 24 de febrero de 1975 –autos "Pcia. de Buenos Aires c/Bermat" ("E.D.", 60-485), plegándose al nuevo entendimiento de tomar en cuenta la depreciación monetaria, sin distinguir si se trataba de reparar daños hasta entonces indeterminados o de resarcir sumas de dinero que la víctima había invertido como consecuencia del evento dañoso, en su fallo del 12 de octubre de 1976 recaído en los autos "Fata Soc. Seguros Mutuos c/Pcia. de Buenos Aires" ("E.D.", 70-276). Y algo similar fue lo sucedido con las indemnizaciones por expropiación, respecto de las cuáles la jurisprudencia de la Corte Suprema fue primero reiteradamente negatoria del cómputo, en la determinación del monto del resarcimiento. de la depreciación de nuestra moneda ocurrida con posterioridad a la desposesión del bien expropiado, pese a que distintos y numerosos tribunales inferiores resolvían lo contrario, como por ejemplo: la Cámara 3ª Civil y Comercial de Córdoba –22-2-59, *in re* "Von der Wall c/Municipalidad de Córdoba", ("Boletín Judicial de Córdoba", 1959-3-665)–; la Cámara 1ª Civil y Comercial, sala IIIª de La Plata –16-2-60, causa 93.898, "Fisco de la Provincia c/Paquien" (registro interno núm. 15)–; o el Superior Tribunal de Santa Fe, Sala IIª , civil y comercial –12-5-59, "Pcia. de Santa Fe c/Cravero" ("Juris")–, etc.; hasta que finalmente en el año 1967, primero la Suprema Corte de Buenos Aires el 14 de febrero –autos "Dirección Gral. Escuelas c/Saavedra de Oliveira César" ("L.L.", 127-47 y "E.D.", 18-824 y "J.A.", 1967-III-Sec. Pcial., p. 73)– y luego la propia Corte Suprema Nacional el 26 de junio –autos "Pcia. de Santa Fe c/Nicchi" ("E.D.", 18-841, "L.L.", 127-164 y "J.A.", 1967-IV-115)–, resolvieron que el valor del inmueble expropiado debía fijarse al día de la sentencia, para así mantener intangible el principio de la justa indemnización, frente a la continuada depreciación de la moneda, lo cual después se

convirtió en norma legal, mediante su incorporación al texto del art. 10 de la ley nacional de expropiaciones número 21.499.

A tenor de lo expuesto, la obligación de valor quedó aceptada en las indemnizaciones de daños y perjuicios, sea por inejecución contractual o por la comisión de un hecho ilícito, ya que a su respecto la moneda que se entrega en pago, no lo es —según recuerda Boehmer— como medio de pago, sino como medida de valor de los bienes concretos que el acreedor deberá adquirir con ese dinero, para restablecer el desequilibrio patrimonial que le ocasionara el daño sufrido [11]; tal la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema Nacional, a partir de su fallo del 30 de diciembre de 1959, en los autos "Alin de Machuca c/Gob. Nacional" ("L.L.", 103-350, "J.A.", 1960-III-453 y "E.D.", 1-803), y la uniforme de todos los tribunales del país, entre los cuales pueden mencionarse a título de ejemplo: uno de la Suprema Corte de Buenos Aires del 14 de octubre del año 1969 —autos "Errea de De Biase c/Dumranf" ("E.D.", 30-22)—, otro de la Cámara Federal de La Plata, Sala Iª, del 5 de diciembre de 1966 —autos "Lanza y Martínez c/Gob. Nac." ("E.D.", 18-858)—, y otro de la Cámara 3ª de Córdoba, del 21 de marzo de 1975 —autos "Mannolli c/Karqui" ("E.D.", 65-665, sum. 939)—. Y luego, como se anticipara, nuevos casos fueron engrosando la nómina de las "obligaciones de valor". 1) la obligación resultante de una cláusula penal, considerada como de dinero en un plenario de la Cámara Nacional Comercial de Capital Federal del 8 de agosto de 1977 —*in re* "Joyería Decan c/González" ("E.D.", 74-387) y "J. A", 1977-IV-470, f. 27005)—, pero que había pasado a ser tenida como de valor varios años antes en un fallo de la Cám. 1ª de Mar del Plata del 31 de julio de 1969 —*in re* "Cabrera de Williams de Dubourg c/Granoni" ("L.L.", 138-166 y "J.A.", 4-1969, p. 644)—, luego en uno del Superior Tribunal de Neuquén del año 1976 —*in re* "Carrera Frea c/La

11 BOEHMER, ob. cit., p. 528 y s., § 16-C)-II-1.

Borda S.A.", "E.D.", 65-691, núm. 1136—, otros de las Salas C-28-5-85, "Diners Club Arg. S.A. c/Guido Finkelberg" ("L. L.", 1987-D-197)—, E —9/4/77, "Rodríguez Lemmo S.R.L. c/Golistro de Barboza" ("E.D.", 75-446)—, y F de la Cámara Nacional en lo Civil —3/8/90, "Bulo c/Comisión Municipal de Vivienda" ("L.L.", 1990-E-550 (38.162-S)—, y finalmente en varios más o menos recientes de la Corte Suprema Nacional, del 12 de febrero de 1987 en los autos "Benítez c/Fernández y Ocampo S.A." ("L.L.", 1987-C-38 y "Der. Trab.", 1988-A-242) y del 28 de julio de 1988 en autos "Caja Nacional de Ahorro y Seguro c/Asociación Coop. permisionaria Congreso (Feria Municipal Modelo núm. 77)" ("L.L.", 1989-B-579 y "J.A.", 1988-IV-278); 2) el resarcimiento por enriquecimiento sin causa: fallos de las Salas A —2/12/70, "De Nunzio c/Balatti de De Nunzio" ("E.D.", 65-799, núm. 1.720)— y B de la Cámara Nacional en lo civil —10/7/63, "Alfon c/F. C. Bs. As. al Pacífico" ("E.D.", 7-726)—, aunque registrándose en contra uno de la Sala F del mismo Tribunal —7/5/74, "Rubinstein c/Consorcio propietarios" ("E.D.", 56-253)—; 3) la recompensa para el hallador de una cosa perdida, según pronunciamientos de las Salas B —23/3/68, "Duki de Abario c/Baldermann" ("E. D", 26-245)— y E de la Cámara Nacional en lo Civil —6/7/76, "Canova Dragon c/estadio Luna Park" ("E.D.", 69-223)—; 4) la obligación del depositante de reembolsar al depositario los gastos efectuados por éste, para la conservación de la cosa depositada —Cámara Federal de la Capital, Sala II Civ. Com., 27-2-73, "Calzada c/Gob. Nac." ("J.A.", 20-1973, p. 118)—; 5) las prestaciones alimentarias y similares, que tienen por objeto un suministro periódico, en cuyo caso la cantidad en que se fije pensión debe implicar un cierto *quantum* de poder adquisitivo por un lapso determinado, de forma tal que el objeto de la deuda viene a ser la suma de bienes requerida para satisfacer concretas necesidades, conforme a la situación de hecho existente en cierta época, por todo lo cual son revisables y corresponde su acrecentamiento nominal en proporción al incremento del costo de la vida

en el país (fallos, entre otros, de: la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A —5/12/73, "E.D.", 56-259—, Sala B —18/9/67, "L.L.", 128-992 (16.159-S)—, Sala C —26/11/64, "E.D.", 10-26—, Sala D —10/8/62, "L.L.", 109-978 (8.737-S)—, Sala E —10-3-60, "L.L.", 100-784 (5.930-S)—, Sala F —18/5/67, "L.L.", 127-1.159 (15.854-S)—, Sup. Tribunal de La Pampa —14/7/64, "L.L.", 117-820 (11.481-S); etc.—.

De todas formas, siempre quedaba un margen, si bien cada vez más estrecho, de obligaciones puramente pecuniarias no reajustables, con relación a las cuáles cada día se tornaba más injusto, a raíz de la inflación, su cumplimiento, dilatado en el tiempo, a tenor de la ecuación monetaria inicial. Y así lo entendió con acierto un criterioso pronunciamiento judicial de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Civil, del 26 de setiembre de 1963, recaído en autos "Municipalidad de la Capital c/Taramasco" ("L.L.", 112-463 y "E.D.", 7-631), en donde se dijo que: "aunque el nominalismo del codificador (art. 619 y nota, Cód. Civ.), no ha permitido hasta ahora la alteración de las deudas de dinero, es indudable que, de proseguir y acentuarse el proceso de la desvalorización monetaria, *habrá que contemplar la necesidad de extender* el criterio hoy admitido por la jurisprudencia para las indemnizaciones de actos ilícitos o deudas de valor, si una legislación oportuna no prevé el caso, *so pena de imponer en forma exclusiva al acreedor las consecuencias de una situación económica a la que es totalmente ajeno*" (postura reiterada el 2 de junio de 1964, en autos "Coll Benegas c/Benegas Hnos.", "E.D.", 8-215). La tendencia jurisprudencial apuntó entonces, con el apoyo de una importante doctrina [12], a la exclusión también de las obligaciones puramente dinerarias del régimen del nominalismo, por medio de una hermenéutica no discriminatoria, que propició el amplio reconocimiento de la depreciación de la moneda en todo tipo de obligaciones, con correlativa supresión del anterior distingo entre deudas de dinero y de valor:

12 LUIS MARÍA BOFFI BOGGERO, *Tratado de las obligaciones*, Bs.

tales, entre otros tantos, los fallos de: las Salas D —2/4/74, "Burattini c/García de Álvarez" ("E.D.", 58-289)—, E —3/9/68, "Durbon c/Mentasti" ("L.L.", 136-1137, 22.556-S)— y F de la Cámara Nacional en lo Civil —22/8/67, "Columbia Cía. Seg. c/Transportes Garrido" ("L.L.", 128-859 y "E.D.", 21-754) y 7/5/75, "Plásticos Azcuénaga S.R.L. c/Arrieta" ("E.D.", 60-165); la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial —12/12/74, "Albatro S.R.L. c/Produtex S.A." ("E.D.", 61-374)—; la Cámara Federal de La Plata en pleno —29/7/71, "Empr. F. C. Argentinos c/Zizzuti" ("L. L.", 144-76, "J.A.", 11-1971, p. 627 y "E.D.", 38-225)—; la Cámara 1ª de Mar del Plata —27/4/65, "Pérez Pradal c/Amparo Cía. Seg." ("L.L.", 119-85); la Cámara 2ª de Mercedes —30/3/65, "Hernández c/Kozlowsky" ("E.D.", 13-428 y "J.A.", 1966-I-602)—; etc. Aunque tal entendimiento fue rechazado por otra parte, también relevante, de nuestra doctrina, que consideró que la diferencia existente entre las obligaciones de dinero y de valor era ontológica, por ser distinto en ambas el objeto debido: un *quantum* o can-

---

As., Astrea, 1975, t. 3, p. 365 y ss., núm. 986; EPIFANIO JOSÉ LUIS CONDORELLI, *Pautas de indexación en la ley de locaciones urbanas*, en "J.A.", 1976-IV, p. 643 y nota 32; JOSÉ PEDRO CHIARAMONTE, *Depreciación monetaria*, en "L.L." 1975-A, p. 1161; ídem, *Depreciación monetaria, sus causas y efectos frente a las obligaciones de dinero y de valor. El contrato de seguro*, en "L.L.", 148, p. 304, núm. IV; ídem, *La reparación de siniestros y su efectivo valor-reajuste por depreciación monetaria*, en "L.L." 149, p. 177, núm. III; AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Deudas pecuniarias y de valor: hacia una jurisprudencia de valoraciones*, en "J.A.", 1976-IV, p. 276 y ss.; MARINA MARIANI DE VIDAL, *Deudas de valor, deudas de dinero y desvalorización monetaria*, en "L.L.", 148, p. 187, letra B *in fine* y nota 26; AUGUSTO MARIO MORELLO-ANTONIO A. TRÓCCOLI, *Indexación. Hacia una síntesis*, en "J.A.", 1976-IV, p. 373 y ss., especialmente núms. II y IV; ídem, *La revisión del contrato*, La Plata, ed. Platense, 1977, p. 198 y ss., especialmente p. 210; LUIS MOISSET DE ESPANÉS, *Las obligaciones de valor actualizadas y la tasa del interés*, en "Estudios de derecho privado en homenaje al Dr. Pedro León", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1976, p. 373 y ss., núm. III; LUIS MOISSET DE ESPANÉS-RAMÓN DANIEL PIZARRO-CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, *Inflación y actualización monetaria*, Bs. As., ed. Universidad, 1981, p. 113 y ss., § 5; JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, Bs. As., Ediar, 1971, t. I, p. 175 y ss., núm. 105-4); JOSÉ DOMINGO RAY, *Obligaciones de valor y de dinero*, en "L.L.", 1975-B, p. 1136, núm. XI, 3 a 5; TRIGO REPRESAS, ob. cit., p. 153 y ss., núm. 73; ídem, *Problemática jurídica de la depreciación monetaria*, en "E.D.", vol. 71, p. 701 y ss., núm. V.

tidad en las primeras, y un *quid*, valor o utilidad abstracto en las segundas [13].

Y de la postura no discriminatoria entre las obligaciones de dinero y de valor, se pasó finalmente a lo que se dio en llamar "indexación de las deudas dinerarias", es decir a la posibilidad de reajustar a valores actuales las deudas "puras" de dinero, para que el acreedor pudiese obtener una cantidad de numerario que correspondiese a la posibilidad adquisitiva histórica que tenía la suma adeudada al tiempo del nacimiento de la obligación. Sin embargo, buena parte de la doctrina [14] y también de la jurisprudencia, se refirieron entonces a un supuesto muy específico: el de la depreciación de la moneda operada durante el lapso de mora del deudor; tal el criterio sentado por la Corte Suprema Nacional el 23 de septiembre de 1976 en los autos "Vieytes de Fernández c/Provincia de Buenos Aires" ("L.L.",

13 ATILIO A. ALTERINI, *Improcedencia del reajuste de las deudas dinerarias*, cit. en "J.A.", 29-1975, p. 674 y ss., núm. 3; BUSTAMANTE ALSINA, *Indexación de deudas dinerarias*, cit. en "L.L.", 1975-D, p. 585 y ss., núm. II; PEDRO N. CAZEAUX, *La mora en el cumplimiento de las obligaciones*, La Plata, ed. Lex, 1977, ps. 198 y ss.; LLAMBÍAS, *¿Hacia la indexación de las deudas de dinero?*, cit. en "E.D.", 63, p. 872 y ss., núm. III; ACDEEL E. SALAS, su "ponencia" en las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho, en "Ajuste de obligaciones por depreciación monetaria", Montevideo, ed. Acali, 1977, p. 167 y ss.; WENCESLAO TEJERINA-PEDRO N. CAZEAUX-EDUARDO MORENO DUBOIS, *Obligaciones de dar sumas de dinero y la depreciación monetaria. Inflación y teoría de la imprevisión*, en "L.L.", 1976-B, p. 596, nota 12; WILLIAMS, *De la depreciación a la indexación*, cit. en "E.D.", vol. 71, p. 681, núm. 35. Ver: ENRIQUE C. BANCHIO, *Ilegitimidad del reajuste judicial en las obligaciones dinerarias*, en "Semanario Jurídico", Córdoba, núm. 10, 12-9-77, especialmente punto VIII; ISIDORO H. GOLDENBERG, *Problemática en torno de la depreciación monetaria y teoría de la imprevisión. Su tratamiento en las Segundas Jornadas Rioplatenses de Derecho*, en "E.D.", vol. 73, p. 813, núm. II; ALFREDO ORGAZ, *Los jueces y las leyes injustas (a propósito del reajuste de las deudas de dinero)*, en "E.D.", vol. 75, p. 757.

14 GUILLERMO A. BORDA, *Las deudas de dinero y la desvalorización monetaria*, en "L.L.", 1975-C, p. 794 y s., núm. 5; BUSTAMANTE ALSINA, *Deudas de dinero y deudas de valor*, cit. en "L.L.", 149, p. 152; SAÚL ARGERI, *Esbozo interpretativo del nominalismo en nuestro Código Civil*, en "L.L.", 1976-B, p. 616 y ss.; JORGE A. CARRANZA, *La deuda dineraria frente a la desvalorización monetaria*, en "J.A.", Doctrina 1974, p. 192; JUAN JOSÉ CASIELLO, *Deudas dinerarias y responsabilidad civil*, en "L.L.", 1975-A, p. 1.291, núm. VII; MARÍA EVA GARCÍA, *Procedencia de la indemnización por depreciación monetaria en las deudas de dinero*, en "Rev. del Dcho. Comercial y de las Obligaciones" vol. 8, p. 661 y ss., ap. IV; ELÍAS P. GUASTAVINO, *El derecho ante la inflación*, en "L.L.", 116, p. 1094; CARLOS E. MARTÍNEZ, *Ajus-*

1976-D-341, "J.A.", 1976-IV-368 y "E.D.", 69-186), luego seguido en sendos plenarios de la Cámara Nacional en lo Comercial del 13 de abril de 1977 —sobre desvalorización monetaria en caso de mora ("L.L.", 1977-B-186, "J.A.", 1977-II-338 y "E.D.", 72-566)— y de la Cámara Nacional en lo Civil del 9 de septiembre de 1977 —*in re* "La Amistad c/ Iriarte" ("L.L.", 1977-D-1, "J.A.", 1977-IV-1 y "E.D.", 74-463), en varios pronunciamientos de la Suprema Corte de Buenos Aires —del 10/5/77, "Caporossi" ("J.A.", 1977-II-697 y "E.D.", 73-400) y del 21/6/77, "Mas c/Noli" ("J.A.", 1977-III-457 y "E.D.", 73-606), y de muchos otros tribunales. Hasta ahí, sin embargo, el reconocimiento de la depreciación monetaria en las obligaciones dinerarias aparecía circunscripto a los casos de mora, a punto tal que Wayar en su *Tratado de la Mora* [15] sintetizó esa postura en los siguientes términos: "De acuerdo con este postulado de la doctrina autoral y jurisprudencial, la situación jurídica de mora *constituye condición* sine qua non *de la actualización de las deudas dinerarias; ha sido consagrada pues la regla: 'sin mora no hay indexación judicial'* ".

Fueron entonces algunos tribunales cordobeses, los que yendo más allá de lo aceptado, empezaron a resolver que el reconocimiento del reajuste monetario deriva de la variación del valor de la moneda y se da con independencia de la situación de mora, fundándose en el principio de la inviolabilidad de la propiedad, garantizado en el art. 17 de la Constitución Nacional; tales, entre otros, los fallos del Tribunal Superior de Córdoba, Sala Civil, Comercial y Contenciosoadministrativa, del 20 de julio de 1984, en autos "Pieri c/Pcia. de Córdoba" ("L.L., Córdoba", 1985-119) y de las Salas A —25/10/84, "Carrizo c/Banco Hipotecario Nac." ("L.L., Córdoba", 1985-936) — y B de la Cámara Fe-

tabilidad de las prestaciones por depreciación monetaria, en "J.A.", 29-1975, p. 690; CARLOS CÉSAR MINOPRIO, *El boleto de compraventa, el ejercicio abusivo de los derechos y la prohibición de ir contra los propios actos*, en "Revista del Notariado", 1978, núm. 742, p. 1.252, etc.

15 ERNESTO CLEMENTE WAYAR, *Tratado de la mora*, Bs. As., Abaco, 1981, p. 578, § 95.

deral de Córdoba —15/2/85, "Gilly c/Caja Nac. Ahorro y Seguro" ("L.L., Córdoba", 1985-693). Criterio éste que luego fue rápidamente aceptado por la Corte Suprema Nacional el 28 de mayo de 1985 en el caso "Montenegro c/Establecimientos Five S.A." ("L.L.", 1985-E-27), y mantenido reiteradamente en muchos de sus fallos: 11/6/85, *in re* "Cigaif-quiebra, inc. verif. crédito Banco Pcia. Bs. As." ("L. L.", 1985-E-344), 13/8/85, *in re* "Aerofalcon S.R.L. c/Pcia. Santiago del Estero" ("L.L.", 1986-A-19), 30/9/86, "Carranza Torres c/Pcia. del Chaco" ("L.L.", 1987-E-470, 37.733-S), 12/2/87, "Benítez c/Fernández y Ocampo" ("L.L.", 1987-C-38 y "D.T.", 1988-A-242), 3/3/87, "Banco Fabril del Plata c/Taralini" ("L.L.", 1987-C-1), 1/9/87, "Williams c/ Banco Hipotecario Nacional" ("L.L.", 1987-E-392 y "J.A.", 1987-IV-201), 22/9/87, "Sánchez Santamaría c/Gob. Nacional" ("J.A.", 1987-IV-227), 29/12/87, "Oks Hnos. y Cía. S.A. c/Yacimientos Mineros de Aguas de Dionisio" ("L.L.", 1988-C-21), etc. También la Suprema Corte de Buenos Aires, más recientemente, ha adherido a esta posición, en sus fallos del 4 de marzo de 1986, *in re* "Zapata de Ojeda c/ Kingston S.A." ("L.L.", 1988-A-564, 37.901-S y "D.J.B.A", 131-17), del 23 de mayo de 1989, en autos "Fernández c/ La Tandilense Cía., Seg." ("L.L.", 1989-D-280 y "D.J. B.A.", 136-4671), y del 29 de mayo de 1990, *in re* "Medo c/Aureano" ("D.J.B.A.", 139-6.027), etc. Aunque muchos tribunales inferiores también se han sumado a esta corriente, no deja de ser curioso que todavía otros tantos prosigan circunscribiendo el reconocimiento de la depreciación monetaria en las obligaciones de dar sumas de dinero, sólo a los supuestos de mora del obligado.

Pero la historia no concluye allí. En su momento se produjo un retorno a las obligaciones de valor, con motivo del "desagio" instaurado al crearse la unidad monetaria "Austral" por el decreto 1096/85; dado que, primero la doctrina y después la jurisprudencia, entendieron y decidieron que al referirse los artículos 4 a 6 de dicho decreto, expresamente, a las "obligaciones de dinero", no comprendía a la cate-

goría, distinta, de las denominadas "obligaciones de valor" [16]. Tal lo resuelto, entre otros, por: las Salas A —21/10/85, "Sandoval de Dapias c/Munic. Cap. Fed." ("L.L.", 1986-B-54)— y B de la Cámara Nacional en lo Civil —17/12/85, "G., J. M. c/M., M.E." ("L.L.", 1986-B-65); la Sala A de la Cámara Nacional en lo Comercial —14/11/85, "Granzella c/Amparo Cía. Seg." ("L.L.", 1986-A-355)—; la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal Sala Iª —3/9/85, "Fernández de Fonseca c/EFEA" ("L.L.", del 24-9-85, sección Actualidad, p. 1); la Cámara Civil y Comercial de Junín —12/12/85, "Dothat c/Impinnisi" ("E.D.", 117-353) y 19/12/85, "Empr. Transportes Villa Belgrano c/Iecsa S.A." ("J.A.", 1986-I-679); etc.; y aceptado también por la propia Corte Suprema Nacional en su fallo del 17 de octubre de 1985, en los autos "Tello c/Pcia. de Buenos Aires" ("L.L.", 1986-A-351 y "E. D.", 117-354).

Y el mismo fenómeno quizá pueda volver a repetirse con relación a la ley 23.928, ya que en cuanto a su art. 7 ya existen algunas opiniones doctrinarias en el sentido de que, como el mismo se refiere pura y exclusivamente "a las obligaciones de dar una suma determinada de australes", no alude ni involucra para nada, por lo tanto, a las obligaciones de valor que tienen un objeto distinto del dinero [17]. La juris-

16 ATILIO ANÍBAL ALTERINI, *El austral (decreto 1096/85): unidad de cuenta y medio de pago. Cuestiones resueltas y cuestiones pendientes*, en "L.L.", 1985-C, p. 1083 y ss., núm. 23; ídem, *Los honorarios del abogado y el régimen del Austral*, en "L.L.", 1985-C, p. 1.213 y ss., núm. 9-c); ídem, *La indemnización expropiatoria —como deuda de valor— no está sujeta a desagio*, en "L.L.", 1985-D, p. 208 y ss.; ROBERTO M. LÓPEZ CABANA, *Las deudas dinerarias y de valor en el régimen del Austral*, en "L.L.", 1985-D, p. 838 y ss., núms. I y II; JORGE MOSSET ITURRASPE, *El desagio. Análisis jurídico, impositivo, contable y financiero* (obra conjunta con LUIS MOISSET DE ESPANÉS y CARLOS FEDERICO TORRES), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1985, p. 136; JORGE MOSSET ITURRASPE-RICARDO LUIS LORENZETTI, *Derecho monetario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, p. 74; GUILLERMO E. SERATTI, *El decreto 1096/85 y los honorarios de arquitectos e ingenieros por proyecto y dirección de obra*, en "E.D.", vol. 115, p. 841, núm. I.

17 ATILIO A. ALTERINI, *Desindexación. El retorno al nominalismo*, cit., p. 129 y ss., núm. 61 y ss.; ídem, *Las deudas de valor no están alcanzadas por la ley 23.928 de convertibilidad del Austral*, en "L.L.", 1991-B, p. 1050 y ss.; JUAN JOSE CASIELLO, *Ley de convertibilidad y desindexación*, en "Convertibilidad del Austral". Estudios jurídicos. Primera serie, Bs. As., Zavalía editor

prudencia en cambio, afortunadamente, todavía no ha tenido ocasión de expedirse sobre este tema, quizá porque hasta el momento el plan estabilizador allí instrumentado por el Gobierno ha marchado bastante bien, y porque, como lo apunta Galbraith [18], "cuando (el dinero) es bueno, la gente piensa en otras cosas".

Pero de todas formas no se puede descartar —¡Dios no lo quiera!—, que ese plan se descarríe y se vuelva a agudizar el proceso inflacionario, que aunque adormecido se mantiene sin embargo latente. Y en tal caso, como bien lo señalara Atilio Aníbal Alterini [19], "el valorismo va a volver", de alguna manera, sea como sea, y a pesar del nominalismo sin ambages instituido en la ley 23.928. Pues, como lo recuerda Boehmer, "por muy acentuado que sea el carácter de *jus strictum* de las leyes monetarias, con todo su rigor e inflexibilidad... *todavía queda cierto margen para la creación del Derecho por vía judicial en virtud del* 'jus aequum' " [20]; y máxime si se tiene en cuenta también que, como lo destaca Hirschberg, *"el tribunal no puede ser el único lugar donde se ignore un hecho que conoce todo el mundo. Apartarse del principio nominalista en tales circunstancias no afecta a la moneda nacional ni a su valor; su único objetivo es asegurar una solución justa para las partes"* [21].

Para ello se cuenta hoy, por lo demás, con todos los antecedentes de esa ardua evolución jurisprudencial, durante casi 40 años de nuestra historia reciente, sobre que hemos venido hablando; lo que constituye un bagaje de importantísimos conocimientos, definitivamente incorporados a nues-

---

1991, p. 87 y ss., núm. 2.1.5.; ídem, *¿El fin de la indexación? (Reflexiones sobre la llamada ley de convertibilidad del Austral)*, en "L.L.", 1991-B, p. 1046 y ss., FÉLIX A. TRIGO REPRESAS, *Nominalismo, prohibición de actualizar deudas y desindexación en la ley 23.928*, en "Convertibilidad del Austral". Estudios jurídicos. Segunda serie, Bs. As., Zavalía editor, 1991, p. 240 y ss., núm. 7.1.

18 JOHN KENNETH GALBRAITH, *El dinero*, trad. J. Ferrer Aleu, Bs. As., Madrid, Hyspamerica, 1983, p. 11.

19 ALTERINI, *Desindexación*, cit., p. 143 y ss., núm. 69.

20 BOEHMER, ob. cit., p. 615.

21 HIRSCHBERG, ob. cit., p. 69 y ss., núm. 30.

tro saber jurídico; a los que, a no dudar, habrán de recurrir nuevamente nuestros tribunales si, por desgracia, la inflación y el nominalismo vuelven a desquiciar la relación entre el valor escrito y el real poder adquisitivo de nuestra moneda.

CONVENCIONES INTERNACIONALES CON INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS Y EL DERECHO DE FAMILIA (1940-1990)

Disertación pronunciada por el académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, en la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

En adhesión al cincuentenario de la ilustre Academia que nos convoca a este nuevo encuentro, me propongo referirme a los convenios internacionales que la República ha suscripto entre 1940 y 1990 y que tienen incidencia en el régimen de la capacidad de las personas y el derecho de familia.

Respetando la cronología, debo mencionar en primer lugar a los Tratados de Montevideo de 1940 suscriptos el 19 de marzo de ese año por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay, que como Tratados de derecho internacional privado no contienen disposiciones que haya podido modificar el derecho interno argentino, sino únicamente normas para determinar la ley aplicable en el régimen de relaciones jurídicas en que por existir elementos extraños al derecho local, sea necesario establecer la jurisdicción o ley sustantiva que rigen tales relaciones y en tanto se trate de conflictos que puedan suscitarse respecto de los países signatarios. Justo es evocar a los juristas que integraron la delegación argentina que suscribió los tratados. Fueron Juan Álvarez, Dimas González Gowland, Carlos M. Vico, Ricardo Marcó del Pont, Carlos Alberto Alcorta y Juan Agustín Moyano. Los dos primeros fueron miembros de número de nuestra Academia.

Dichos tratados modificaron buena parte de las reglas que se habían establecido en los anteriores de 1889. El Con-

greso Argentino inexplicablemente demoró su ratificación y recién la dispuso el decreto ley 7771 del año 1956.

En cuanto al contenido de ellos, cabe mencionar varias disposiciones que se relacionan con el derecho de las personas y el derecho de familia.

Debe señalarse que, dada la trascendencia que en el derecho internacional privado tiene la determinación de la ley aplicable para regir la capacidad de las personas, el Tratado de 1940 ratificando lo que disponía el de 1889, sigue el principio de la ley del domicilio, o sea lo que establece nuestro Código Civil en sus artículos 6, 7 y 948, en vez de seguir la ley de la nacionalidad que había aceptado el Tratado de Lima de 1878, lo que motivó que no fuera ratificado por la República Argentina. Sólo he de referirme a las normas modificatorias o ampliatorias del nuevo tratado de derecho civil.

En primer lugar, el Tratado de 1889 no daba un concepto propio del domicilio pues se limitaba a disponer que la ley del lugar de residencia determinaba las condiciones requeridas para que ella constituyera domicilio. En cambio, el de 1940 da una definición uniforme, no de reglas de solución sino sobre lo que debe entenderse por domicilio, disponiendo que en los casos no previstos en el Tratado el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias siguientes: a) la residencia habitual en un lugar con ánimo de permanencia en él; b) a falta de tal elemento la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge e hijos menores o incapaces o la del cónyuge con quien haga vida en común y a falta de cónyuge la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva; c) el lugar del centro principal de sus negocios; d) en ausencia de todas esas circunstancias se reputará como domicilio la simple residencia.

También el Tratado de 1940, cubriendo una laguna del de 1889, consagra una norma sobre el domicilio de las personas de existencia ideal, disponiendo que las personas

jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios, y los establecimientos, sucursales o agencias constituidas en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliadas en el lugar donde funcionan en lo concerniente a los actos que allí practiquen.

En cuanto a la prueba del domicilio de las personas físicas, el Tratado de 1940 incorporó como principio la propuesta que el doctor Vico había presentado en 1922 a la International Law Association. En el art. 11 de aquél se establece que en caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará, salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar adonde llega, y en su defecto, de las circunstancias del cambio.

Sobre el régimen de la tutela y curatela, sabido es que la doctrina ha formulado varios sistemas para determinar la ley que las rige. El Tratado de 1889 determinó que las facultades de los tutores y curadores respecto de los bienes de los incapaces situados fuera de su domicilio debían regirse por la ley de la situación. En cambio, el de 1940 dispone que dichas facultades se determinan por la ley del domicilio "en todo cuanto no esté prohibido sobre materias de estricto carácter real por la ley del lugar de la situación de los bienes". El tratado de 1940 no introdujo innovación respecto del anterior, en cuanto la determinación de la ley que rige el discernimiento de la tutela y curatela, que se someten a la ley del lugar del domicilio de los incapaces (arts. 18 del de 1889 y 25 del de 1940).

En el derecho de familia, el Tratado de 1940, igual que el de 1889, establece la edad mínima para contraer matrimonio en 14 años para el varón y 12 para la mujer, igual que en nuestra vieja ley 2393. La ley 14.394 elevó a 16 y 14 años respectivamente la edad que debían tener los contrayentes y la 23.515 a 18 el varón y 16 la mujer (art. 166 inc. 5º del Código Civil), de modo que en las relaciones regidas por el Tratado de Montevideo de 1940 tendría que aplicarse la menor edad que éste determina.

El Tratado de 1889 nad aprevé sobre los efectos de la nulidad del matrimonio, limitándose a expresar que la ley del domicilio conyugal rige la separación y disolubilidad del vínculo siempre que las "causales" alegadas sean admitidas por la ley del lugar donde se celebró el matrimonio. En cambio, el de 1940 establece que los efectos de la nulidad del matrimonio se rigen por la ley del domicilio conyugal en los casos del art. 13 o sea los que se refieren a los impedimentos impedientes y aplica la ley de la celebración, salvo cuando medien los dirimentes enunciados en la segunda parte del mismo artículo, o sea los casos de parentesco, ligamen, crimen y falta de edad mínima.

Acerca de la jurisdicción en los juicios de nulidad de matrimonio, divorcio y disolución, y en general todo lo relativo a las relaciones personales de los cónyuges, ya el Tratado de 1889 establecía que debían iniciarse ante los jueces del domicilio conyugal y los jueces del lugar de residencia tendrían competencia para adoptar las medidas de urgencia, concernientes a relaciones personales de los esposos, ejercicio de la patria potestad, tutela y curatela. El de 1940 mantiene esos principios, pero modifica el art. 8º que en el anterior decía que el domicilio conyugal es el que tenía constituido el matrimonio, en tanto que el de 1940 dice que es el lugar donde el matrimonio vive de consuno.

En materia de ejercicio de la patria potestad, el Tratado de 1940 determina que los derechos y deberes personales de la patria potestad se rigen por la ley del domicilio de quien la ejerce, y también determina el régimen de los bienes de los hijos, su enajenación y demás actos de que puedan ser objeto sobre materia de estricto carácter real, en tanto no lo prohíba la ley de su situación.

En el Tratado de 1940, aparecen disposiciones sobre la adopción que no traía el anterior de 1889 y que entre nosotrs son de interés en razón de haberse sancionado la ley de adopción, primero en la nº 13.252 y luego en la nº 19.134 del 21 de julio de 1971, parcialmente modificada por las leyes 23.264 y 23.515. Ahora el tratado vigente dispone que

la capacidad de las personas en cuanto a las condiciones, limitaciones y efectos de la adopción se rige por las leyes del domicilio de cada parte en lo que sean concordantes con tal que el acto conste en instrumento público y las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de ellas está sometida.

Continuando con el orden cronológico de las fechas de ratificaciones debo mencionar la convención sobre nacionalidad de la mujer, suscripta en la Séptima Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo el 26 de diciembre de 1933 y ratificada en la Argentina por el decreto ley 9982 del 23 de agosto de 1957. Esa convención impide efectuar toda posible distinción basada en el sexo en materia de nacionalidad. Esa convención carece de toda clase de efecto entre nosotros porque nuestra legislación en materia de ciudadanía y nacionalidad ninguna discriminación hacía por razón del sexo de las personas.

En la misma fecha del decreto ley ratificatorio de la Convención de Montevideo que recién he mencionado, también se ratificó por decreto ley 9983/57, la convención Interamericana sobre derechos civiles de la mujer, que se había suscripto en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en 1948 en Bogotá, y que dispuso otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre.

Entre nosotros la convención, convertida en ley, no significó de hecho una modificación de importancia en el régimen de la capacidad civil de la mujer. En efecto, la sanción de la ley 11357 del año 1926 consagró una notable reforma del status jurídico de la mujer, mediante la supresión de las incapacidades de derecho que hasta entonces le afectaban, por una parte; por otro lado, por la equiparación en el ejercicio de los derechos de la mujer soltera, viuda o divorciada con el hombre mayor de edad, y, en fin, mediante la ampliación fundamental de la capacidad de la mujer casada, hasta entonces sustancialmente restringida por el código civil, dado que el codificador no había juzgado

prudente apartarse demasiado acentuadamente del régimen hasta entonces en vigor, dado por la estructura de las normas de la legislación española, que, con pocas reformas, rigió hasta la sanción del código civil.

Las deficiencias de técnica legislativa de la ley 11.357 dieron motivo a múltiples dudas en su interpretación por la doctrina y discrepancias en los fallos judiciales. Incluso pueden exponerse, como elocuente expresión de aquéllas, las divergencias acerca de si después de la ley la mujer casada debía continuar reputándose incapaz relativa de hecho, como lo establecía el código (art. 55, inc. 2º) o si la incapacidad había sido derogada por la ley, conclusión ésta que aunque en la práctica parece la exacta, dado que la esfera de su actuación posible pasó a ser amplísima, salvo excepcionales limitaciones, desde el punto de vista técnico jurídico es más lógica la conclusión contraria, dado que la ley se limitó a enumerar los actos para los que quedaba facultada, criterio sólo explicable frente a la subsistencia de una incapacidad genérica (Busso, E. B., *Código civil anotado*, t. I, pág. 420; Orgaz, A., *Personas individuales*, pág. 191; Llambías, J. J., *Tratado de derecho civil argentino*, Parte general, t. I, pág. 571, y Spota, A. G., *Tratado de derecho civil*, tomo I, vol. 3, págs. 320 y ss.).

Precisamente, entre los actos que la ley 11.357 mantuvo dentro de la excepcional incapacidad de ejercicio en la mujer casada quedaron la aceptación de herencias sin beneficio de inventario y la disposición a título gratuito de bienes propios, ambos por interpretación a contrario del art. 3º, inc. 2º, apartados c) y f) de la ley, pero la ley 17.711 derogó el art. 3º de la ley 11.357, con lo que desde la vigencia de aquella el 1º de julio de 1968, ningún efecto concreto tiene la convención de Bogotá, ya que ahora no existe diferencia alguna en materia de derechos civiles de la mujer y el hombre.

Pero ya que estamos tratando un tema de reciente historia del derecho, vale la pena recordar que la Convención de Bogotá, que era ley desde agosto de 1957, pese a la

modificación de las normas que gobiernan el estatuto civil de la mujer casada, pasó casi inadvertida, incluso entre calificados juristas, como lo prueba el hecho de que con posteoridad a su vigencia aparecieron dos importantes tratados de derecho civil argentino que honran por su calidad a nuestra cultura jurídica y ninguno de ellos menciona la Convención, desarrollando el tema de la capacidad de la mujer casada simplemente al tenor de la ley 11.357. El primer trabajo que trató el tema, fue del distinguido colega de nuestra Academia de Buenos Aires, Dr. Elías P. Guastavino que estudió exhaustivamente el asunto, en la "Revista del Colegio de Abogados de La Plata", tomo IV, Nº 8, año 1962, titulado "Régimen jurídico de los cónyuges después de la ratificación de la Convención de Bogotá de 1948", en el que hizo un análisis completo del asunto.

La claridad de las normas de la Convención que fueron ley de la Nación desde que se ratificaron por el poder competente, y lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional, hacían indiscutible que se había operado en nuestro régimen legal la equiparación de los derechos civiles de la mujer casada y del hombre; es decir, que desapareció la excepcional incapacidad de hecho que subsistía respecto de aquélla, después de sancionada la ley 11.357.

Por cierto que, como lo demostró Guastavino en el trabajo que hemos mencionado, la Convención de Bogotá, a diferencia de otros instrumentos internacionales, no consagró un mero principio programático subordinado a la ulterior ley reglamentaria nacional. Por el contrario, en el caso se impuso la reforma de la ley interna, desde el momento de la ratificación de aquélla, pues la Convención otorga a la mujer los mismos derechos del hombre, lo cual significó la vigencia operativa directa.

Esta cuestión que dio motivo a algunos debates en otros precedentes de Conferencias Internacionales, como en el caso de la ley 12.232, ratificatoria de las convenciones aprobadas en 1921 en Ginebra, se considera categóricamente resuelta, en el sentido de que si el legislador argentino ha

entendido ratificar los instrumentos internacionales poniéndoles en vigencia en el ámbito local, las nuevas normas tienen autoridad inmediata.

Tal doctrina surge del fallo de la Corte Suprema de Justicia dictado en el caso "Alonso G. contra Haras Los Cardos" ("Fallos" de la C.S.N., tomo 186, pás. 258), dictado con relación a la Convención de Ginebra de 1921 sobre accidentes a trabajadores rurales, ratificada por la ley 12.232 cuya directa operatividad excluyó la Corte por surgir de los antecedentes particulares que el legislador no había entendido, al sancionarla, modificar la ley 9688.

En cambio, en los casos en que la sanción ratificatoria demostraba la directa modificación de la ley nacional, la Corte admitió la vigencia inmediata de las nuevas disposiciones, por ejemplo, en ocasión de sancionarse la ley 11.132 que aprobó las Convenciones de Bruselas sobre abordaje, salvamento y asistencia en el mar ("Fallos", t. 150, pág. 184).

Más aún, ulteriormente la Corte Suprema dictó un importante fallo en autos "Martín y Cía. Ltda. S. A. contra Gobierno Nacional Administración General de Puertos" ("La Ley", t. 113, pág. 458), en el que explícitamente se refirma la doctrina de que los tratados internacionales son leyes de la Nación e integran por igual el ordenamiento interno de la República, cumplidos respecto de aquellos las normas de la organización constitucional, o sea, la ratificación legislativa que, como hemos dicho en el caso de la Convención de Bogotá de 1948 se cumplió por el decreto-ley 9983/57, luego ratificado, a mayor abundamiento, por la nº 14.667.

Con posterioridad a la ratificación de la Convención de Bogotá a que acabo de referirme, la ley 18.444 sancionada el 18 de noviembre de 1969 aprobó la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro de los matrimonios que la Argentina suscribió en la sede de las Naciones Unidas el 7 de noviembre de 1962 en la que se acordó que no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de

ambos contrayentes expresado por éstos *en persona* después de la debida publiicdad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. Se consagra así la prohibición de contraer matrimonio por poder, como principio, pero se admite en el art. 2º que no es necesaria la presencia de una de las partes cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescripto por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

Esta convención es, a mi juicio, directamente operativa, criterio que ha seguido la doctrina, pero en cambio existen discrepancias de interpretación. En efecto, parte de los autores sostiene que puede celebrarse el matrimonio si sólo uno de los contrayentes ha otorgado el poder y el otro comparece personalmente. Ese es el criterio que ha impuesto el Registro de Estado Civil de la Capital Federal por resolución 16/70 del 28 de abril de 1970, de acuerdo con la cual se dispone que no podrán celebrarse matrimonios en los que ambos contrayentes comparezcan por apoderados, debiendo uno de ellos estar presente personalmente. Esta disposición a mi juicio no se ajusta a lo que la convención dispone, ya que claramente expresa que los contrayentes deben expresar su pleno y libre consentimiento en persona, y sólo podría celebrarse actuando uno de ellos por poder si se acreditan circunstancias excepcionales y el poderdante hubiera expresado su voluntad no ante el escribano autorizante del mandato, sino ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio, o sea lo que se denomina matrimonio a distancia. Tal es el criterio que sostiene el Dr. Elías Guastavino en su trabajo *Celebración del Matrimonio* publicado en "Jurisprudencia Argentina", t. 1971-doctrina, pág. 149 y al cual adhiere Belluscio en *Tratado de Derecho de Familia-Matrimonio*, t. 1, pág. 481.

Además, la convención establece que los Estados que la suscriben adoptarán las medidas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrmionio, pero agre-

ga que respecto de las personas que no hayan cumplido dicha edad, se admitirá que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes dispense el requisito de la edad.

Debe mencionarse también la ley 22.546 sancionada el 1º de marzo de 1982 que aprobó el convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y el Uruguay, que se suscribió en Montevideo el 31 de julio de 1981. Ambos gobiernos anuncian como objeto del convenio asegurar la pronta restitución de menores que indebidamente se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte y considera indebida la presencia de un menor en el territorio del otro Estado, cuando se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores. Además se establece que una persona será considerada menor de acuerdo con lo establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual. Se consagran también normas de competencia judicial y procedimiento a seguir en el pertinente trámite.

Esta convención se suscribió entre el Uruguay y la Argentina, pero sobre el mismo asunto de los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores la ley 23.857 sancionada el 27 de septiembre de 1990 ratificó el convenio adoptado por la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, aprobada el 25 de octubre de 1980 con disposiciones fundamentalmente similares a las del tratado suscripto con el Uruguay.

Debo referirme ahora a la Convención Americana sobre derechos humanos, llamada pacto de San José de Costa Rica por haber sido firmado en dicha ciudad el 22 de noviembre de 1969, y que fue aprobada por ley 23.054, el 1º de marzo de 1984. Los Estados Americanos que la signaron expresaron que el propósito de la Convención era consolidar en el continente dentro de las instituciones democráticas un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en

el respeto de los derechos esenciales del hombre que no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana por lo cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esta Convención contiene una importante enumeración de deberes, de derechos civiles y políticos, económicos y culturales, principios sobre suspensión de garantías y la institución de órganos competentes para hacer efectiva la protección de los derechos que reconoce, instituyendo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana.

A fin de ceñirme al tema de esta comunicación, me referiré únicamente a los derechos que tienen incidencia respecto de la capacidad de las personas y el derecho de familia.

En el capítulo II, que trata sobre los derechos civiles y políticos, los artículos 17, 18 y 19 reglan el tema de protección a la familia, el derecho al nombre y derechos del niño. Las normas que enuncian son casi todas meramente programáticas salvo, a mi juicio una a la que me referiré acerca de la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, que si bien directamente operativa, no tiene incidencia en el derecho argentino por estar ya reconocida en el derecho interno.

Ejemplo de lo primero es el enunciado del art. 17, apartado 1, en cuanto expresa que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. Lo mismo debe decirse del apartado 2 en cuanto afirma que se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene la edad y las condiciones requeridas para

ello por las leyes internas en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en la convención. Se declara también que el matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes y que los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio y en caso de disolución del mismo así como que en este caso se adoptarán las disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. Parece innecesario decir que todas estas enunciaciones no tienen incidencia en el derecho argentnio pues éste reconoce y asegura la efectividad de aquéllas.

Lo mismo, por igual motivo, el principio del art. 17, apartado 5, en cuanto expresa que la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo se aplica en la República, pues el art. 240 del Código Civil, en la redacción que le dio la ley 23.264 sancionada el 25 de septiembre de 1985 ha consagrado dicha igualdad al establecer que "la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

Por fin, debo mencionar la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por resolución de la Asamblea General de la Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada en la Argentina por ley 23.179, del 8 de mayo de 1985. Se trata de una Convención de articulado analítico y de considerable extensión pero que no tiene incidencia sobre el derecho argentino dado que en el mismo no existen discriminaciones por razón de sexo, en perjuicio de la mujer.

* * *

De la sucinta exposición que he hecho sobre convenios internacionales suscriptos entre 1940 y 1950 con incidencia en el régimen de la capacidad de las personas y el derecho de familia, debe señalarse que la Argentina tenía desde antes de dichos convenios un régimen jurídico de pleno reconocimiento de los derechos de las personas y sólo en muy contados casos aquellos tratados han reconocido derechos que nuestras leyes no consagraban pero que actualmente tienen ya efectiva vigencia. Es por cierto satisfactorio que nuestro país se haya adelantado consagrando normas jurídicas de respeto pleno a los derechos humanos que, por consenso, los países civilizados se han preocupado de que sean universalmente reconocidos.

LA LEGISLACIÓN AERONÁUTICA ARGENTINA. 1940-1990

Trabajo presentado por el académico Dr. Federico N. Videla Escalada, en la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

I. – INTRODUCCIÓN

Debido a la escasa extensión de su historia, ya que prácticamente nació en nuestro siglo, sin perjuicio de haber tenido algunas manifestaciones anteriores, la vida del Derecho Aeronáutico Argentino se ha desarrollado casi en su totalidad en los cincuenta años transcurridos entre 1940 y 1990.

Ello otorga a la evolución producida en estos años una característica muy particular: partió casi de la nada y alcanzó una entidad significativa, que se extendió al campo de nuestro ordenamiento jurídico interno y al planetario, esto último debido al peso de uno de sus caracteres más destacados: su internacionalidad.

En ambos sectores, había en 1940 poca legislación positiva y, circunstancia poco común en otras ramas del ordenamiento jurídico, un Convenio Internacional, el de París de 1919, era la fuente de las disposiciones sancionadas por los Estados para aplicarse en su ordenamiento doméstico y ello ocurría también en nuestro país.

Cabe, sí, citar algunos trabajos doctrinarios realmente valiosos, como la tesis sobre *Derecho Público Aeronáutico* de Isidoro Ruiz Moreno (h), editada en 1934 y, especialmente, la labor de uno de los pioneros de la materia en el mundo, el ilustre Gonzalo A. García, apasionado cultor que formó a una amplia pléyade de discípulos que siguieron y aplicaron sus enseñanzas, discípulos a los que apoyó, tanto con sus orientaciones como con el aporte invalorable de la

utilización de su biblioteca especializada, sumamente rica y permanentemente actualizada.

A su esfuerzo se debió la creación de la Sección Argentina del Comité Jurídico Internacional de la Aviación y el impulso a los estudios de la disciplina y su permanente comunicación con los más egregios estudiosos del Derecho Aeronáutico extranjero permitió que nuestro país estuviera constantemente informado de los trabajos de los autores y de las leyes, como la francesa de 1924, o los Convenios sobre responsabilidad aeronáutica (Varsovia de 1929 y Roma de 1933) o el relativo a embargo e inmovilización de aeronaves, sancionado también en la Capital italiana en 1933, todos ellos basados en proyectos del CITEJA.

Nuestro país, sobre la base de la acción de esos juristas, que abrieron cauce a los estudios de Derecho Aeronáutico, había elaborado proyectos de ley valiosos, que no pueden ser pasados en silencio, sino que merecen, al menos, una mención.

En 1935, un decreto firmado por el Presidente General Agustín P. Justo y su Ministro del Interior, el ilustre Profesor de Derecho Marítimo Leopoldo Melo, dispuso designar una Comisión redactora de un Proyecto de Ley de Aeronáutica Civil. La integraron Gonzalo A. García, Isidoro Ruiz Moreno (h) y Francisco Mendez Gonçalvez, quienes prepararon un valioso anteproyecto de 230 artículos, que fue calificado con justicia como "un edificio jurídico digno de todo elogio" por el Profesor Héctor Perucchi, uno de los redactores del Código hoy vigente [1]. El texto fue precedido por una excelente Exposición de Motivos, obra de García [2].

Poco tiempo después, se elaboró otro importante esfuerzo tendiente a dotar a la Argentina de leyes orgánicas en materia aeronáutica.

1 Ver H. PERUCCHI, *Proyectos de leyes aeronáuticas en la República Argentina*, I.N.D.A.E., Buenos Aires, p. 11.

2 Ver *Anteproyecto de ley de Aeronáutica Civil*, Biblioteca Aeronáutica, Ed. Aviación, Nº 35.

No se trataba en este caso de una legislación general, sino de una normativa orgánica atinente a uno de los temas más importantes y de mayor interés práctico de su ámbito: el transporte aéreo.

Su autor fue el Dr. Eduardo J. Bullrich [3].

Estas pocas menciones permiten apreciar que desde antes de 1940 se trabajaba intensamente en la Argentina en el campo del Derecho Aeronáutico, pero esos esfuerzos no habían alcanzado sino un relativo éxito en el plano legislativo.

Con anterioridad, en 1925, el Poder Ejecutivo había remitido a la Cámara de Diputados un Anteproyecto de Ley de Tráfico Aéreo, dividido en diez capítulos. Contenía valores ponderables, pero lamentablemente no fue sancionado.

En efecto, sólo se habían dictado decretos, dignos de ponderación por la fecha que llevan, pero que no llegaron a conformar una legislación orgánica y revestida de la autoridad de la ley.

Como punto de partida, debe recordarse el decreto del 4 de septiembre de 1925, inspirado en las disposiciones del Convenio de París de 1919 y que contenía reglas relativas al sobrevuelo, aterrizaje y acuatizaje en el territorio argentino, incluidas sus aguas territoriales.

Al poco tiempo, el 13 de agosto de 1926, fue seguido por otro decreto, cuyos puntos más destacados son la clasificación de las aeronaves civiles y los preceptos referidos al vuelo de las que llegaran al territorio argentino o salieran de él.

Estos dos textos fueron complementados con otros decretos destinados a resolver cuestiones parciales, como el 13.458 de 1932, el cual también se ocupa de las reglas a que deben ajustarse las máquinas al ingresar o al salir de nuestro país y el 40.331 de 1934, que trataba de las habilitaciones de los pilotos civiles.

En cuanto a textos internacionales, la ley 12.152 re-

3 Ver EDUARDO J. BULLRICH, *Régimen y organización de la aeronáutica civil*, Buenos Aires, 1938, p. 377.

viste singular importancia, dado que en 1935 ratificó el Convenio de París de 1919, que constituye el verdadero punto de partida de la historia del Derecho Aeronáutico, ya que lo anterior puede ser considerado la prehistoria de la disciplina jurídica en cuestión.

Después de esta breve enunciación de los antecedentes previos a 1940 de nuestro Derecho Aeronáutico, no es aventurado decir que en los cincuenta años posteriores se desarrolla prácticamente toda la evolución de la materia entre nosotros, tal como fue afirmado en el principio de este trabajo.

Como el progreso de la aviación y del Derecho Aeronáutico, que ha tenido que adaptarse a ese crecimiento espectacular, motiva que lo ocurrido en su ámbito en el último medio siglo tenga un contenido muy amplio y de innegable densidad, hemos creído razonable limitar el análisis a los textos legislativos y no hacer referencia a los aspectos vinculados con la jurisprudencia y la doctrina, sin perjuicio de algunas menciones que introduciremos cuando lo estimemos necesario.

Debido a la relevancia de los convenios internacionales, se hace indispensable tomarlos en consideración y, por ello, hemos de ajustarnos a la siguiente metodología: en primer término, nos referiremos a leyes orgánicas internas, es decir, los dos códigos, que fueron sancionados en 1954 el primero y el actual en 1967 y, posteriormente, trataremos de la ratificación de convenios internacionales elaborados en materia aeronáutica e, inclusive, citaremos algunos protocolos de modificación de esos textos, que aun no han entrado en vigencia, pero que cuentan hoy con la ratificación de la República Argentina.

La comparación entre el estado de nuestro derecho positivo en materia de aviación civil al comienzo del medio siglo que abarca nuestro estudio y al finalizar el mismo, permitirá apreciar sin dificultad el avance de nuestro Derecho Aeronáutico.

II. – LA LEGISLACIÓN INTERNA, 1940-1990

A) *El Código Aeronáutico de 1954, ley 14.307*

Sobre la base del Anteproyecto de Ley de Aeronáutica Civil de 1935, comenzó en 1948 el trabajo de elaboración de un Código Aeronáutico.

Con este fin, el entonces Ministerio de Aeronáutica designó una comisión para que preparase un Anteproyecto. La presidió el Dr. Gonzalo A. García y tuvo por secretario al Dr. Néstor Errecart y como vocales a los Dres. Julio Gómez, Mariano Alurralde, Félix Ballester (h) y Ricardo Idoyaga.

Tras una tarea que duró dos años, ese organismo preparó un texto, que pasó a una Comisión Revisora, presidida por el mismo Dr. García y compuesta por el Dr. Héctor Perucchi como secretario y los Dres. Néstor Deppeler, Jorge Damianovich, Juan R. Pérez Manzano y Carlos Pasini Costadoat.

Durante todo el trabajo de elaboración, los redactores contaron con una amplia y eficaz colaboración del Instituto de Derecho Aeronáutico de la Nación (hoy INDAE).

La obra se ajustó, en materia de técnica legislativa, a la metodología de nuestra codificación general, es decir, se dividió en títulos, subdivididos en capítulos.

Contó con una excelente Exposición de Motivos, redactada por García, la cual seguía a breves explicaciones preliminares, en que se expusieron algunos aspectos y se reseñaron las orientaciones medulares del trabajo.

Como observación general de innegable importancia, debe señalarse que el código fue sancionado durante la efímera vigencia de la Constitución Nacional de 1949, derogada en 1956.

Esa circunstancia determinó que se introdujeran algunas soluciones en materias importantes que debieron ser adoptadas por la necesidad de sujetar la ley a normas constitucionales en vigor.

Esto fue particularmente marcado en la regulación de los servicios de transporte aéreo, ya que el texto constitucional disponía que sólo el Estado podía prestar servicios públicos, entre los cuales, lógicamente, estaban comprendidos los de transporte regular.

Al reimplantarse la Constitución histórica de 1853, imbuida por un pensamiento menos estatista, se hizo necesario modificar los preceptos destinados a regular ese tema fundamental de la aviación comercial.

Pero, en general, el primer Código Aeronáutico de la República Argentina fue una obra meritoria, que refleja la sólida preparación de sus redactores y, en su momento, fue considerada una de las más destacadas en el ámbito de la legislación comparada referida a la aviación.

Inclusive, debe señalarse que se tomaron en cuenta los convenios internacionales existentes en el momento de su elaboración, como los relativos a la responsabilidad del transportista y a la del explotador de aeronaves frente a daños experimentados por terceros en la superficie [4].

B) *El actual Código Aeronáutico, ley 17.285*

Diversas circunstancias se aunaron para que pocos años después de sancionado, el código de 1954 fuese reemplazado por una nueva ley orgánica, que se mantiene vigente hasta hoy.

Desde un punto de vista genérico, fue determinante el dinamismo característico del Derecho Aeronáutico, que lo obliga a transformaciones frecuentes para mantener su necesaria adaptación a las necesidades y exigencias impuestas por el progreso constante que registra la aviación.

Si esto ocurre en todo tiempo, es evidente que, específicamente, los años que siguieron a la finalización de la Segunda Guerra Mundial se caracterizaron por una evolución aun más acelerada y tuvieron un ritmo muy intenso en

4 Ver ley 14.307, arts. 134 y s. y 149 y s.

cuanto a las modificaciones de las técnicas aviatorias y, en general, en muchos sectores del ámbito de la aeronavegación.

En primer lugar, cabe recordar que la sanción, en 1944, del Convenio de Chicago, había dado lugar a la terminación de la égida del de París de 1919, que debió ser denunciado por todos los Estados que ratificaron el nuevo convenio general [5].

Aun cuando el código de 1954 había sido sancionado diez años después de la Conferencia de Chicago, todavía reflejaba, lógicamente, la influencia de la primera carta magna de la aviación internacional y la adaptación al esquema elaborado en Chicago sólo había empezado a manifestarse a partir de algún tiempo posterior a la entrada en vigencia del nuevo texto.

Inclusive, conviene tener en cuenta que inicialmente funcionó la OPACI, organismo de carácter provisional y sólo más tarde quedó constituida la OACI, institución definitiva, que en la actualidad está integrada por más de ciento sesenta Estados.

A propósito de esto, cabe acotar que ese extraordinario jurista que fue Eugène Pépin escribió un notable artículo en el cual comparaba las leyes sancionadas durante el período dominado por el convenio de París y por el de Chicago, en el que reseñó las diferentes características que dichas legislaciones mostraban según el momento en que fueron sancionadas, características que permitían distinguir fácilmente los dos grupos [6].

También se había manifestado en el campo internacional la aparición de varias convenciones dedicadas a reglar temas de primera magnitud en el ámbito del Derecho Aeronáutico.

En efecto, en 1948, el Convenio de Ginebra sobre reconocimiento internacional de los derechos sobre aeronaves;

5 Ver Convenio de Chicago, art. 80.

6 Ver E. PÉPIN, *Development of the National Legislation since the Chicago Convention*, "Journal of Air Law and Commerce", vol. 24, Nº 1, Winter 1957, p. 1.

en 1952, el nuevo Convenio de Roma sobre responsabilidad por daños sufridos por terceros en la superficie, texto que había incorporado nuevas reglas complementarias incluidas en el Protocolo de Bruselas de 1938, y, tras un largo proceso de reforma, en la Conferencia de La Haya de 1955 se había aprobado un Protocolo que sólo introdujo modificaciones en el Convenio de Varsovia y fue ratificado por un gran número de Estados, entre los cuales cabe mencionar a la Argentina.

Como complemento de la nueva versión del notable convenio que había regulado importantes aspectos del transporte aéreo y de la responsabilidad del transportista, se había suscripto, asimismo, el Convenio de Guadalajara de 1961, el cual, aun cuando había sido concebido en los comienzos de su elaboración como un cuerpo destinado a reglar los contratos de locación y fletamento de aeronaves, finalmente se redujo a determinar quién es transportista en el sentido del Convenio de Varsovia, calidad que se atribuyó tanto al porteador contractual como al de hecho, es decir, tanto al que celebró el contrato de transporte como al que efectuó el vuelo en ejecución del viaje convenido, solución que el nuevo código incluyó en su artículo 153 [7].

Inclusive había comenzado a conformarse la serie de los convenios vinculados con delitos aeronáuticos que comenzaban a proliferar en la década del 60, como los apoderamientos ilícitos de aeronaves o los atentados contra la circulación aérea o la aviación civil internacional.

Sin duda, tanto los nuevos documentos jurídicos como el crecimiento constante del transporte aéreo, impulsaban la reforma del Código de 1954 para adecuarlo a las nuevas condiciones entonces reinantes en nuestro país y en el mundo.

Y si estos acontecimientos proveían una sólida base a los trabajos de modificación de la legislación en muchos países, en el nuestro se sumaba un hecho fundamental: el retorno a la vigencia de la Constitución Nacional de 1853,

7 La nota al art. 153 menciona expresamente al Convenio de Guadalajara.

que imponía la adecuación de leyes cuyo espíritu se ajustaba a una filosofía mucho más restrictiva y estatista, como la que informaba a la de 1949 y requería la vigencia de nuevas normas homogéneas que concordaran con el régimen de libertad que inspira a la Carta Magna que nos rigió desde 1853/60 y que está vigente en la actualidad.

En la Exposición de Motivos del Código, están relatados los diversos pasos que, a partir de 1957, jalonaron el proceso de elaboración del nuevo código, el cual procuró recoger la mayor cantidad de opiniones calificadas para lograr una ley moderna, sólida y valiosa [8].

La tarea se inició en 1957, año en el cual, en cumplimiento de lo dispuesto en el decreto-ley 12.507, la Dirección Nacional de Aviación Civil creó una comisión que debía estudiar las modificaciones y enmiendas que era aconsejable introducir en el Código Aeronáutico entonces vigente. El trabajo de la comisión se concretó en un Anteproyecto, que fue remitido en consulta a las instituciones y personas vinculadas con la aviación y a estudiosos del Derecho Aeronáutico.

Tras la consideración de las observaciones y propuestas formuladas por los consultados, se conformó un Proyecto que se sometió al Congreso Nacional y fue tratado en el Senado, que le introdujo algunas modificaciones. Con esta base, se elaboró un nuevo texto, y finalmente, una Comisión revisora redactó el texto definitivo, que fue sancionado como ley 17.285.

La metodología del Código sigue el sistema tradicional en nuestro país: está dividido en títulos, éstos en capítulos y éstos en secciones.

Cuando se lo compara con el anterior, el Código muestra algunas novedades importantes, como haber agregado un título destinado a reglar la aeronáutica comercial y otro sobre la investigación de los accidentes de aviación [9].

También merece señalarse que se adecua integralmente

8 Ver Exposición de Motivos, p. 10 de la edición de Zavalía, 1979.
9 Ver títulos VI y IX del Código.

al sistema de nacionalidad y matrícula de aeronaves del Convenio de Chicago, así como a su texto y el de sus Anexos en temas de infraestructura.

Otras cuestiones dignas de mención en cuanto a su tratamiento se encuentran en los capítulos destinados al explotador de la aeronave, a la locación de tales aparatos, es decir, el más definido de los contratos de utilización, y a los privilegios que sobre ellos rigen. Todo el tema tiene como base la calificación de las aeronaves como cosas muebles registrables.

El tratamiento de los servicios de transporte aéreo prevé un sistema de competencia regulada con un adecuado margen de libertad y disposiciones tendientes a facilitar el desarrollo de la actividad transportista y de la formación de personal capacitado de nacionalidad argentina.

En materia de responsabilidad civil, están contempladas las obligaciones resarcitorias de los transportistas frente a los pasajeros y expedidores de mercancías, las de los explotadores de aeronaves respecto a terceros damnificados en la superficie y las concernientes a los abordajes aéreos.

Los servicios de protección al vuelo se reservan para el Estado Nacional, sin perjuicio de las necesarias conexiones con los de otros Estados o de particulares cuando así lo exigiese el interés público.

En materia penal, el código había tipificado los delitos de apoderamiento ilícito de aeronaves y de actos tendientes a poner en peligro la circulación aérea, lo cual implicó anticiparse a las formulaciones incluidas en los convenios internacionales de La Haya de 1970 y Montreal de 1971.

Dada la índole de este trabajo, que debe reducirse a una extensión necesariamente breve, nos abstenemos de incluir cualquier otro comentario sobre la ley orgánica que nos rige y sólo hemos de mencionar el contenido de sus dos primeros artículos debido a que, por su carácter general, dominan todos los preceptos incluidos en el código.

El primero fija su ámbito de aplicación: la aeronáutica civil, a la cual define como el conjunto de actividades

vinculado con el empleo de aeronaves, excluidas las militares. Esta posición implica extender la vigencia de la ley a las públicas no militares, con lo cual se amplía el campo fijado por el código anterior, que sólo comprendía a las aeronaves privadas.

Y aun conviene señalar que, inclusive las militares están sujetas al código en lo atinente a la circulación aérea, la responsabilidad y la búsqueda, la asistencia y el salvamento.

El artículo 2 también tiene importancia fundamental, ya que significa una definida consagración de la autonomía del Derecho Aeronáutico, con las consecuencias que de ello derivan [10].

Esta norma sigue en su estructura al artículo 16 del Código Civil, pero introduce una prelación más en comparación con ese precepto medular de nuestra legislación. Expresa que "Si una cuestión no estuviese prevista en este Código, se resolverá por los principios generales del derecho aeronáutico y por los usos y costumbres de la actividad aérea; y si aun la solución fuese dudosa, por las leyes análogas o por los principios generales del derecho común teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

En síntesis, puede afirmarse que nuestro Código Aeronáutico vigente fue, en el momento de su sanción, una de las más correctas leyes orgánicas reguladoras de la aviación civil y que todavía hoy admite una comparación decorosa con las de los países más adelantados, aun cuando, por el dinamismo del Derecho Aeronáutico, sea conveniente reformarlo para adecuarlo a las circunstancias hoy vigentes en el ámbito aviatorio, no sólo en los aspectos técnicos sino desde el punto de vista de la comunicación creciente de los seres humanos.

10 Ver el fallo de la Corte Suprema en el caso "Sud Atlántica c/Varig", 20-VI-1970, "El Derecho", 35, p. 67; "La Ley", 139, p. 451.

C) *Consideración de algunos temas especiales*

a) *El tratamiento legal de los ilícitos aviatorios*

Al referirnos a las disposiciones del Código vigente sobre algunos delitos aeronáuticos, dijimos que aquél se había adelantado a los convenios internacionales sobre represión de algunos que han representado y aun representan, aunque con menos gravedad, una terrible amenaza para la seguridad de las aeronaves, sus tripulaciones y pasajeros y para los aeropuertos y las personas que en ellos se encuentren y, en general, de la aviación civil internacional.

La preeminencia de este problema se pone de manifiesto en un hecho muy elocuente: los últimos convenios internacionales entrados en vigor [11] están dedicados específicamente a la represión de tales ilícitos.

En realidad, esos convenios, a través de las efectivas soluciones que prevén, constituyen instrumentos muy eficaces para enfrentar los ataques del terrorismo y de allí su relevancia.

Por ello, merece destacarse la solución incluida en nuestro Código al tipificarlos y prever las penas con que serían sancionados, en los artículos 217 y 218.

Es evidente que esos preceptos legales merecen elogios y que su inclusión enaltecía el valor del Código.

Sin embargo, las particulares circunstancias vividas por nuestro país con motivo del desarrollo adquirido por el terrorismo en algunos momentos de nuestra historia, principalmente en la década del '70, motivaron que fueran derogados por el Código Penal, ley 17.567, de manera que parece correcto mencionarlos al estudiar el Derecho Aeronáutico de la República Argentina 1940-1990, pero también resulta imprescindible, a efectos de no crear confusiones y errores, señalar que hoy no se encuentran vigentes.

11 Ver Convenios de Tokio, 1983, La Haya, 1970 y Montreal, 1971.

b) *El transporte*

Hasta 1943, hubo empresas extranjeras que cumplían servicios de transporte aéreo interno, cuyas autorizaciones caducaron por decreto dictado por el Poder Ejecutivo y puede decirse que, a partir de entonces, comienza una nueva época en el tratamiento del tema en nuestro país.

El 27 de abril de 1945, se dictó el decreto-ley 9358, posteriormente ratificado por la ley 12.911, que fijaba los principios básicos de la política argentina sobre servicios de transporte aéreo.

El esquema fundamental consistía en determinar que los servicios regulares serían explotados por el Estado o por sociedades mixtas, en las cuales se asignaba participación relevante a la iniciativa privada.

Inclusive, mediante el decreto 728/46 se elaboró un proyecto de estatutos para esas entidades.

Sobre esa base, se concedió la prestación de los servicios internacionales a una sociedad mixta, que utilizó la sigla FAMA (Flota Aérea Mercante Argentina) y para los internos, se dividió el territorio en seis zonas y se adjudicaron dos a cada una de las tres sociedades mixtas que se constituyeron en 1946 y comenzaron a operar en el mismo año.

En las empresas de transporte interno, ZONDA, ALFA y Aeroposta Argentina, los accionistas privados aportaban el 80 % del capital y 20 % lo integraba el Estado, que se reservaba el derecho de designar al presidente y el vicepresidente de cada una de las compañías. En la línea internacional, funcionaba el mismo esquema con la única diferencia en el monto de la participación accionaria estatal, que era del 33 %.

En el aspecto económico, difícil para una actividad en sí misma poco remunerativa y menos aun al iniciarse un esquema nuevo en el país, se garantizaba a los accionistas particulares un interés mínimo del 5 % anual, a cargo del erario público.

El resultado del sistema fue precario en el terreno internacional y acertado en lo interno, ya que la nueva aviación comercial se constituyó en un valioso factor de acercamiento entre las diversas poblaciones atendidas por aquélla.

Lamentablemente, la sanción de la Constitución Nacional de 1949 significó el fin del régimen organizado pocos años antes, debido al establecimiento de un sistema de monopolio estatal para la prestación de los servicios públicos, que motivó que el transporte regular quedara exclusivamente en manos del Estado Nacional, con notorio descenso de la calidad y aun de la seguridad de los vuelos, prestados exclusivamente por una nueva empresa, Aerolíneas Argentinas, que absorbió a las sociedades mixtas.

Es interesante mencionar que el Código de 1954 debió ajustarse al nuevo régimen, pero sus redactores dejaron sentada su disconformidad con la solución impuesta por la norma constitucional vigente a la época de sanción de aquél [12].

En 1956, volvió a regir la Constitución de 1853 y esto permitió la participación de la iniciativa privada en la prestación de servicios regulares de transporte aéreo.

Dos decretos-leyes, el 12.507/56 y el 1256/57 estructuraron un nuevo sistema, sobre la base de una competencia regulada, cuya vigencia se mantiene hasta la actualidad, ya que el Código de 1967, a que antes nos referimos, contiene una regulación que sigue la misma orientación que los citados decretos-leyes.

Los lineamientos generales del sistema pueden resumirse en las siguientes soluciones normativas: reserva para líneas aéreas argentinas de los servicios de transporte interno, como lo autoriza el Convenio de Chicago [13], sin perjuicio de poder admitir la actividad de transportistas extranjeros cuando existan razones de interés general que lo justifiquen y sobre la base de la reciprocidad [14].

12 Ver Exposición de Motivos de la ley 14.307.
13 Ver Convenio de Chicago, art. 7.
14 Ver *Código Aeronáutico*, art. 97.

Esta posibilidad admitida por el Código puede resultar de gran utilidad para el avance de la integración regional, sea del Mercosur o, inclusive, del ámbito sudamericano en su totalidad.

Para la explotación de servicios de transporte aéreo, se exige que las empresas que los presten sean personas físicas o jurídicas de nacionalidad argentina y con domicilio real o sede social en el país, según el caso. Si se trata de sociedades, se distingue entre las de personas y de capitales, pero se mantienen los mismos requisitos adaptados a los diversos supuestos; así, por ejemplo, en una sociedad de capitales la mayoría de las acciones deberán ser nominativas y pertenecer a argentinos con domicilio real en la República Argentina y la misma exigencia se aplica a los dos tercios de su directorio, al presidente y los gerentes [15].

Los servicios regulares se otorgan por concesiones y los no regulares por autorizaciones, actos administrativos que deben dictarse después del cumplimiento de diversas actuaciones, entre ellas, la realización de una audiencia pública, en la que debe escucharse al solicitante del permiso y a los demás transportistas interesados [16].

Las concesiones se otorgan por rutas o sectores de rutas y no importan exclusividad [17].

Debe utilizarse personal argentino, salvo cuando razones técnicas exijan que se recurra al de otra nacionalidad por un plazo que no excederá de dos años y durante el cual se deberá capacitar a personal aeronáutico nacional para que cumpla las pertinentes funciones [18].

Para cerrar este comentario, agregaremos algunas pocas consideraciones atinentes al transporte internacional.

Conforme al Código, se aplican en este sector las mismas normas que rigen para las empresas argentinas en el transporte interno y las extranjeras han de actuar conforme

15 Ver *Código Aeronáutico*, arts. 98 y 99.
16 Ver *Código Aeronáutico*, art. 102.
17 Ver *Código Aeronáutico*, art. 103.
18 Ver *Código Aeronáutico*, art. 106.

a lo establecido en acuerdos internacionales o solicitar el correspondiente permiso a nuestras autoridades.

La definición de transporte internacional en el Código se ajusta a la del Convenio de Varsovia de 1929, que también ha sido seguido por el Código en sus líneas fundamentales y, especialmente, en materia de responsabilidad.

Sin embargo, el ámbito real de aplicación de esa definición se refiere a los aspectos de Derecho Privado, es decir a los contratos, ya que, en materia de servicios, o sea en cuanto a los temas de Derecho Público, no cabe prescindir del concepto contenido en el artículo 96 b) del Convenio de Chicago, que califica de internacional a todo servicio que pase por el espacio aéreo que cubra el territorio de más de un Estado.

Como es sabido, debido al sistema establecido en el art. 6 del Convenio últimamente nombrado, los servicios internacionales regulares están regidos por acuerdos bilaterales entre Estados [19].

En la formulación de esta especie de acuerdos, nuestro país se apoyó en la denominada doctrina argentina en el transporte aéreo internacional, elaborada por el Dr. Enrique Ferreira, destacado especialista cordobés en materia de Derecho Aeronáutico y creador de una tesis muy valiosa desde el punto de vista de los principios de justicia que le inspiran.

c) *El régimen de derechos sobre aeronaves*

Como último punto particular de Derecho Aeronáutico interno, hemos de comentar muy brevemente el régimen de derechos sobre aeronaves, cuya importancia no es necesario enfatizar, tanto por su interés jurídico, como por el elevado valor económico de estos objetos de derechos.

El fundamento del sistema radica en la naturaleza jurídica de la aeronave, cosa mueble registrable, que la excluye del régimen ordinario de los muebles en nuestro Derecho

19 Ver *Tratados bilaterales de aviación comercial*, edición del INDAE, 1973.

Civil, sin perjuicio de la aplicación supletoria de éste en la disciplina que analizamos [20].

La sola tradición no es suficiente para la transferencia del dominio u otros derechos reales y debe recurrirse a las soluciones neoformalistas, plasmadas en los registros, tendientes a proteger a los terceros y a defender la seguridad jurídica de los titulares de derechos.

La nómina de los derechos sobre aeronaves, armonizada con los preceptos del Convenio de Ginebra sobre reconocimiento internacional de aquéllos, puede conformarse con el dominio —pleno e imperfecto—, el derecho del explotador y la hipoteca aeronáutica.

Como complementos inherentes a un régimen coherente, se agregan normas sobre privilegios y también sobre medidas precautorias.

En materia del dominio pleno, rigen las pertinentes disposiciones del Código Civil y las específicas del Código Aeronáutico referidas a los requisitos establecidos para los propietarios de aeronaves, las inscripciones registrales y su valor jurídico.

Por la exigencia propia de un sistema de registros, rige respecto a los derechos sobre aeronaves una regla de forma relativamente exigente: todos los actos referidos a derechos sobre aeronaves deben ser hechos en instrumento público o privado debidamente autenticado, es decir, con firmas certificadas por escribano público o por el cónsul argentino, si se realizaran en el extranjero [21].

Aparte de estos elementos de forma, la ley exige que, para ser propietario de una aeronave argentina, es indispensable tener domicilio real en nuestro país [22].

El dominio imperfecto reviste singular importancia en nuestra materia por su aptitud para facilitar la financiación de las compras de aeronaves que resulta casi una necesidad

20 Ver *Código Aeronáutico*, art. 49.
21 Ver *Código Aeronáutico*, arts. 49 a 51.
22 Ver *Código Aeronáutico*, art. 48..

inevitable ante el alto precio de aquéllas, especialmente de las dedicadas a la prestación de servicios de transporte.

Para ello, se ha debido adoptar la figura anglosajona de la locación-venta, que encontró cabida en nuestra legislación a través del pacto de reserva de dominio del Código Civil y, más tarde, del *leasing*.

En ambos supuestos, el adquirente aparece como un locatario con el fin de otorgar una garantía al vendedor —en el primer caso— o al financista que asume la situación de comprador frente al vendedor y de locador respecto al verdadero adquirente.

Esta solución se incorporó a nuestra legislación con motivo de haberse abierto a la iniciativa privada, por los decretos-leyes de 1956 y 57, a que antes nos referimos, la posibilidad de explotar servicios regulares de transporte, como consecuencia de la derogación de la Constitución de 1949 y en 1967 se plasmó en los artículos 42 y 43 del Código Aeronáutico.

El explotador de la aeronave es la persona que está facultada para utilizarla legítimamente por cuenta propia, según el art. 65 del Código, expresiones que lo ubican perfectamente como titular de un derecho sobre aquélla.

Ordinariamente coinciden en la misma persona las cualidades de dueño y explotador de una aeronave, pero esas titularidades de derecho pueden dividirse por contratos mediante los cuales el propietario transmite a otra persona la calidad de explotador. El ejemplo más típico de explotador no dueño es el del locatario, expresamente mencionado en el Código [23].

El único derecho de garantía admitido en nuestra legislación positiva es la hipoteca aeronáutica, ya que está expresamente prohibida la prenda sin desplazamiento por razones de seguridad jurídica.

Pueden ser objeto de hipoteca tanto las aeronaves como los motores que integran el grupo motopropulsor de aqué-

23 Ver *Código Aeronáutico*, art. 68.

llas, los cuales, por sus características, admiten una perfecta individualización, que permite su inscripción en el Registro Nacional de Aeronaves. Está reglada mediante algunas disposiciones especiales, como la relativa a la duración temporal de la inscripción (siete años) y supletoriamente por las normas relativas a la hipoteca naval y a las genéricas incluidas en el Código Civil para este derecho real.

Como complemento de esta breve referencia al régimen de derechos sobre aeronaves, creemos indispensable dedicar unas pocas palabras a los privilegios, que son escasos y muy intensos, ya que prevalecen sobre cualesquiera otros y, para tener valor, deben ser inscriptos en el Registro dentro de un plazo de tres meses de finalizadas las operaciones que los originan. La inscripción tiene una vigencia de un año y puede ser renovada [24].

Finalmente, corresponde mencionar que, como medidas precautorias, funcionan el embargo y la inmovilización de las aeronaves.

El primero se concreta en la pertinente inscripción registral y la segunda sólo es admitida en casos muy particulares, como la ejecución de sentencia [25].

Damos con esto por terminada nuestra rápida referencia a la legislación aeronáutica interna de nuestro país, que consideramos suficientemente complementada por los breves comentarios sobre algunas de sus instituciones más significativas.

24 Ver *Código Aeronáutico*, art. 58 y s.
25 Ver *Código Aeronáutico*, arts. 71 a 73.

III. – LOS CONVENIOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA, 1940-1990

La importancia de los convenios internacionales en el Derecho Aeronáutico

Por ser la internacionalidad uno de los más destacados caracteres de esta disciplina jurídica, los convenios internacionales revisten substancial importancia y puede decirse, con verdad, que tienen clara preeminencia en la nómina de sus fuentes.

Ello determina que cualquier estudio de la materia no puede reducirse al análisis de la legislación o la jurisprudencia internas ya que, por prolijo que fuese, sólo alcanzaría a mostrar un aspecto fragmentario y poco representativo.

En cualquier país, el Derecho Aeronáutico se integra incuestionablemente con los convenios internacionales que, conforme a las normas pertinentes, han sido incorporados a la legislación, como ocurre en nuestro país con la ratificación por ley.

De ahí que juzguemos imprescindible recordar los convenios internacionales más importantes en el ámbito de la regulación jurídica de la aviación en esta somera consideración del Derecho Aeronáutico en nuestro país en el último medio siglo.

Como señalamos en la introducción a este trabajo, nuestro país ratificó en 1935 el Convenio de París de 1919 y a lo largo de los cincuenta años considerados en nuestra mirada retrospectiva, continuó incorporando al derecho nacional la mayoría de los convenios elaborados en ese período.

Para cumplir con la tarea de presentar un cuadro de cierta entidad que refleje los principales aspectos de lo que cabe calificar como legislación internacional argentina, mencionaremos los textos ratificados por nosotros y enunciaremos muy sintéticamente sus aspectos medulares.

a) *El Convenio de Chicago de 1944*

Actualmente vigente, este convenio general reemplazó al de París de 1919 y, tal como sucedió con éste, ha sido calificado como Carta Magna del Derecho Aeronáutico internacional.

Fue producto de una Conferencia celebrada en Chicago en 1944, en pleno desarrollo de la Segunda Guerra Mundial y, al igual que su antecedente directo, estableció los lineamientos fundamentales de las reglas jurídicas relativas a los temas más generales y substanciales de la aviación civil internacional, además de crear un organismo internacional, la OACI, al que fijó un ámbito de acción concretado en una labor de singular importancia.

La Argentina lo ratificó por decreto-ley 15.110 de 1946, ratificado posteriormente por la ley 13.891.

El espíritu que informó a los redactores del convenio difiere substancialmente del que inspiró a quienes elaboraron el de París, sin que ello implique negar a este último los notorios valores jurídicos de sus normas.

Pero, mientras en París se tuvieron muy en cuenta los derechos de los países vencedores en la Primera Guerra Mundial y se les asignó en el organismo allí creado, la CINA, una cantidad de votos que les permitiera tener asegurada la mayoría frente a los votos de todos los demás países integrados en la comunidad internacional que se creaba en materia de aviación, en el de Chicago, como muestra del sentido democrático de los Estados que habían integrado el bando triunfante en la segunda conflagración mundial y participado en la conferencia de 1944, predominó un sentido de consideración pareja para todos los que se incorporarán al convenio y a la OACI, que se refleja en la estructuración de la asamblea de esta institución, en la cual todos los Estados cuentan con un voto [26].

No significa esto que no se hayan planteado enfrentamientos en la Conferencia de Chicago de 1944. Ellos sur-

26 Ver Convenio de Chicago, art. 48, b).

gieron especialmente en materia de transporte internacional, terreno en el cual los dos Estados más importantes entre los presentes, el Reino Unido y los Estados Unidos de América, se ubicaron en posiciones antagónicas.

En efecto, el primero de ellos cuya industria aeronáutica había sufrido gravemente las consecuencias de la contienda bélica, defendió una tesis restrictiva en la prestación de servicios internacionales regulares de transporte aéreo, frente a la posición favorable a una amplitud extrema, sostenida por los delegados estadounidenses, cuyo país conservaba intactas su industria y su potencialidad en el campo aviatorio.

La Argentina se alineó con los británicos y de ahí la índole restrictiva de la legislación que durante buena parte del último medio siglo ha regido los servicios de transporte aéreo en nuestro país, tanto en lo interno como en lo internacional.

Pero, más allá de las dificultades que se produjeron respecto a este espinoso problema, el convenio elaborado en Chicago en 1944 es un texto digno de elogio en el tratamiento de los temas substanciales del Derecho Aeronáutico.

Su contenido está ordenado conforme a la siguiente metodología: contiene cuatro partes, divididas en capítulos, conforme al siguiente detalle: Primera parte, Navegación Aérea; segunda: El Organismo de la Aviación Civil Internacional (OACI); tercera: Transporte Aéreo Internacional y cuarta: Disposiciones finales, cada una de ellas dividida en capítulos.

Por razones obvias, sólo mencionaré los aspectos fundamentales de su articulado.

El convenio, en su primera parte, se pronuncia decididamente por la tesis de la soberanía de los Estados sobre el espacio aéreo situado sobre su territorio, mantiene la clasificación de las aeronaves en civiles y de Estado y sigue la línea de atribuirles una única nacionalidad, que se determina por la matrícula.

También allí, reconoce la vigencia de la libertad de

sobrevuelo y de circulación para todas las aeronaves civiles no dedicadas a servicios regulares. Para las que atienden estos últimos conforme a lo dicho sobre el debate planteado en la conferencia de 1944, estableció, por el contrario, en el artículo 6º un régimen restrictivo, que impone la obligación de obtener autorización del Estado que se desea sobrevolar o donde se pretende aterrizar.

Faculta a los Estados a reservar los transportes internos para sus propios nacionales, tema en el cual vuelve a encontrarse una manifestación del principio de la igualdad de trato, que se manifiesta en otros preceptos del convenio [27].

Atribuye a los Estados diversas funciones relativas a las aeronaves inscriptas en sus registros de matrícula y tendientes a favorecer la seguridad de los vuelos, como por ejemplo, la de otorgar los certificados de aeronavegabilidad a las aeronaves de su nacionalidad y la de extender y controlar las licencias de las tripulaciones que las conducen [28].

Es imprescindible recordar también que prevé el dictado de normas y procedimientos recomendados para el mejor funcionamiento de la circulación aérea, reglas de la mayor importancia para el desarrollo normal de las operaciones aéreas y que se han reglamentado en los anexos al convenio.

Nos abstenemos de todo comentario sobre la segunda parte, dedicada a la OACI, pero no podemos pasar en silencio el extraordinario éxito del organismo en los aspectos técnicos, es decir, los específicamente relacionados con la navegación aérea, gran parte de cuyo progreso, sobre todo en materia de seguridad, ha sido logrado merced a la inclusión de las referidas normas en el convenio y del complemento contenido en los anexos.

En lo atinente a la Tercera Parte, dedicada al transporte aéreo, merece destacarse el Capítulo XVI sobre consorcios y organismos conjuntos para la prestación de servicios internacionales, que constituye una notable antici-

27 Ver Convenio de Chicago, art. 7 *in fine*.
28 Ver Convenio de Chicago, arts. 12, 31, 32, etc.

pación a la importancia que ese tema ha adquirido en los últimos años a raíz del crecimiento de la colaboración interempresaria en el transporte aéreo internacional.

Y, como materia de un último comentario, creemos oportuno recordar el Capítulo XV, que contiene los artículos 68 a 76, el primero de los cuales establece el derecho de los Estados de designar la ruta que las aeronaves deben seguir cuando sobrevuelan sus territorios, mientras que los demás se refieren a las facilidades y el apoyo económico que la OACI puede acordar a los Estados que los necesiten en lo atinente a aeropuertos y otras facilidades útiles para la navegación aérea.

Antes de finalizar la referencia al Convenio de Chicago, conviene poner de relieve que han sido aprobados desde 1980 dos Protocolos, uno que proyecta agregarle un artículo, el 3 bis, que prohíbe el uso por los Estados de las armas contra aeronaves civiles y el otro que tiende a que se le adicione un artículo 83 bis, que para facilitar la cooperación interempresaria en el transporte internacional, mediante contratos de utilización de aeronaves, autoriza la transferencia de funciones propias de los Estados de matrícula a aquéllos en cuyo territorio se realicen las actividades de esos aviones.

Cabe agregar que la Argentina ha ratificado estos dos Protocolos, pero que aún no han entrado en vigencia.

b) *El Convenio de Tránsito Aéreo de 1944*

Como es sabido, en la Conferencia de Chicago de 1944, además del Convenio que acabamos de comentar, se aprobaron dos acuerdos referidos a los servicios regulares de transporte aéreo, que procuraron flexibilizar la regulación estricta dispuesta en el art. 6 del Convenio, que requiere autorización de los Estados para que se establezcan servicios regulares que sobrevuelen sus territorios o aterricen allí.

Por el primero, el de Tránsito, se acordaban entre los Estados contratantes las dos primeras libertades del aire, la

de sobrevuelo y la de escala para fines no comerciales, es decir, las referidas a los aspectos técnicos.

El restante, el de Transporte, extendía esa autorización recíproca a las cinco libertades del aire, agregando a las técnicas las comerciales, es decir, la tercera que permite conducir a otros Estados pasajeros, carga y correspondencia desde el Estado de matrícula; la cuarta que es la inversa, o sea la de efectuar esos transportes desde el territorio de otros Estados al de matrícula y la quinta, que permite realizar vuelos regulares entre Estados, ninguno de los cuales sea el de matrícula de la aeronave.

Este último fracasó, obtuvo un número insignificante de ratificaciones y, por eso, los Estados Unidos, que lo habían promovido, lo denunciaron prontamente, de modo que careció de toda relevancia en la historia del Derecho Aeronáutico.

Por el contrario, el de Tránsito entró en vigencia y mantiene su utilidad, ya que, aun cuando no acuerda derechos comerciales, facilita grandemente los vuelos regulares al otorgarles las facilidades originadas por el sobrevuelo y las escalas técnicas.

De ahí que la República Argentina haya obrado con acierto al ratificarlo a través de los mismos instrumentos sancionados respecto al Convenio de Chicago, es decir, el decreto 15.110/46 y la ley 13.891, que lo ratificó.

c) *El Convenio de Varsovia de 1929*

Este texto internacional inició la serie de los acuerdos de Derecho Privado en el campo del Derecho Aeronáutico y ha sido, sin duda, el que más renombre adquirió y el que logró mayor vigencia, a punto tal que Estados de primera magnitud, como la Unión Soviética, lo ratificaron antes de hacerlo con el de Chicago [29].

Fue el primer resultado concreto de la obra del CITEJA,

29 LA URSS ratificó el Convenio de Chicago en ocasión de la asamblea celebrada en Buenos Aires, en 1968.

admirable Comité de Expertos en Derecho Aeronáutico, que contó entre sus miembros a juristas de la calidad de Ripert, Roubier, Ambrosini, Wilberforce, Giannini, etc.

Creado en 1925, el CITEJA preparó un proyecto que fue tratado por una Conferencia Diplomática reunida en la Capital de Polonia en 1929, la cual dio aprobación definitiva al referido proyecto.

Fue denominado "Convención para la unificación de determinadas reglas relativas al transporte aéreo internacional" y contiene soluciones para temas tan importantes como el concepto de transporte aéreo internacional; las formalidades de los documentos de transporte en sus diversas especies, pasajeros, equipajes y mercancías; el régimen de responsabilidad del transportista; normas específicas para transportes especiales, como los sucesivos y combinados; disposiciones imperativas en materia de jurisdicción; plazo de caducidad de los derechos a obtener indemnización de daños y la especificación del modo de contar los plazos fijados en el texto.

Considera transporte internacional al que, según las estipulaciones de las partes, tiene puntos de partida y destino en los territorios de dos Altas Partes Contratantes y también al que se realice entre dos puntos situados en el territorio de un mismo país, siempre que se haya pactado una escala en territorio extranjero.

Y, sobre la base de esa definición, fija su ámbito de aplicación, que comprende sólo a los transportes internacionales, a lo cual agrega que incluye a los efectuados por el Estado u otras personas de Derecho Público, que se ajustan a las condiciones establecidas en el concepto enunciado.

A ello debe añadirse que rige a todos los transportes onerosos, es decir que se efectúen contra una remuneración y también a los gratuitos cuando sean realizados por empresas de transporte aéreo.

En el tema de los documentos de transporte, cabe observar que se los sujetó a la inclusión de numerosos elementos, especialmente en lo relativo a la carta de porte, lo cual significó cierta dificultad para los transportistas, ya que la

omisión de algunas de esas menciones no invalidaba los contratos, pero privaba a aquéllos del beneficio de la limitación cuantitativa de su responsabilidad. No es de extrañar, por ello, que en el Protocolo de La Haya, al reformarse el Convenio, se haya procedido a una notoria simplificación de esos instrumentos.

Sin duda, el aspecto del Convenio que más interés despertó fue el régimen de responsabilidad del transportista, el cual está hoy en una innegable crisis, pero constituyó un valioso aporte para el funcionamiento del transporte aéreo internacional.

El sistema de resarcimiento se estructura conforme a los siguientes lineamientos: conforma un sistema de responsabilidad subjetiva, cuantitativamente limitada, con topes máximos fijados en una moneda de oro, que nunca fue acuñada pero cuyo valor en oro se determina en el texto y con ciertas contrapartidas que equilibran el beneficio que la limitación acuerda al transportista.

Ordinariamente se habla de presunción de culpa, pero la esencia de la atribución de obligaciones resarcitorias se funda en el incumplimiento contractual que representa el no haber transportado con seguridad al pasajero o las cosas que hayan resultado dañados en un accidente.

Toda falla de esa especie compromete la responsabilidad del transportista y esto se complementa con la proscripción de cualesquiera acuerdos de eximición o de reducción del monto de los límites de reparación fijados en el texto.

Frente a esto, se fijan topes para los diversos tipos de transporte, los que están establecidos en francos Poincaré. La limitación se pierde por dolo o culpa grave del transportista o cuando no expide el pertinente documento de transporte [30].

Siempre con el fin de obtener un sistema equilibrado y, por consiguiente, equitativo, se descarta la eximente de caso fortuito y, además de la culpa de la víctima, se crea una causal de exoneración especial consistente en la demostra-

30 Ver Convenio de Varsovia, arts. 25 y 3.

ción por el transportista de haber adoptado, tanto él como sus dependientes, todas las medidas necesarias para evitar el daño.

Como comentario final, es de recordar que se establece un plazo de caducidad de dos años, pasado el cual no se pueden intentar acciones contra el transportista.

Nuestro país ratificó el Convenio por ley 14.111 de 1951.

d) *El Protocolo de La Haya de 1951*

Dado que el Protocolo modificó el Convenio recién analizado, es razonable comentarlo a continuación de éste.

A pesar del éxito del Convenio de Varsovia, pocos años después de su firma comenzó un proceso tendiente a reformarlo, proceso que se agudizó con posterioridad a la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Con el fin de alcanzar la redacción de un texto más satisfactorio, se intentó elaborar un nuevo acuerdo, para lo cual se encomendó al jurista inglés Beaumont la preparación del pertinente proyecto. El nombrado autor cumplió su tarea y su propuesta fue tratada en diversas reuniones, pero, a pesar de sus méritos, no logró el apoyo imprescindible y finalmente se prefirió redactar un Protocolo para modificar parcialmente el Convenio manteniendo sus lineamientos básicos.

Uno de los principales defensores de este procedimiento fue nuestro compatriota Gonzalo García, quién insistió en el riesgo que significaba poner en marcha la sanción de un nuevo texto cuando se había alcanzado un amplio consenso respecto al anterior, consenso reflejado en el gran número de ratificaciones que había alcanzado.

El proyecto de Protocolo fue tratado y aprobado en La Haya en 1955 y sus principales innovaciones son las que se enuncian a continuación.

Se excluyó del Convenio al transporte de piezas postales; se simplificaron en gran medida los documentos de

transporte; se autorizó expresamente la expedición de cartas de porte negociables; se duplicó el límite de la indemnización por daños a los pasajeros; se admitió que se incluyeran cláusulas en las que el transportista se eximía de responsabilidad cuando los daños provinieran de vicio propio de las cosas transportadas; se extendió a los dependientes del transportista el beneficio de limitación de la responsabilidad y se ampliaron los plazos para la presentación de la protesta en el transporte de cosas.

El Protocolo fue ratificado por la Argentina por ley 17.386 de 1967.

Para cerrar el comentario relativo al Convenio de Varsovia y sus modificaciones, conviene señalar que, posteriormente, se han aprobado un Convenio complementario en Guadalajara en 1961 y Protocolos modificatorios en Guatemala en 1971 y en Montreal en 1975.

El Convenio de Guadalajara no fue ratificado por nuestro país, pero su contenido fue incluido en el Código Aeronáutico vigente [31]. Tampoco fue ratificado el Protocolo de Guatemala, pero sí los de Montreal, que no han entrado todavía en vigor por no haber alcanzado el número necesario de ratificaciones.

e) *El Convenio de Ginebra de 1948*

El Convenio de Ginebra de 1948 es un texto de características particulares: trata del reconocimiento internacional de los derechos sobre aeronaves y no se lo puede calificar realmente como una normativa de derecho de fondo, sino, más bien, como un acuerdo destinado a resolver conflictos de leyes, que cabe en el Derecho Internacional Privado.

En realidad, ha resultado de extraordinaria utilidad, ya que ha cubierto un aspecto substancial del régimen de derechos sobre aeronaves.

Éstas, por su naturaleza de cosas muebles registrables,

31 Ver *Código Aeronáutico*, art. 153 y su nota.

plantean una dificultad específica en cuanto al régimen a que deben estar sometidos los derechos subjetivos que las tienen por objeto.

Conforme al pensamiento jurídico moderno, la antigua distinción entre muebles e inmuebles mantiene su validez y utilidad, pero es insuficiente para nuestro tiempo. La gran valorización de ciertos bienes muebles ha exigido someterlos a las exigencias del neoformalismo por motivos de seguridad jurídica y de ahí ha nacido la distinción entre los muebles ordinarios y los registrables.

Estos últimos, por su parte, plantean una dificultad adicional a las exigencias del derecho inmobiliario, por su aptitud para encontrarse en cualquier momento en jurisdiciones de diferentes Estados, con la consiguiente aplicación de legislaciones distintas.

Por su particular movilidad y la rapidez que puede alcanzar su desplazamiento, las aeronaves requirieron urgentes soluciones para evitar daños a los titulares de derechos sobre ellas.

Esta necesidad de estructurar un texto dedicado al reconocimiento internacional de los derechos sobre ellas determinó que el CITEJA se ocupara intensamente del problema y dejara preparado, cuando cedió su lugar al Comité Jurídico de la OACI, un proyecto que la Asamblea de esta institución convirtió en 1948 en el Convenio relativo al reconocimiento internacional de derechos sobre aeronaves, que la Argentina ratificó por decreto-ley 12.359/57, ratificado por la ley 14.467 del mismo año.

Los aspectos fundamentales del Convenio son los que siguen.

Como base, los Estados se obligan a reconocer varios derechos: el de propiedad, el acordado al tenedor de una aeronave a adquirir su propiedad por compra, el del locatario cuando su contrato tiene una duración mínima de seis meses y los de garantía: hipoteca, *mortgage* y otros similares [32].

32 Ver Convenio de Ginebra, art. 1.

Calificados conforme a la legislación argentina, se trata del derecho de dominio, pleno e imperfecto (este último en los casos de adquisición por medio de *leasing* o por compra con reserva de dominio), el del explotador de una aeronave (generalización del supuesto del locatario) y los derechos de garantía conforme a las regulaciones resultantes de distintos sistemas jurídicos, como el romano germánico y el anglosajón.

El mecanismo para hacer efectivos esos derechos consiste en requerir que estén inscriptos en el Registro del Estado donde las aeronaves estén matriculadas.

Esto implica que los derechos sean válidos en el país de matrícula y que se hallen registrados allí. Las bases son, por ende, exigencia de registro y unidad de las inscripciones para cada aeronave.

El Convenio establece, además, la vigencia de muy pocos privilegios, los nacidos de actos de conservación y de salvamento de aeronaves, además de reservar un 20 % de la suma que se obtenga por la venta de una aeronave en ejecución de una sentencia, para indemnizar a terceros damnificados en la superficie.

Fija, también, un procedimiento para la venta en ejecución de una aeronave que se efectúe fuera del país de matrícula, procedimiento que tiende a proteger a los titulares de derechos sobre la aeronave y que la transfiere libre de todo derecho que no sea tomado a su cargo por el comprador.

Para el caso de que la ley del Estado de matrícula permita la hipoteca sobre accesorios y repuestos, admite que ese gravamen pueda ser reconocido internacionalmente y establece algunos recaudos tendientes a otorgar cierto grado de seguridad a esta figura poco convincente.

f) *El Convenio de Roma de 1952*

El tema de la responsabilidad por daños a terceros en la superficie fue una de las primeras preocupaciones del CITEJA, que preparó un proyecto aprobado en la Confe-

rencia de Roma de 1933. Pero, pese a contar con valores positivos, por defectos que lo afectaban sólo logró escasas ratificaciones y nunca entró en vigencia.

Los mayores inconvenientes residían en el tratamiento de las garantías y, para remediarlos, se aprobó, en 1938, en Bruselas, el Protocolo, que no alcanzó a ser ratificado por el estallido de la Segunda Guerra Mundial.

Pero, como entre esos dos documentos se establecían bases sólidas para elaborar un nuevo texto internacional, en 1952 se sancionó en la misma Ciudad de Roma un Convenio sobre la responsabilidad en cuestión.

Se estableció allí que el explotador de la aeronave debía responder por los daños originados por aquélla o por cualquier cosa caída de ella.

Para los efectos de este Convenio, es decir, para imputarle la consiguiente responsabilidad, se consideró explotador a quien usara la máquina en el momento de causarse los daños, de modo que el usuario ilegítimo, como el que se apodera de una aeronave sin conocimiento de su dueño, es gravado con las obligaciones resarcitorias del caso.

Con los antecedentes de las líneas seguidas por el Convenio de 1933, que habían sido adoptados por la mayoría de las leyes aeronáuticas internas —entre ellas la argentina—, se elaboró un sistema de responsabilidad objetiva, limitada y garantizada.

La opción por la tesis objetiva se funda en que los terceros en la superficie son totalmente ajenos a la actividad aeronáutica, que les crea un riesgo y, además, en que no existe posibilidad de perjuicios causados recíprocamente. La opción por el sistema más gravoso para el obligado tiene como contrapartida la limitación cuantitativa del resarcimiento, cuyo tope se establece en francos Poincaré y depende del peso de la aeronave que causa el daño.

Para dotar de eficacia al texto internacional, se complementó el sistema con garantías que los Estados pueden exigir a los explotadores de aeronaves extranieras que sobrevuelen su territorio u operen allí y que, ordinariamente,

consisten en la contratación de seguros, aunque también puede el explotador optar por constituir un depósito destinado a cubrir los daños, el que aumenta en valores absolutos, pero es menor en términos relativos, cuando cubre a varias aeronaves del mismo explotador.

Desde el punto de vista de su valor como documento internacional, debe anotarse que los hechos tratados en el Convenio están sujetos en todos los casos a la jurisdicción de los Tribunales del país donde se produjo el hecho dañoso y que la sentencia que ellos dicten tendrá fuerza ejecutoria en el ámbito de todos los Estados Partes.

La Argentina lo ratificó por la ley 17.404 de 1967 y en 1978 la OACI aprobó un Protocolo de Enmienda que no ha entrado en vigencia por no haber alcanzado la cantidad mínima de ratificaciones.

g) *El Convenio de Tokio de 1963*

Este texto internacional, que no cabe calificar como una norma penal, ya que no tipifica al delito que lo motiva ni establece sanción para quien lo comete, inicia, no obstante, un proceso de legislación impulsado por la necesidad de enfrentar la amenaza terrorista concretada a través de los apoderamientos ilícitos de aeronaves.

Como ámbito de aplicación, el Convenio señala a las infracciones a las leyes penales y a los actos que, sean o no infracciones, puedan poner o pongan en peligro la seguridad de la aeronave o de quienes viajen en ella o el buen orden y la disciplina a bordo. Para mayor precisión, el Convenio define cuándo debe considerarse que el aparato está en vuelo, para lo cual utiliza el mismo criterio del Convenio de Roma de 1952, es decir, que lo está desde que aplica la fuerza motriz para despegar hasta que termina el recorrido de aterrizaje [33].

Es interesante destacar que el Capítulo III rige las facultades del comandante de aeronaves, tema de sumo inte-

33 Ver Convenio de Roma de 1952, art. 1, 2) y de Tokio, art. 3.

rés, que no había sido resuelto por ningún convenio anterior, en gran medida por la alta proporción de comandantes que obran en relación de dependencia y de las características propias del Derecho Laboral, dotado de un contenido muy grande de disposiciones de orden público. Este texto tampoco resuelve esa espinosa cuestión, pero fija algunos lineamientos importantes en cuanto a la autoridad y las funciones jurisdiccionales, policiales y disciplinarias de los comandantes.

El Capítulo IV se titula "Apoderamiento ilícito de una aeronave" y allí se encuentra el precepto que constituye el objetivo fundamental del Convenio: cuando se produzca un hecho de esa índole, el Estado Parte donde aterrice la máquina permitirá que sus pasajeros y tripulantes continúen su viaje lo antes posible y devolverá la máquina y su carga a sus legítimos poseedores.

Como puede apreciarse, la finalidad substancial perseguida en este texto internacional consiste en proteger la seguridad y regularidad de la navegación aérea y desalentar la producción de hechos que la afecten gravemente, como son los tratados en el Convenio.

De ahí que la OACI recomendara a los Estados su ratificación, acto que la República Argentina efectivizó a través de la ley 18.730 de 1970.

h) *El Convenio de La Haya de 1970*

El crecimiento del número y la gravedad de los apoderamientos ilícitos de aeronaves, que marcó en 1968 un nuevo aumento, fue causa de la intensificación de los trabajos para formular un convenio internacional más definido que el de Tokio.

La Asamblea de la OACI, reunida en la Ciudad de Buenos Aires en el nombrado año 1968, requirió del Consejo de la Organización que impulsara el estudio de medidas destinadas a enfrentar el dramático problema.

El resultado fundamental de esa tarea fue el Convenio

firmado en La Haya en 1970 y ratificado por nuestro país por la ley 19.793 de 1972.

Como síntesis de este texto internacional, cabe señalar que define el delito sin designarlo con un nombre específico, pero tipificándolo a través de la definición; que obliga a los Estados Partes a reprimirlo con severidad; hace susceptibles de extradición a sus autores; atribuye jurisdicción al Estado de matrícula y al de aterrizaje para conocer en el proceso pertinente y obliga al que tenga en su poder al delincuente a conceder su extradición o someterlo al proceso penal del caso.

En su primer artículo, dice el Convenio que "Comete un delito toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo: a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos" y agrega que también incurre en la infracción quien sea cómplice en la realización de esos hechos.

En el art. 2º, se dispone que los Estados contratantes se obligan a establecer penas severas para este ilícito, que puede ser calificado con razón como delito contra la humanidad por los bienes jurídicos que ataca.

Y a estos aspectos muy generales, debe sumarse para apreciar la orientación del Convenio y los medios utilizados para lograr eficacia en la lucha contra los apoderamientos ilícitos de aeronaves, a la jurisdicción otorgada a los Estados partes para el juzgamiento de los autores y a la obligación de juzgarlos o acordar su extradición.

Ésta constituye un instrumento de valor en esta lucha y es de notar que el Convenio, conforme a su texto, debe ser interpretado como tratado sobre extradición cuando no existiera entre Estados Partes otro específicamente referido a este tema [34].

Sin duda, el Convenio de La Haya debe ser juzgado como texto adecuado y valioso, que constituye un medio

[34] Ver Convenio de La Haya, art. 8.

eficaz para el combate contra las actividades terroristas contra la aviación civil.

i) *El Convenio de Montreal de 1971*

Con este texto se completa el conjunto de los acuerdos destinados a defender la seguridad de la navegación aérea internacional, a través de la consideración de otro aspecto, también duramente atacado por el terrorismo internacional, ya que tiende a asegurar la represión de actos ilícitos dirigidos contra ella.

Constituye un paso más del proceso iniciado con la firma del Convenio de Tokio y que, Dios mediante, avanzará aun más cuando entre en vigor un Protocolo destinado a incluir en su campo de aplicación a los atentados contra los aeropuertos utilizados por la aviación civil internacional, actualmente en vías de ratificación.

Tal como ocurre con el Convenio de La Haya, el de Montreal tipifica el delito sin denominarlo. Lo hace en el art. 1º que expresa que lo comete toda persona que ilícita e intencionalmente realice contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo actos de violencia que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave; destruya una aeronave en servicio o le cause daños que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; coloque o haga colocar en una aeronave en servicio, por cualquier medio, un artefacto o sustancia capaz de destruir tal aeronave o de causarle daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; destruya o dañe las instalaciones o servicios de la navegación aérea o perturbe su funcionamiento, si tales actos, por su naturaleza, constituyen un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo, o comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de la aeronave en vuelo.

Como puede apreciarse, a la conocida noción de la

aeronave en vuelo, que reproduce el concepto dado en el Convenio de La Haya, que la considera tal desde que se cierren todas las puertas externas después del embarque hasta que se abra cualquiera de esas puertas para el desembarque, agrega la figura de la aeronave en servicio que amplía el campo de aplicación de este Convenio.

Considera que un aparato está en servicio desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo y hasta las 24 horas después de cualquier aterrizaje.

Por otra parte, sigue las líneas del Convenio de represión de los apoderamientos ilícitos en lo atinente a la atribución de jurisdicción a los Tribunales del Estado de matrícula, al del lugar donde se cometió el hecho ilícito, al del aterrizaje y, en el caso de una aeronave arrendada, al Estado donde se domicilie o resida el locatario.

La efectividad de estos instrumentos jurídicos, tanto el Convenio de La Haya como el de Montreal, se refleja en el descenso de actos de la especie contemplada en cada uno de ellos, consecuencia también del progreso de otros medios aptos para producir frutos análogos.

La Argentina ratificó este Convenio por ley 20.411 de 1975.

j) *El Convenio de Roma de 1933 sobre medidas cautelares*

Hemos considerado necesario aclarar el objeto a que se refiere este texto internacional por dos razones: la primera, que en Roma en 1933 se suscribieron dos Convenios, el que comentamos y otro, el más conocido, sobre responsabilidad por daños a terceros en la superficie y la segunda; porque, a nuestro entender, el título dado al ratificado por nuestro país por ley 24.111 de 1984, no responde exactamente a su denominación de Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de aeronaves.

En efecto, mientras este título menciona expresamente

al embargo, la verdadera finalidad del Convenio está vinculada con la inmovilización de las aeronaves, que se restringe en la mayor medida posible sin afectar el derecho de quien requiere una medida cautelar.

Para comprobarlo, basta leer el punto 1 del art. 2 del Convenio: "De acuerdo con la presente convención se entiende por embargo preventivo, todo acto, cualquiera sea su nombre, por el cual una aeronave es detenida, en un interés privado, por mediación de agentes de la justicia o de la administración pública, en provecho, ya sea de un acreedor, o del propietario o del titular de un derecho real que grava la aeronave, sin que el embargante pueda invocar un fallo ejecutorio pronunciado previamente en procedimiento ordinario, o un título de ejecución equivalente".

El concepto, en nuestro modo de pensar, es de interpretación fácil: el Convenio tiende a evitar que una medida precautoria detenga innecesariamente a la aeronave, con los perjuicios derivados de la inmovilización.

Es el mismo espíritu que inspira al Convenio de Chicago, reflejado en su art. 27 y a nuestro Código Aeronáutico, en sus artículos 72 y 73.

Por lo demás, el Convenio también se refiere al derecho de retención y lo regula con igual criterio en el punto 2 del artículo 2.

Para evitar que estas disposiciones sean utilizadas con fines injustos, excluye expresamente de su campo de aplicación a las medidas conservatorias que corresponden en caso de quiebra o de infracción a leyes aduaneras, penales o policiales o a la inmovilización solicitada por un propietario de aeronave desposeído de ella por un acto ilícito (arts. 7 y 3, punto 2).

Para mostrar la intención de proteger la circulación aérea que inspira al texto que comentamos, cabe destacar que declara inembargables a las aeronaves de Estado, a las que presten servicios regulares (incluidas las de reserva) y a las que estén listas para partir en cumplimiento de un transporte remunerado, salvo, respecto a estas últimas, cuan-

do la medida sea pedida para hacer efectivo un crédito acordado para emprender o finalizar ese viaje.

A pesar de haber sido sancionado en 1933, el Convenio, cuyo proyecto fue obra del CITEJA, mantiene plenamente su utilidad, ya que se ajusta a lineamientos que conservan su total validez.

IV. – RATIFICACIÓN DE PROTOCOLOS AUN NO VIGENTES

Aun cuando no integran la legislación positiva argentina, por no haber alcanzado el número de ratificaciones requerido para ello y que, por la misma razón, tampoco están incluidos en la legislación positiva internacional, juzgamos oportuno mencionar que nuestro país ha ratificado algunos documentos importantes, que todo permite suponer que han de estar en vigor en un futuro próximo.

Se trata de los Protocolos de Montreal de 1975 y de los tendientes a introducir dos enmiendas al Convenio de Chicago, agregándole los artículos 3 bis y 83 bis.

Los Protocolos de Montreal son cuatro y significan novedades importantes en lo atinente a la medida de las indemnizaciones por daños originados por el transporte aéreo, ya que eligen como moneda estable a los Derechos Especiales de Giro (DEG) en lugar del franco Poincaré.

El Nº 1 modifica en tal sentido al Convenio de Varsovia de 1929, el Nº 2 al mismo Convenio con las modificaciones introducidas en el Protocolo de La Haya de 1955, el Nº 3 implica la adopción de reformas substanciales, ya que agrega las variantes dispuestas en el Protocolo de Guatemala de 1971 (responsabilidad objetiva, límites de responsabilidad más elevados e infranqueables, etc.), y el Nº 4 está dedicado al transporte de mercancías y adecua el sistema en este sector al espíritu del Protocolo Nº 3.

Fueron ratificados por la Argentina por ley 23.556 de 1988.

El Protocolo de Enmienda para agregar al Convenio de Chicago un artículo 3 bis dispone que los Estados Partes reconocen el deber de abstenerse del uso de armas contra aeronaves civiles. Es la consagración de la primacía del derecho a la vida y también la proscripción de la soberanía absoluta de los Estados sobre el espacio aéreo.

Lo ratificó la ley 23.399 de 1987.

Finalmente, el Protocolo que resuelve agregar el art. 83 bis constituye un aporte muy valioso para el avance de la colaboración interempresaria en el transporte aéreo internacional, a través de los contratos de utilización de aeronaves. Según lo dispuesto en el precepto que se agregaría, los Estados de matrícula pueden transferir a aquéllos donde la aeronave sea operada conforme a un contrato de esa especie, locación, fletamento o intercambio, las funciones que les asigna el Convenio de Chicago respecto a los aparatos inscriptos en su registro (contralor, certificado de aeronavegabilidad, licencias de la tripulación, etc.) [35].

Nuestro país ratificó el Protocolo por ley 23.519 de 1987.

Es fácil advertir, por la sola mención de los temas tratados en estos documentos, que su puesta en vigor significará un progreso muy valioso en temas de innegable importancia en el ámbito del Derecho Aeronáutico.

35 Ver Convenio de Chicago, art. 12, 30, 31 y 32.

SOBRE LA FUNDAMENTACIÓN Y LOS LÍMITES DE LA POTESTAD REGLAMENTARIA DE NECESIDAD Y URGENCIA

Trabajo presentado por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne en la IX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1991

I. *Problemas que plantea su utilización.*

Uno de los capítulos del derecho público de aplicación creciente en los dos últimos gobiernos constitucionales argentinos, es el que concierne a la figura del reglamento de necesidad y urgencia, donde se ponen a prueba concepciones centrales de nuestra Constitución Nacional.

En cierto modo, el debate habido hasta ahora se ha circunscripto al tema de la validez constitucional de este instrumento que viene siendo utilizado desde hace más de cien años [1] y que —no puede negarse— se encuentra incorporado a nuestra realidad, a través de una recepción llevada a cabo sin mayor oposición por parte de la jurisprudencia que, últimamente, ha recibido un sólido respaldo en la doctrina de la Corte Suprema (en el caso "Peralta").

Las posturas que afirman la inconstitucionalidad de los reglamentos de necesidad y urgencia traducen —en los hechos— la adhesión a una concepción constitucional rígida, que apoya su interpretación en una de las versiones del principio de la división de los poderes y en la primacía de la ley formal y material. En cambio, si se reconociera aquella realidad, el centro del debate habría que situarlo en el

1 Entre los antecedentes cabe mencionar: El Decreto del Presidente Avellaneda del 4 de junio de 1880 designando al pueblo de Belgrano como residencia de las autoridades de la Nación; varios Decretos del Presidente Pellegrini (de fecha 8/3/91 y 13/3/92) en materia financiera; la suspensión de términos legales y comerciales dispuesta porque luego fue ratificada por el Congreso (cfr. Rep. "A.D.L.A.", 1962-1970-I-308).

análisis de los límites y requisitos que autorizan el ejercicio de esta excepcionalísima potestad por el Poder Ejecutivo, lo cual no implica desconocer los efectos disvaliosos que puede provocar su abuso para la seguridad jurídica. Porque es notorio que su utilización indiscriminada [2] por los regímenes que sucedieron a los gobiernos de facto [3] ha proyectado una imagen desfavorable en ciertos círculos doctrinarios y en la opinión pública.

Es también evidente que la tensión que genera esta potestad excepcional es susceptible de provocar agudos conflictos de poderes entre el ejecutivo y el parlamento, máxime cuando la tendencia a su empleo se inclina hacia la ampliación de su contenido material (vgr. la regulación de los juicios contra el Estado) y hacia la flexibilización de los requisitos habilitantes.

La situación descripta plantea —en la actualidad— un desafío intelectual de primer orden para la doctrina partidaria de su validez constitucional, que, por lo demás, siempre ha reconocido que ella se halla subordinada a un conjunto de límites y recaudos que condicionan el ejercicio de dicha potestad al cumplimiento de las normas y principios constitucionales y, en definitiva, al bloque de legalidad, tal como lo hemos propiciado [4] dentro de la corriente en la que se ha enrolado la casi totalidad de la doctrina del derecho administrativo argentino [5].

2 GUILLERMO A. MUÑOZ, *Reglamentos de necesidad y urgencia*, en "Revista de Derecho Administrativo", Nº 5, p. 519 y ss., Buenos Aires, 1991.

3 Decretos 1096/85; 2196/86; 109/87; 36/90; 435/90; 1930/90 y 34/91, entre otros.

4 JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, 3ª ed., pp. 114-116, Buenos Aires, 1991.

5 MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, pp. 263-268, Buenos Aires, 1990; VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 284 y ss., Buenos Aires, 1949; RAFAEL BIELSA, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. II, p. 201, Buenos Aires, 1964; MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 446-459, Buenos Aires, 1963; JUAN FRANCISCO LINARES, *Derecho Administrativo*, pp. 109-119, Buenos Aires, 1986; JOSÉ ROBERTO DROMI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pp. 355-357, Buenos Aires, 1973; AGUSTÍN A. GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Cap. V, p. 38 y ss., Buenos Aires, 1974; entre los constitucionalistas que se han inclinado por aceptar su constitucionalidad cabe citar des-

Sin embargo, en muchas ocasiones, el poder excepcional que se reconoce a favor del ejecutivo se ha ejercido con desviación de los fines para los que ha sido instituido. En ese marco, las objeciones formuladas por la doctrina, predominantemente del derecho constitucional [6], no obstante la posibilidad de que operen como un freno sobre los gobernantes [7], han producido también no poca confusión en cuanto a la estabilidad del orden jurídico, aparte de los inconvenien-

---

de autores de la talla de JOAQUÍN V. GONZÁLEZ (en su *Manual de la Constitución Argentina*, p. 538, Buenos Aires, 1983), hasta las opiniones vertidas con posterioridad por HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional*, p. 834, Buenos Aires; JORGE REINALDO VANOSSI, *Los reglamentos de necesidad y urgencia*, en Revista "La Ley", t. 1987-II, p. 885 y ss.; NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Los decretos de necesidad y urgencia, derecho comparado y derecho argentino*, en "La Ley", t. 1985-E, p. 798 y ss.; ALBERTO B. BIANCHI, *La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica*, en "La Ley", diario del 3/6/91, pp. 5-6.

6 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. IX, p. 691, 2ª ed., 1988; JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional*, p. 505, Buenos Aires, 1960; GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. II, p. 229, Buenos Aires, 1986; GREGORIO BADENI, *Los decretos de necesidad y urgencia*, "El Derecho" del 27/7/90; JUAN FERNANDO SEGOVIA, *Las providencias de necesidad y urgencia*, "El Derecho", t. 116, p. 911; DANIEL ROQUE VÍTOLO, *Decretos de necesidad y urgencia*, p. 68 y ss., Buenos Aires, 1991; HORACIO RUIZ MORENO, *Los llamados reglamentos de necesidad y urgencia. La emergencia como motivación en las leyes y reglamentos*, "La Ley", t. 1990-B, p. 1029; MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN, *La inconstitucionalidad de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia*, "La Ley", t. 1989-E, p. 1296; en cuanto al derecho administrativo se ha citado (VÍTOLO, op. cit., p. 67), como contraria al reconocimiento de la validez de los reglamentos de necesidad y urgencia la postura de FIORINI que, en rigor, si bien es restrictiva, y rechaza "la clasificación que considere como normal la existencia de reglamentos de urgencia y necesidad" (*Derecho Administrativo*, t. I, p. 297, Buenos Aires, 1976), considera que "no puede negarse al administrador que promulgue actos administrativos de urgencia o de necesidad, pero dentro de sus funciones administrativas..." (op. cit., p. 297). Para captar la posición doctrinaria de FIORINI hay que tener en cuenta su concepción sobre el poder reglamentario como potestad inherente, *iure proprio*, que se atribuye al Poder Ejecutivo y, además, la consideración de la actividad reglamentaria como función administrativa y no colegislativa. Por ese motivo, su opinión parece reflejar el rechazo de esta clase de reglamentos para regular las situaciones de emergencia que competen al Poder Legislativo, que versan sobre materias que no implican el ejercicio de funciones administrativas.

7 El descrédito del reglamento de necesidad y urgencia en la opinión pública hace que el gobernante se sienta poco inclinado a utilizarlo, lo que puede llegar a ser beneficioso para la seguridad jurídica, aunque en la medida en que no se trabe su utilización en aquellas graves situaciones de necesidad y urgencia que ponen en juego la conservación de la sociedad y del Estado.

tes que ocasiona el desprestigio del poder reglamentario, en circunstancias excepcionales de gravedad extrema y súbita necesidad para dictar normas que pertenecen a la competencia del Poder Legislativo.

Parece indispensable establecer, entonces, de la mejor manera que sea posible, en el campo de las instituciones jurídicas, hasta qué punto la utilización por el Poder Ejecutivo de esta potestad excepcional de legislar sobre materias que corresponden a la competencia material del Congreso, resulta o no violatoria de los principios básicos sobre los que está montado nuestro sistema constitucional.

De otra parte, la seguridad jurídica, la paz social y el orden (principios éstos que resultan caros a la concepción constitucional alberdiana) están marcando la exigencia de unificar o, al menos, de aproximar [8] las diferentes concepciones formuladas con el objeto de evitar la anarquía interpretativa, pues no obstante que esta labor atañe fundamentalmente a los jueces, sobre todo aquellos que actúan como intérpretes finales de la Constitución, no se puede desconocer la influencia que siempre ejerce la doctrina sobre la jurisprudencia.

2. *La división de los poderes y la articulación del principio de legalidad con la potestad reglamentaria.*

La concepción de la denominada doctrina de la separación de los poderes o, según prefieren algunos, de la división de los poderes, elaborada por Montesquieu (bajo la innegable influencia de Locke), ha dado lugar a numerosas y diferentes interpretaciones jurídicas que olvidan la naturaleza eminentemente política y hasta sociológica de esta teoría. Precisamente, al abordar el estudio del poder reglamentario, en cualquier ordenamiento constitucional positivo, hay que analizar primero el sistema, su realidad y los

[8] Cfr.: ALBERTO B. BIANCHI, op. cit., p. 6.

antecedentes que le han servido de fuente, pues recién después de esa labor el intérprete estará en condiciones para determinar el modo en que la Constitución ha recepcionado el principio divisorio en lo que atañe a la articulación entre la ley y el reglamento.

La teoría expuesta por Montesquieu en el *Espíritu de las leyes* reposa, como es sabido, en la necesidad de instaurar un equilibrio entre los órganos que ejercen el poder estatal. Parte de reconocer que las personas que poseen poder tienden normalmente a su abuso, por lo cual considera imprescindible la institución en el Estado de un sistema de pesos y contrapesos, de modo que los poderes puedan controlarse recíprocamente y que el equilibrio resultante permita el juego de los cuerpos intermedios de la sociedad y favorezca la libertad de los ciudadanos.

Lejos de predicar la primacía del poder legislativo o el acantonamiento de las funciones típicas de cada poder (en sentido orgánico) [9] la concepción de Montesquieu —antes que transferir el monopolio de la actividad legislativa al parlamento (como pretendió Rousseau)— se ocupó de la división del poder legislativo, asignando al poder ejecutivo funciones colegislativas (vgr. veto, iniciativa y convocatoria) y estableciendo un sistema bicameral, con el objeto de impedir el predominio y el abuso del órgano parlamentario. El centro de la concepción, aun cuando el principio no tuvo acogida en las constituciones que se dictaron durante la revolución francesa, lo constituye, sin duda, la ubicación del poder judicial en el esquema divisorio, concebido como órgano imparcial para juzgar y resolver las controversias, con independencia de los otros dos poderes.

A pesar de sus imprecisiones y ser, en definitiva, una teoría de base monárquica, la teoría de Montesquieu, con antecedentes aristotélicos conocidos [10], ha ejercido una nota-

9 CHARLES EINSEMANN, *L'esprit des lois et la separation des pouvoirs*, en "Melanges Carré de Malberg", p. 163 y ss., París, 1933.

10 Véase ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, *Ley y reglamento en el derecho público occidental*, p. 125, Madrid, 1971.

ble influencia en todo el derecho occidental; así la idea se aplicó con distintas formulaciones positivas y consuetudinarias, tanto en los países anglosajones [11], en los sistemas germánicos [12] y, por cierto, en los derechos constitucionales de los países latinos de Europa continental, por ejemplo, en Francia [13], Italia [14] y España [15].

En rigor, las corrientes en que se ha articulado el principio de legalidad, que adquiere su plenitud con la configuración del Estado de Derecho —pueden reducirse a tres grandes sistemas, según que consagren: a) la función de legislar como atribución exclusiva del parlamento; b) el dualismo entre ley y reglamento y c) la reserva de ley y el reconocimiento de un poder reglamentario residual.

La primera de estas concepciones —inspirada en Montesquieu— ha sido seguida por la Constitución de los Estados Unidos que no instrumenta una potestad reglamentaria en cabeza del poder ejecutivo, consagrando, en este aspecto, la primacía plena de la ley. Sin embargo, al cabo de la evolución constitucional, la jurisprudencia ha debido reconocer la quiebra del principio de que el poder que ha delegado el pueblo no se puede delegar, aceptando la figura de los reglamentos delegados, que poseen valor de ley, a través de delegaciones de gran amplitud [16].

11 Un ejemplo elocuente de la influencia de la doctrina de Montesquieu en el derecho norteamericano puede verse en lo expuesto por Madison en "El Federalista", capítulo XLVII, trad. del inglés, ed. Fondo de Cultura Económica, p. 204 y ss., México, 1957.

Se ha dicho que la influencia de la teoría de Montesquieu en la Convención de Filadelfia fue enorme, mucho mayor que la de Locke. (Conf. REGINALD PARQUER, *Separation of Powers Revisted: Its Meaning to Administrative law*, en Michigan Law Review, 1951, p. 1009 y ss.).

12 Ello se refleja en las sucesivas constituciones de la monarquía constitucional germánica; véase: ERNST FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, pp. 49 y 73, trad. del alemán, Madrid; art. 20 de la Constitución de Alemania Federal de 1949.

13 GEORGES VEDEL y PIERRE DELVOLVE, *Droit Administratif*, p. 116 y ss., París, 1984.

14 PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, *Derecho Constitucional*, trad. del italiano, p. 207 y ss., Madrid, 1989.

15 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, p. 26 y ss., Madrid, 1989.

16 SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *El Estado; el derecho interno y la*

El segundo de los sistemas (dualismo de ley y reglamento) es el adoptado por la Constitución Francesa de 1791, consagrándose definitivamente en la Constitución del año VIII, en el artículo 44. También fue recogido por la Constitución de Cádiz de 1812 (artículos 170 y 171) y en el Estatuto Albertino (art. 6º), entre otros estatutos constitucionales [17]. Este sistema, si bien asigna la función legislativa al parlamento, parte del reconocimiento de un poder reglamentario en el poder ejecutivo, atribuido genéricamente para la ejecución de las leyes, y termina configurando una potestad autónoma para dictar reglamentos independientes [18], en sentido contrario a la interpretación anglosajona efectuada sobre el principio de la división de los poderes. Este es, evidentemente, el sistema que recepciona el artículo 86 de la C. N., en sus incisos 1º y 2º, el cual es radicalmente diverso al de la Constitución norteamericana [19] pues el dualismo entre ley y re-

---

Comunidad Europea, pp. 1278-279, Madrid, 1986, hace referencia a las fórmulas que se han instrumentado en el derecho comunitario europeo para reducir a su mínima expresión las intervenciones de los Parlamentos, ampliando el papel de los Ejecutivos, aun en sistemas donde existen concepciones rígidas en torno a la actividad reglamentaria del Ejecutivo.

17 El art. 6º del Estatuto Albertino, que reproduce el texto de la constitución del reino de Cerdeña de 1848, preceptúa que: el rey "hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin suspender su observancia o dispensarla".

18 Conf. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y administrativa contemporánea*, p. 42, Madrid, 1984.

19 Existe la errónea creencia de suponer que nuestra Constitución siguió —en este aspecto fundamental del fraccionamiento del poder del Estado— al modelo norteamericano (por ejemplo: DANIEL ROQUE VITOLO, op. cit., pp. 76-77), cuando lo cierto es que adoptó, en materia de poder reglamentario del ejecutivo, el sistema continental europeo. Gran parte del origen de las confusiones en que se ha incurrido y se incurre aún hoy en este punto derivan de las opiniones vertidas entre nosotros por Sarmiento, quien al polemizar con Alberdi, difundió la idea de que nuestra ley fundamental era copia de la Constitución de los Estados Unidos de América. Aunque Alberdi refutó en forma precisa el error de dicha tesis la difusión del pensamiento de Sarmiento ha sido tan grande que ha formado una suerte de mito en torno de una idea totalmente equivocada. La verdad es otra y ha sido puesta al descubierto por Alberdi en muchas de sus obras; en tal sentido señaló: "todo es diferente en las dos constituciones argentina y norteamericana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo del observador desatento y superficial. Plan, división general de los objetos, sistema de los poderes, distribución y extensión de sus facultades, todo

glamento que acoge nuestra Constitución permite hacer jugar la distinción, de origen germánico, entre ley formal y material (Labano), que repercute en definitiva sobre el régimen de impugnación judicial de los respectivos actos, tornando procedente —al menos en el plano de la teoría constitucional— la impugnación directa de los actos normativos generales (reglamentos), emanados de la Administración Pública, con efectos *erga omnes*.

Finalmente, la evolución del sistema dualista ha culminado en la articulación del principio de reserva de ley (respecto de materias materialmente tasadas) con el reconocimiento en el ejecutivo de un poder reglamentario residual que, en determinadas materias, se considera originario, o bien, supletorio [20].

Ello indica a las claras que, en las concepciones adoptadas en los ordenamientos constitucionales inspirados en la doctrina de la división de los poderes, se reconoce en la actualidad (con mayores o menores limitaciones) un cierto margen de arbitrio al poder ejecutivo para la producción de

---

es diferente y debía serlo necesariamente. Si los argentinos no se hubieran separado en muchas cosas del sistema de Norteamérica para acomodarse a sus antecedentes y a su manera peculiar de ser, toda su organización habría sido un pobre plagio de una forma extranjera..." (JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, Cap. V, p. 32, ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1929).

20 El artículo 37 de la Constitución Francesa de 1958 prescribe que "las materias que no forman parte de la esfera de la ley tienen un carácter reglamentario". A su vez, entre las materias asignadas al legislador hay algunas que le son atribuidas en plenitud (ej. libertades públicas), mientras que en otras ejerce su competencia normativa sólo respecto de los "principios fundamentales". De ese modo, la competencia legislativa se ha transformado en una potestad de excepción, configurándose un ámbito en que el poder ejecutivo actúa como legislador con independencia de la ley, aunque sometido a la Constitución y a los principios generales del derecho. La transformación jurídica que trasuntó el sistema constitucional francés, en cuanto a las relaciones entre ley y reglamento, ha sido realmente notable; véase: GEORGES VEDEL y PIERRE DELVOLVE, op. cit., p. 77 y ss. y, especialmente, pp. 84-88. En España, la doctrina considera que la Constitución no ha instituido un poder reglamentario autónomo, continuando rigiendo el principio de la primacía de la ley y de la consecuente subordinación del reglamento, a pesar de la admisión de las técnicas de la delegación, de la reserva de ley y de la potestad reglamentaria de urgencia; véase: EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, op. cit., t. I, p. 255 y ss.

leyes materiales, sin que este proceso haya ocasionado la conculcación de las libertades y demás derechos fundamentales de las personas. Hay que tener en cuenta, además, que desde el punto de vista estrictamente garantístico, poco interesa que la atribución al ejecutivo provenga de una autorización parlamentaria o se le reconozca *iure proprio*, pues, en definitiva, el encargado de juzgar sobre su constitucionalidad o ilegalidad es el juez y no el parlamento y lo que importa es el contenido de la norma y sus consecuencias perjudiciales o disvaliosas, lo cual no implica ignorar el interés político que posee la cuestión, particularmente en el ámbito de las relaciones intrapoderes.

3. *El fundamento de los decretos reglamentarios de necesidad y urgencia y su compatibilidad con el sistema de la Constitución Nacional y las Constituciones provinciales.*

Hemos dicho antes que el modelo constitucional argentino —particularmente en materia de poder reglamentario— se inspiró sobre el ejecutivo, evidentemente, en las prescripciones del derecho constitucional de Europa continental [21]. Esa formulación, que concibe un poder ejecutivo fuerte y supremo, "casi monárquico en el fondo" para hacer posible, con el peso de su autoridad, la ejecución "de las

21 Si bien la fuente en que más se inspiró ALBERDI, cuando elaboró su conocido proyecto que sirvió de base para la Constitución de 1853 —en lo que atañe a la organización y competencia del Poder Ejecutivo— fue la Constitución Chilena de 1833 (que en este aspecto ha seguido de cerca a la Constitución de Cádiz de 1812), es evidente que le introdujo modificaciones provenientes de otros antecedentes que mejoraron la técnica del sistema adoptado que, en este punto, no cabe duda ha sido el modelo constitucional europeo, en forma directa o a través de la recepción que hicieron tanto la Constitución de Chile de 1833, como los distintos reglamentos y estatutos y/o proyectos de Constitución nacionales anteriores a 1853. En tal sentido y con particular referencia a la fuente del inciso 2º del artículo 86 se advierten dos diferencias con el artículo 82, inc. 2º de la Constitución chilena: 1) el reemplazo del vocablo "convenientes" por "necesarios" y 2) la frase que predica la exigencia de que las excepciones reglamentarias no pueden alterar el espíritu de las leyes. El único antecedente nacional que menciona el término reglamentos "necesarios" para la ejecución de las leyes es el Estatuto Provisorio de 1817 (Sección II-Art. IX). En cuanto al derecho comparado, una norma similar se encuentra en el art. 44 de

leyes", es decir, el bloque de legalidad [22] y que consagra el principio dualista (ley y reglamento) respecto de las fuentes de producción normativa de la Constitución, es perfectamente compatible con el reconocimiento de una potestad excepcional, en el órgano ejecutivo, para emitir reglamentos de necesidad y urgencia y el equilibrio de poderes que ella organiza.

Desde luego que la admisión de esta potestad no surge en forma expresa de texto alguno de la Constitución ni tampoco se desprende de la interpretación extensiva de sus cláusulas, aunque no hay tampoco norma alguna que se oponga a ello [23]. Sin embargo, en determinadas circunstancias, donde se presenta una situación grave, en la que se combinan el estado de necesidad con la urgencia, que sólo puede remediarse mediante el dictado de normas por el poder ejecutivo, con fuerza de ley, cabe admitir la configuración de aquella potestad excepcional.

La Constitución no se opone a esta interpretación y hasta se sostiene que existiría el deber del gobernante de resolver ese estado de cosas [24]. El fundamento que justifica el

---

la Constitución napoleónica del año VIII: *le Gouvernement propose les lois et fait les reglaments nécessaires pour assurer leur exécution.* A su vez, en el art. 6º del Estatuto Albertino, tomado de la constitución del reino de Cerdeña de 1848, se prescribe que el rey "hace los decretos y reglamentos necesarios para la ejecución de las leyes, sin suspender su observancia ni dispensarlas". Como puede apreciarse es grande la similitud que guardan estos antecedentes con la cláusula que proyectó Alberdi, no pudiendo dudarse entonces de la filiación europea continental del precepto, inexistente, por otra parte, en la Constitución norteamericana.

22 Tal como lo ha puesto de relieve EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa...*, cit. p. 4; al referirse a este precepto de la constitución napoleónica del año VIII apunta que "la amplitud de la fórmula asegura su ejecución y, sobre todo, la referencia de esta misión, no a una ley concreta, sino al bloque entero de la legalidad, permite ya el reglamento independiente".

23 Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, *La evolución del derecho y la jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación*, en "Régimen de la Administración Pública", Nº 145, p. 34, quien señala que "a la Ley Suprema no le repugna todo aquello que sin violar su espíritu, como ocurre con esos reglamentos y decretos, tienda a integrar o afianzar el orden jurídico que ella establece".

24 En el considerando 33 del caso "Peralta" (de fecha 27/12/90) la Corte señala que "es función del Presidente «la administración general del país» término éste, «administrar», que por su raíz etimológica y su contenido semán-

ejercicio de esa competencia excepcional por el Ejecutivo no es otro que un principio que hace a la vida misma de la Nación: el de la subsistencia y continuidad del Estado [25]. Se trata de un principio general del derecho público que, no obstante no hallarse expresamente formulado existe en nuestra ley fundamental, está en la base del sistema y es su presupuesto ineludible. De otra manera, si la conservación del Estado no fuera el principio fundamental y la Constitución no permitiera o prohibiera legislar a ese efecto al Poder Ejecutivo cuando estuviera en juego la subsistencia de toda la comunidad, no se podrían cumplir los propósitos constitucionales ni asegurar las garantías y los derechos de las personas. Por otra parte, el principio de la subsistencia y continuidad del Estado constituye el soporte natural de los fines que enuncia el preámbulo, ya que ni la unión nacional [26], ni la justicia, la defensa común, la paz interior o el bienestar general, podrían alcanzarse sin el Estado, que ha sido creado para garantizar el cumplimiento de esos objetivos, que vienen a constituir el desarrollo de aquel principio básico. Su fundamentación, si bien no resulta explicable para un legalismo de cuño positivista, no se halla fuera de la Constitución sino dentro de ella, configurándose como un principio que encuentra apoyo en una verdadera costumbre constitucional [27] (fundada en el estado de necesidad)

---

tico muestra la vinculación entre deberes y poderes que es de la esencia de la función del magistrado; no sólo dispone de los últimos, sino que no puede en ocasiones omitir su uso, soslayando el cumplimiento de los primeros".

25 Dicho principio aparece reiteradamente expuesto en la causa "Peralta" antes citada (considerandos 26, 33 y 35). La doctrina de la Corte Suprema es, en sí misma, acertada, aunque no estamos de acuerdo con la concreta decisión que se adoptara para el caso por estimar que el Decreto que congeló los fondos de ahorristas y depositantes cercenó sus derechos de propiedad (al implicar una quita forzosa de los valores originales), alterando, además, el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pero a favor de esta jurisprudencia de la Corte hay que anotar la circunstancia de que ella implica el reconocimiento de la validez constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia, con sujeción a determinados límites.

26 La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho (en el mencionado caso "Peralta") referencia al objetivo de mantener la unidad nacional conectándolo con el principio de subsistencia del Estado (considerando 35).

27 Sobre el derecho constitucional consuetudinario: JORGE RAÚL POVIÑA, *Costumbres y usos constitucionales*, p. 10 y ss., Tucumán, 1950.

compatible con el sistema instituido por nuestros constituyentes.

Esta conclusión que se adopta en torno de esta figura normativa no dificulta la tarea de establecer los límites y los requisitos dentro de los cuales debe ejercerse la potestad reglamentaria, sin estimar que sea necesario reformar la Constitución, como se ha propiciado [28]. En primer término, porque si la cláusula que se proyecta introducir en la C. N. va a asumir —como todas las que exhibe el derecho comparado— la forma de un "concepto jurídico indeterminado", el recorte de la potestad reglamentaria difícilmente vaya a operarse por esa vía y aunque se pueda definir la cuestión de la perdurabilidad de estos reglamentos frente al silencio del Congreso, este punto ya ha sido decidido en la jurisprudencia de la Corte desenvuelta en el caso "Peralta" [29]. Pero también parece que nada justifica promover la reforma de la Constitución para instituir una figura que se halla incorporada a nuestra realidad constitucional, corriéndose el riesgo de que, al contrario de lo que algunos piensan, una cláusula constitucional expresa aliente el empleo habitual de este instrumento por parte del Poder Ejecutivo [30].

A su vez, el derecho público provincial ha incorporado, en algunos ordenamientos constitucionales, la figura de los decretos o leyes de necesidad y urgencia [31], como fuente positiva de producción de normas, pudiéndose advertir la presencia de tres líneas fundamentales, según se admitan la constitucionalidad del respectivo decreto (art. 157, Constitución de Salta) o de la ley de necesidad y urgencia que dicta el Poder Ejecutivo (art. 157, Constitución de San Juan), o bien, del proyecto de ley que el Eje-

28 JORGE REINALDO VANOSSI, op. cit., p. 892.

29 Al referirse a la emergencia nuestro Alto Tribunal dijo que ella "dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado" (considerando 46), aceptando la vigencia de los reglamentos de necesidad y urgencia hasta tanto el Congreso no manifieste su repudio (considerando 29).

30 JESÚS LUIS ABAD HERNANDO, *Régimen de los reglamentos: prelación narrativa en el derecho positivo*, en "Doctrina Judicial", 1990-I, p. 821.

31 Véase PEDRO JOSÉ FRÍAS y OTROS, *Las nuevas Constituciones provinciales*, p. 1148 y ss., ed. Depalma, Buenos Aires, 1989.

cutivo remita al Congreso bajo el denominado trámite de urgencia (art. 115, Constitución de Córdoba).

En el sistema de la Constitución de Salta se reconoce la potestad del Poder Ejecutivo para emitir decretos sobre materias que pertenecen a la competencia del poder legislativo en caso de configurarse el estado de necesidad y urgencia o en el supuesto de que se encuentre amenazado de manera grave e inminente el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados, que si bien no se hallan basados o limitados por la norma constitucional, no importan la atribución de poderes discrecionales al Ejecutivo y son susceptibles de una sola interpretación, como única posibilidad que en cada situación concreta permite desencadenar la solución que se considera legítima.

Distinta es la prescripción constitucional del ordenamiento sanjuanino, donde las "leyes" de necesidad y urgencia que el Ejecutivo está autorizado a dictar presentan como notas peculiares: a) la obligación de remitir la ley a la Cámara de Diputados, bajo sanción de nulidad; b) la subsistencia de los derechos adquiridos aun cuando la ley de necesidad y urgencia no resulte aprobada por el parlamento provincial y c) el establecimiento de materias reservadas a la ley, excluidas del procedimiento excepcional de necesidad y urgencia [32].

En cambio, en la Constitución de Córdoba, donde se ha optado por legitimar solamente los proyectos legislativos que el Ejecutivo remite al Parlamento, se instituye sólo un trámite de urgencia [33], y aunque en los tres sistemas que hemos visto se incorpora en los respectivos ordenamientos constitucionales la aprobación legislativa tácita, al atribuir sentido positivo al silencio, en las Constituciones de Salta y de San Juan, el silencio juega para ratificar la falta de competencia del Ejecutivo mientras que, en la Constitución cordobesa, no se configura propiamente una

32 Cfr. art. 157, Constitución de San Juan.
33 Cfr. art. 115, Constitución de Córdoba.

ratificación sino un sistema de aprobación por silencio de los proyectos de ley que encuadren en el "trámite de urgencia". La diferencia reviste entidad pues, en este último supuesto, la norma surte sus efectos recién a partir del vencimiento del plazo fijado en la Constitución para la aprobación tácita.

4. *Continuación: crítica de los argumentos que se oponen al reconocimiento de su validez constitucional.*

Casi todos los autores que han sustentado una postura contraria a la admisión constitucional de los reglamentos de necesidad y urgencia han sostenido que estos decretos provocan la violación del sistema de la separación de poderes que recepta nuestra Constitución Nacional. Aparte de las razones que hemos dado precedentemente, si se admite la necesidad de que se opere en estos casos una ratificación legislativa —expresa o tácita— no se advierte que pueda conculcarse el principio divisorio en un sistema que, como el nuestro, no ha seguido las aguas de la concepción constitucional norteamericana, donde el parlamento tiene la primacía y el monopolio para el dictado de las leyes.

Se ha argüido, asimismo, que: a) hay transgresión de la finalidad prevista en el art. 29 de la Constitución Nacional; b) se desconoce la separación entre poder constituyente y poderes constituidos, asignando al Poder Ejecutivo facultades que la Constitución otorgó al Congreso, a quien, conforme el art. 24 de la Constitución Nacional le ha sido atribuida la función de legislar en forma exclusiva; c) se supera el límite que establece el art. 86, inc. 2º de la Constitución Nacional [34].

Al respecto, es evidente que el art. 29 de la Constitución Nacional —cuyos antecedentes históricos impiden in-

[34] Conf. GREGORIO BADENI, op. cit., p. 2, este distinguido autor es quien ha formulado las críticas más agudas, que no compartimos por las razones que damos en el texto.

terpretarlo de otro modo— no se altera por el reconocimiento de esta potestad reglamentaria de excepción, ya que aun cuando no constituye una facultad normal u ordinaria, ella no podría configurar el supuesto previsto en la norma que prohíbe el otorgamiento de facultades extraordinarias y supremacías que impliquen que "la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de persona alguna". Si esta situación se presentase, ya sea que proviniese de una ley o de un reglamento de necesidad y urgencia, la cláusula constitucional sería aplicable, pero siempre que se configuren los presupuestos prescriptos por la citada norma.

El reconocimiento de estos reglamentos de urgencia tampoco implica desconocer la separación entre poder constituyente y poderes constituidos, ya que el principio de subsistencia del Estado es común al poder constituyente y a los poderes constituidos, no habiendo inconveniente alguno en incorporar, dentro del sistema instituido por los constituyentes, una costumbre constitucional que se apoya en un principio general del derecho público, en que radica el fundamento básico de la propia Constitución de la República. Por lo demás, el art. 24 de la C. N. constituye una garantía (como puntualiza el texto proyectado por Alberdi) que consagra nuestra Carta Magna respecto de la reforma de la legislación colonial para adaptarla a los principios de la nueva constitución. Esa noma, no solo agotó su contenido, sino que no tuvo el propósito de fijar la competencia genérica y exclusiva del parlamento para legislar.

Queda, por último, por analizar el argumento que sostiene que, en el caso, habría una violación del límite que consagra el inc. 2º del art. 86 de la C.N., lo que no ocurre por cuanto la situación que se produce cuando el ejecutivo asume esta competencia excepcional no pone en contradicción (al menos formalmente) las relaciones entre la ley y el reglamento y el carácter de subordinado de éste, sino que coloca a las normas de necesidad y urgencia en la misma línea de jerarquía normativa que las leyes del Congreso,

con lo cual, al no reglamentarse ley alguna, no se da el supuesto contemplado en el citado precepto constitucional.

5. *Límites y requisitos que condicionan la habilitación de la potestad.*

En el sistema que deriva de nuestra realidad constitucional la potestad que se reconoce al Poder Ejecutivo no resulta reconocida como un poder normal sino de excepción, el cual se encuentra limitado por los principios generales del derecho y por los preceptos de la Constitución.

Es un error bastante generalizado aplicar a estos decretos, sin las debidas cautelas, el bagaje doctrinario y jurisprudencial elaborado alrededor de la llamada emergencia constitucional, pues esta situación no constituye un requisito *sine qua non* para la admisión de este tipo de reglamentos. En efecto, bien podría ser que, sin apelar a los poderes de emergencia (que implican una compresión o postergación transitoria de derechos) existan razones de necesidad y urgencia para que el ejecutivo emita un decreto (vgr. cambio de signo monetario), que prescriba una regulación que se incorpora definitivamente al ordenamiento jurídico a través de un reglamento de necesidad y urgencia.

Desde luego que, de configurarse una situación de emergencia constitucional, se aplicarán todas las reglas consuetudinarias y jurisprudenciales conocidas pero, en tales casos, pensamos que cabe proceder con mayor rigorismo a la hora de justificar las causales que admiten su procedencia, pues aun cuando la competencia para dictar estos reglamentos deba interpretarse siempre restrictivamente [35] corresponde todavía ser más estrictos cuando se comprimen o suspenden, transitoriamente, las libertades y los demás derechos fundamentales de las personas.

Ahora bien, aunque somos partidarios de incluir el tópico del derecho de necesidad como una opción constitucio-

[35] Conf. GUILLERMO A. MUÑOZ, op. cit., p. 528.

nal que se apoya en el ensanche de las fuentes constitucionales, antes que en una superación de la Constitución, de aceptarse esto último, la necesidad sólo podrá admitirse como dispensa, dentro de una ética de mínima [36] que no contraríe los derechos materiales fundamentales ni la proporción que debe existir entre los fines que se persiguen y los medios que se emplean para alcanzarlos (regla de la razonabilidad).

Las circunstancias que justifican el dictado de un reglamento de esta especie (necesidad y urgencia) deben reunirse simultáneamente en una situación que se caracteriza por: a) una necesidad que coloque al gobernante ante la decisión extrema de emitir normas para superar una grave crisis o situación que afecte la subsistencia y continuidad del Estado; en tal sentido, la emisión del acto ha de ser inevitable o imprescindible y su no dictado ser susceptible de generar consecuencias de muy difícil, si no imposible, reparación ulterior; b) una proporción adecuada entre la finalidad perseguida y las medidas que prescribe el reglamento y c) la premura con que deben dictarse las normas para evitar o prevenir graves riesgos comunitarios. En principio, un reglamento de necesidad y urgencia no podría regular (por ejemplo) el procedimiento a seguir en los pleitos entre particulares o los litigios en que es parte el Estado ni tampoco reformar definitivamente los códigos de fondo.

El cuadro de los requisitos se completa con otros dos que deben cumplirse a *posteriori*. El primero, consiste en el deber del Presidente de requerir la aprobación al Congreso de la medida en forma inmediata [37] o tan pronto éste entre a funcionar [38] y, el segundo, en la propia exigencia de la ratificación parlamentaria. En lo que atañe a esto último, se aplica una regla doctrinaria, que ahora tiene apoyo

36 NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, *Derecho constitucional y derecho de emergencia*, en "La Ley", t. 1990-D, Sección Doctrina, p. 1039 y ss.

37 JUAN CARLOS CASSAGNE, op. cit., p. 115. El incumplimiento de este recaudo no genera efectos, sin embargo, sobre la validez del reglamento y sólo pone en juego la responsabilidad política del Presidente.

38 MIGUEL S. MARIENHOFF, op. cit., t. I, p. 266.

en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que prescribe una suerte de inversión de la regla del silencio, admitiendo la ratificación tácita, aun si el Congreso no se pronunciare, a condición de que no altere los criterios fundamentales de su política legislativa [39]. Creemos que ésta es la mejor solución, por lo demás incorporada al derecho constitucional de las provincias [40], ya que el parlamento no puede ignorar el dictado de un acto que, en todos los casos, ha tenido una gran repercusión pública, aparte de convertirse en un medio para hacer efectivo el cumplimiento de los deberes de los legisladores y las funciones del Congreso.

Por último, no es posible negar a los jueces un amplio poder de revisión sobre la acreditación de las causales y circunstancias que justifican la emisión de estos reglamentos, con amplitud de debate y prueba, ya sea a través de un proceso ordinario o de un amparo [41], donde pueden ventilarse debidamente todos los agravios que planteen los afectados y lograr así que, en el futuro, esta potestad no se utilice en forma abusiva e indiscriminada, fuera de los límites constitucionales.

39 Es el criterio sostenido por la Corte *in re* "Peralta" (considerando 24).

40 Artículo 157 de la Constitución de la Provincia de San Juan.

41 La viabilidad de la acción de amparo, para cuestionar la inconstitucionalidad manifiesta de normas de alcance general ha sido aceptada por la Corte en el caso "Peralta", después de muchas vicisitudes, acogiendo ahora la buena doctrina ya que, en la mayoría de los casos, esa vía es la más idónea para la protección de los derechos y garantías constitucionales afectados por reglamentos de la Administración Pública.

IV

SEMINARIO SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Organizado por las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Económicas y de Ciencias Morales y Políticas

LOS PODERES TRIBUTARIOS MUNICIPALES. AUTONOMÍA O AUTARQUÍA DE LOS MUNICIPIOS

Conferencia pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 27 de junio de 1991

Planteamiento de la cuestión

Al programarse el desarrollo de la segunda parte del seminario sobre "Régimen Económico de la Constitución Nacional" que han organizado las Academias Nacionales de Ciencias Económicas, de Ciencias Morales y Políticas y de Derecho y Ciencias Sociales, el que tuve el honor de inaugurar el año pasado, me he sentido comprometido a una segunda participación para cubrir aspectos de ese régimen que no pueden quedar sin ser tratados en un seminario de esta índole. A ese compromiso opuse un reparo: al cumplirlo habría de repetirme en un tema en el que vengo incursionando desde hace treinta y cinco años, pero como bien ha dicho alguien que las ideas no son como las estampillas que se utilizan una vez y se tiran sino que, por el contrario, valen para repetirse, es que he decidido insistir sobre el tema, pero tratando de agregar una novedad: volver a mis conclusiones del comienzo, que cambié al enfocar este problema en 1989 en comunicación privada que hice en esta Academia y en una disertación que diera en la Asociación Argentina de Estudios Fiscales.

El problema de determinar la naturaleza y alcance de los poderes tributarios municipales no es cuestión meramente doctrinaria, sino de profundo contenido práctico y político. Sostener que el poder tributario de los municipios es originario significa asignarles competencia para crear cualquier clase de tributos, inclusive aquéllos cuyos hechos

imponibles o bases imponibles se superpongan con los que antes o después crearen los fiscos provinciales. En cambio, admitir que los poderes tributarios municipales son delegados y no propios u originarios, permite limitar la competencia de los gobiernos municipales y calificar de inconstitucional la superposición que pudiere llegar a darse por la concurrencia de gravámenes provinciales y municipales sobre el mismo hecho imponible.

La naturaleza de esos poderes tributarios —originario o derivado— depende del carácter que se asigne a los poderes en general de los municipios, en cualquiera de sus órdenes de relaciones jurídicas que generen. Entramos así al controvertido y fecundo debate sobre el tema de la autonomía o autarquía de los municipios.

Autonomía y autarquía. Conceptos

Dice Bielsa (*Estudios de derecho público. Derecho constitucional*, Buenos Aires, 1952, p. 7), que autonomía es la facultad de darse sus propias instituciones y —a fortiori— de gobernarse por ellas, pero según algunas normas preexistentes. Es una afirmación de personalidad relativa de interpartes. Autarquía, en cambio, es atribución de gobernarse, más precisamente de administrarse con independencia, en general, no en forma absoluta, pues el contralor superior del poder central es condición de toda descentralización administrativa, que en sustancia es autarquía.

Estos conceptos repetidos por la más calificada doctrina (Villegas Basabilvaso, *Tratado de derecho administrativo*, 1950, t. 2, pp. 178, 181 y 182; Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, 3ª edición, tomo I, p. 387, 1982; Fiorini, *Manual de derecho administrativo*, 1968, t. 1, p. 145; Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª edición, t. 7, p. 358, 1985; Cassagne, *Derecho administrativo*, 3ª edición, t. 1, p. 313, 1991), pueden resumirse así: autonomía supone un

poder de legislación *propio y originario*; algunos dicen que es un *poder constituyente*. Autarquía, en cambio, significa poder de administración *delegado* que, por el contrario, supone que no hay facultades constituyentes o legislativas originarias y propias.

Cierra estos conceptos doctrinarios la última opinión de Marienhoff, dada con motivo del cambio de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (al que me referiré más adelante) cuando dice que autonomía significa que el ente tiene poder propio y originario, y no porque le haya sido conferido por un ente superior para darse su propia ley y regirse por ella. Ejemplo típico de lo expuesto lo constituyen nuestras provincias. Autarquía significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo con una norma que le es impuesta, pues el ente no tiene poderes para dictar dicha norma o ley (*La supuesta autonomía municipal*, en "La Ley", 1990-B, 1012). Insiste este autor en que lo que caracteriza al ente autónomo y lo diferencia del ente autárquico, "no es la extensión de atribuciones, sino el *origen* de las mismas y que éstas sean *propias* del ente".

La autonomía o autarquía de las municipalidades

Dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Municipalidad de La Plata c/Ferrocarril Sud" ("Fallos", t. 112, 282, junio de 1911) que "Las municipalidades no son más que *delegaciones* de los poderes provinciales, circunscriptas a fines y límites administrativos que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial". Esta jurisprudencia se ha mantenido uniforme hasta el año 1989 conforme lo veremos más adelante.

La doctrina nacional está amplia y calificadamente dividida en favor de uno y otro concepto. Se pronuncian por la autonomía de los municipios Alberdi, quien sostenía la autonomía municipal asignándole el carácter de un verda-

dero poder político del cual emanaba la soberanía comunal, concepto éste un tanto exagerado, pues no es posible hallar soberanía dentro del estado soberano (Nación) (*Derecho público provincial argentino*, 1ª parte, cap. IV, parágrafo VII); Dana Montaño (*Los procedimientos del gobierno directo del pueblo en el régimen municipal argentino*, p. 24, 1933); Greca (*La noción de autarquía y el régimen municipal*, en "Anuario del Instituto de Derecho Político de la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario", año 1940; *Sistemas legales del régimen municipal y lineamientos del régimen jurídico comunal*, en ídem, año 1938 y 1939 y *Derecho y ciencia de la administración municipal*, t. II, p. 64, 1943;); Sánchez Viamonte (*Manual de derecho constitucional*, 1958, p. 331); Frías (*Las nuevas constituciones provinciales*, 1989, p. 209); Hernández (*Derecho municipal*, t. 1, p. 308, 1948); Vanossi (*El municipio en el régimen constitucional argentino*, en "El Municipio", p. 129, 194); Sagüés (*El régimen municipal de la Constitución*, "La Ley", t. 1985-C, p. 997).

Bidart Campos es quien con más fuerte argumentación defiende la teoría autonomista (*Derecho constitucional*, t. 1, p. 541 y ss., 1964; y su nota *Semántica y onticidad; normas y realidad en torno de los municipios provinciales*, en "El Derecho", 133-538). Dice que la institución municipal o comunal es el gobierno político de un territorio o ciudad elevado a la categoría de entidad de derecho público con potestad de regular por sí mismo las cuestiones propias de su competencia local. Sostiene que el municipalismo pregona la necesidad de la autonomía comunal, como competencia privativa de las comunas para elegir sus autoridades y para darse a sí mismas la organización política y administrativa. Considera que la Constitución de 1853 incluye entre las condiciones fijadas a las provincias para gozar de la garantía federal, la de *asegurar el régimen municipal* y que ello significa que el estatuto máximo incorpora al orden constitucional argentino la realidad municipal bajo forma de régimen, es decir, ordenamiento político del gobierno

local, con independencia y autonomía dentro de los estados federados. Concluye en que "el municipio no nace como un desglose de competencias provinciales para fines puramente administrativos, mediante creación y delegación de las provincias, sino como poder político autónomo por inmediata operatividad de la constitución federal. Las provincias no podrían dejar de organizar su régimen municipal a tenor de este principio, sin colocarse en situación de incompatibilidad con la constitución federal". En su nota antes citada sostiene que los municipios son y serán siempre entidades políticas con autonomía, a pesar de que las normas digan lo contrario, porque lo que prevalece sobre la nominalidad normativa es la realidad óntica; esto es, lo que es o lo que no es prevalece sobre lo que se dice que es o se dice que no es (el caballo de Calígula fue nombrado senador, pero por más que una norma lo designara como senador siguió siendo caballo).

La tesis en favor de la autarquía de los municipios es defendida también por importante y muy calificada doctrina. Joaquín V. González (*Manual de la Constitución Argentina*, 7ª edición, p. 684), dice que: "La Constitución hizo obligatorio para las provincias, como condición de su garantía y protección, el establecimiento de su régimen municipal, que ellas buscarían en sus antecedentes sociales, en cuanto se armonizasen con los derechos de soberanía política. No les prescribe bases para definir su naturaleza de gobierno municipal, pero es justo entender que dejaba librada su elección a la voluntad y experiencia de los constituyentes de provincia. Sólo habla de su 'régimen municipal', es decir, que lo considera según es su naturaleza histórica y jurídica una institución propia y exclusivamente local; esto es, que deriva su existencia, forma y poderes de la soberanía constituyente legislativa de cada provincia".

Bielsa sostiene que la falta de atribución expresa respecto de los municipios para darse sus cartas orgánicas y la sumisión a un contralor jurisdiccional, niega de hecho la pretendida autonomía. Agrega que el régimen municipal

según el art. 5º de la Constitución Nacional es local en el sentido de que las legislaturas lo determinan y limitan, pues el término "local" en el lenguaje jurisprudencial es sinónimo de provincial y no de municipal.

En otro trabajo dice Bielsa que "Los partidarios de la autonomía municipal en general no son juristas, pues no se fundan en el derecho fundamental, sino que invocan aspiraciones de política local, de interés social, de administración propia, de elección de autoridades, de régimen de sufragio" (*Principios de régimen municipal*, 3ª edición, p. 33, 1962).

Villegas Basabilvaso (*Derecho administrativo*, t. II, p. 405, 1950) sostiene que "La organización autonómica de las comunas, de conformidad con el significado jurídico de autonomía, exigiría ineludiblemente que las constituciones provinciales instituyeran el poder municipal, esto es, acordaran a los municipios su poder constituyente, el cual naturalmente sería condicionado, así como las constituciones provinciales se hallan condicionadas a la Constitución. Mientras ello no acontezca los municipios no pueden tener otra forma de organización que la descentralización autárquica". Parecería advertirse de los conceptos de este administrativista que si la Constitución calificara al régimen municipal de autónomo habría autonomía, con lo cual su tesis podría compatibilizarse con la sostenida ahora por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante, concluye en que "La organización de las comunas provinciales es autárquica, esto es, los municipios no son entes políticos sino esencialmente administrativos, por cuanto el régimen integral de los mismos es siempre delegado y tiene su origen en las respectivas constituciones y leyes provinciales".

Según Linares Quintana los municipios son entidades administrativas autárquicas y delegaciones de los poderes provinciales, en virtud de la falta de atribución de las municipalidades para darse sus cartas orgánicas, así como la sumisión a un contralor jurisdiccional (*Gobierno y administración de la República Argentina*, t. 2, p. 56, 1946).

Cassagne (*Derecho administrativo*, 3ª edición, t. I, p. 388), considera que "Desde la perspectiva del derecho administrativo se ha sostenido (sin desconocer su raíz política) que las atribuciones de los municipios son meramente administrativas, ya que el art. 5º de la Constitución Nacional no asegura la autonomía municipal sino su régimen, siendo correcta la afirmación de la Corte en cuanto estatuye que son delegaciones de los poderes provinciales que resultan incompatibles con la idea de autonomía, ya que autonomía, por definición, es darse su propia ley".

Hasta aquí las opiniones de los defensores de la autarquía se fundan principalmente en que los poderes municipales se desprenden de las respectivas cartas orgánicas que dictan las provincias y, además, en que los municipios no tienen poder político sino meramente administrativo.

Sostuve en 1956 (*La distribución de los poderes impositivos*, en "Estudios financieros", p. 183, 1966), luego de afirmar que "Si la autonomía significa darse su propia legislación y estar libre de todo control superior, ella no puede ser atributo de las municipalidades, que carecen del poder de darse sus propias cartas orgánicas y están sometidas a un contralor jurisdiccional", que "Por imperio de la Constitución Nacional (art. 5º), depende de cada provincia la organización de su régimen municipal". Salí al encuentro del problema diciendo que "Los autonomistas que llegan a pretender que las comunas deben darse sus propias cartas orgánicas tampoco varían el problema. El quid de la cuestión reside en que el poder comunal será siempre un *poder delegado*, porque provenga de las provincias o de la Nación, en el caso de que se dieran sus propias cartas orgánicas por decisión constitucional, no se trata de un poder originario, preexistente e independiente".

Bulit Goñi refirma esta posición cuando dice que "Por el hecho de que les atribuyamos autonomía o potestades tributarias originarias (a los municipios) esto no es lo que hace nuestro derecho recibido, pero aun así, aun cuando en esto se cambiara y se abandonara la orientación tradicional, se-

guirán teniendo la subordinación que se deriva del hecho de recibir sus potestades del estamento normativo provincial" (*Autonomía o autarquía de los municipios,* en "La Ley", 1989-C, p. 1053).

Las constituciones provinciales sancionadas desde 1957 (Chubut, Formosa, Misiones, Santiago del Estero, San Juan, Salta, La Rioja, Jujuy, Córdoba y San Luis), han institucionalizado un movimiento municipalista consagrando en los respectivos textos el reconocimiento de la autonomía de los municipios y dando a éstos poder constituyente de dictarse su propia carta orgánica municipal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, alterando una jurisprudencia pacífica desde junio de 1911 sentada en la causa "Municipalidad de La Plata contra Ferrocarril del Sud" y reiterada hasta abril de 1986 en los autos "Ambros Palmegiani S. A." ("E.D.", 120, 257), que sostenía —como lo hemos visto más arriba— que "Las municipalidades no son más que *delegaciones de los poderes provinciales,* circunscriptas a fines y límites administrativos que la Constitución ha previsto como entidades del régimen provincial", el 21 de marzo de 1989, en la causa "Rivademar Angela D. B. Martínez Galván de c/Municipalidad de Rosario" ("La Ley", t. 1989-C, p. 47), ha dicho que "Las municipalidades son autónomas con independencia de que las constituciones locales les reconozcan o no el carácter de tales" por razones y fundamentos que analizaré más adelante.

Considera Marienhoff que la equivocada calificación de un acto, de un contrato o de una institución, no altera la verdadera sustancia de los mismos. En mérito a ello, mediante una reforma constitucional, la respectiva provincia puede suprimir, modificar o restringir la competencia funcional atribuida habitualmente a las municipalidades, actitud inadmisible si se tratare de efectivas entidades autónomas. Sostiene que "Resulta claro que el hecho o circunstancias de que algunas municipalidades estén facultadas para sancionar su propia ley orgánica no las convierte en autónomas: siguen siendo entidades autárquicas dotadas de especial competen-

cia funcional. Nada más. Ello es así porque tal posibilidad no derivaría de un derecho *propio y originario* de las municipalidades, sino de la atribución que al efecto les habrían otorgado la legislatura o el congreso, según el caso".

Para Marienhoff, "Lo que caracteriza al ente autónomo y lo diferencia del ente autárquico, no es la extensión de atribuciones sino el origen de las mismas y que éstas sean propias del ente". Por ello concluye en forma terminante que aunque las constituciones califiquen de autónomos a los municipios y aunque las constituciones dispongan que sean los municipios los que dicten sus propias cartas orgánicas, el poder municipal puesto en ejercicio al dictar esa carta orgánica no es un poder propio u originario sino poder delegado que proviene de una adjudicación de competencia, de una imputación de funciones, efectuada a su favor por un órgano o entidad superior.

El cambio de la jurisprudencia

Como señalé anteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la citada causa "Rivademar" (marzo de 1989), cambió la jurisprudencia pacífica de más de setenta años del Alto Tribunal, sosteniendo que las municipalidades son entes autónomos con independencia de su calificación constitucional o legal y fundándose en los siguientes argumentos (para un análisis exhaustivo del fallo ver la nota de Alberto B. Bianchi, *La Corte Suprema ha extendido carta de autonomía a las municipalidades,* en "La Ley", t. 1989-C, p. 47).

a) Por su origen constitucional frente al meramente legal de las entidades autárquicas. La afirmación no es exacta, pues hay entidades autárquicas como la Municipalidad de la Capital Federal y el Banco Central de la República Argentina que tienen base constitucional (artículos 67, inc. 27 y 86, inc. 3º). Sobre este aspecto dice Marienhoff (en nota citada) que no es sensato pretender la autonomía de las municipa-

lidades por el hecho de que la Constitución las mencione o aluda en su artículo 5º, del mismo modo que no se induce un poder educacional por la circunstancia de exigirse también a las provincias en este artículo 5º que aseguren su educación primaria;

b) La base sociológica dada por la población en los municipios no existe en las entidades autárquicas. Podemos refutar este argumento recordando que la Municipalidad de la Capital Federal es una entidad autárquica y tiene base sociológica igual que cualquier otra municipalidad local. El Banco Central de la República Argentina, la Dirección General Impositiva, la Aduana de la Nación y otras entidades autárquicas actúan sobre toda la población del país, de modo que también tienen una base sociológica como la que se pretende que tienen los municipios;

c) Los municipios no pueden ser suprimidos y prueba de ello es que son autónomos. Contestaría a este argumento diciendo que la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires no es autónoma, sino autárquica y tampoco puede ser suprimida atento su origen constitucional;

d) El carácter de legislación local de los ordenamientos frente al de resoluciones administrativas de los entes autárquicos. Las ordenanzas municipales no pueden ser consideradas legislación sino en su sentido lato como fuente formal de una norma jurídica. Así también lo son, con el mismo alcance, las reglamentaciones o resoluciones que dictan las entidades autárquicas y muchas de ellas con carácter no de legislación local sino nacional (v.g. Banco Central de la República Argentina, Dirección General Impositiva, Administración Nacional de Aduanas, etc.). Las resoluciones de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires —ente autárquico— constituyen también legislación local "lato sensu";

e) Una entidad autárquica no puede crear otra entidad autárquica y sí en cambio lo pueden hacer las entidades autónomas. El hasta hace poco Territorio de Tierra del Fuego era un ente autárquico y no autónomo y, sin embar-

go, elegía electores y enviaba diputados al Congreso y tenía entidades autárquicas que de él dependían. La Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, entidad autárquica, tiene varias entidades autárquicas que de ella dependen (v.g. el Banco de la Ciudad de Buenos Aires);

f) Los municipios son autónomos porque eligen sus propias autoridades. No es un criterio distintivo, porque también las eligen entidades autárquicas como son las universidades, las comisiones de fomento municipales y como era el Territorio de Tierra del Fuego.

En esta causa, el dictamen de la Procuración Fiscal adopta una posición intermedia entre las que podríamos llamar absolutamente autonomistas o absolutamente autarquistas. En efecto, dice que "La cláusula constitucional no importa una definición en cuanto al grado de independencia que debe acordársele (al municipio), quedando reservado a la discreción del constituyente o del legislador provinciales, la determinación del modo o intensidad que revestirá la descentralización. En resumen, el municipio provincial es una institución necesaria, pero su configuración resulta atribución privativa del orden local, pudiendo escoger la provincia un régimen autárquico o autonómico, con las múltiples facetas que cada uno de éstos puede adoptar". En otros términos, los municipios serán autónomos o autárquicos según lo que expresamente disponga cada constitución provincial. Parte, entonces, de un concepto nominalista o formalista, prescindiendo de la verdadera naturaleza jurídica de la institución.

Alberto B. Bianchi (ob. cit.) dice que coincide con el dictamen de la Procuración Fiscal, "ello por cuanto creo que las municipalidades carecen de una naturaleza jurídica determinada. En otras palabras, poseen la naturaleza que el legislador constituyente provincial quiera darles y no es una atribución del gobierno federal y, por ende, de la Corte Suprema, terciar en esta cuestión que pertenece a los poderes delegados por las provincias al momento de sancionar la Constitución". Concluye este autor que la equivocación no

reside en la elección entre la autarquía o la autonomía, sino en que el gobierno federal, a través de la Corte Suprema, resuelva un problema típicamente provincial.

La Procuración Fiscal dice fundarse en la opinión de Joaquín V. González, la que transcribe parcialmente. Creo que ha equivocado tal fundamentación, porque este constitucionalista dice categóricamente (ob. cit., p. 685) que la municipalidad "es una institución propia y exclusivamente local; esto es, que deriva su existencia, forma y poderes de la soberanía constituyente o legislativa de cada provincia", lo que refirma su posición en defensa de la tesis de la autarquía.

Para terminar este tema debo dar mi opinión acerca de él. Recuerdo nuevamente que en 1956, en el trabajo sobre *La distribución de los poderes impositivos*, dije que el poder comunal será siempre un poder delegado, porque provenga de las provincias o de la Nación, en el caso de que las municipalidades se dieran sus propias cartas orgánicas por decisión constitucional, no se trata de un poder originario, preexistente e independiente. Al examinar la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso "Rivademar" me sedujo el dictamen de la Procuración Fiscal que considera que los municipios serán autónomos o autárquicos según lo que expresamente disponga cada constitución provincial. En mis primeros estudios sobre la materia ninguna constitución provincial asignaba el carácter de autónomo a los municipios; ahora, las nuevas constituciones dictadas desde 1957 en adelante, sin excepción, refirman el carácter autonómico de los entes comunales. Esta calificación legal, que importa una posición positivista, nominalista o formalista, me inclinó a participar de ella en los comienzos de la discusión del problema en 1989.

Pero ahora, profundizados los estudios que he seguido con la máxima atención y con espíritu crítico, debo revelar a este auditorio que vuelvo sin vacilaciones a mi posición anterior: esto es, que los municipios son entidades autárquicas, porque más allá de que las constituciones provin-

ciales les den el carácter autonómico y les otorguen la facultad de dictar sus respectivas cartas orgánicas y éstas a su vez asignen a los entes del gobierno municipal facultades discrecionales, estas facultades no son en modo alguno propias u originarias sino poderes delegados que provienen de una adjudicación de competencia que tiene y delega la provincia, que es el único ente que tiene poderes propios y originarios porque así surge de la esencia del régimen federal de la Constitución Nacional. Para ser originario el poder municipal tendría que ser preexistente e independiente del de las provincias, lo que no puede sostenerse porque ese poder es una delegación —constitucional o legal según el caso— del poder provincial que es el único originario.

Los poderes tributarios de la Municipalidad

Ha afirmado Adrogué que "Aunque la Constitución determina las bases del régimen comunal, éste no actúa sino en función de las leyes reglamentarias que se dicten" (Adrogué, Carlos A., *Doble imposición y delegación en materia de impuestos,* "J.A.", 1951-III, p. 276 y sig.). Bielsa dice que "El poder financiero comunal es delegado y limitado; que en el sistema argentino las comunas no tienen poder impositivo en el sentido constitucional o político; ellas sólo ejercen ese poder por delegación del gobierno provincial o local" (*Régimen jurídico comunal* en "Anuario del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Económicas de Rosario", 1938, t. I).

La doctrina de los poderes tributarios municipales delegados o derivados es sostenida unánimemente por todos aquellos que participan del criterio de que las municipalidades son entes autárquicos, doctrina que hemos analizado in extenso y que sería innecesario repetir.

Por el contrario, la teoría de los poderes originarios es sostenida por los juristas ubicados en la corriente autonomista, pero no obstante, encuentro una excepción en la

opinión de Giuliani Fonrouge quien sostiene el carácter originario de los poderes comunales no fundado en la autonomía de los municipios sino en la naturaleza misma de sus poderes (*Derecho Financiero,* 1ra. edición, t. I, p. 270). Para este autor, la facultad de imponer es consecuencia de la facultad de gobierno, que es una facultad inherente que no reconoce limitaciones de categorías sino de grado.

Quienes, como Giuliani Fonrouge, sostienen el carácter originario de los poderes impositivos municipales, parten de la disposición del art. 5º de la Constitución Nacional que obliga a las provincias a garantizar el régimen municipal, encontrando en ella el origen constitucional de tales poderes. Para mí, ese origen refirma el carácter derivado de dicho poder, en cuanto el ordenamiento constitucional partiendo del esquema del poder originario o preexistente de las provincias impone a éstas la obligación de asegurar el régimen municipal, lo que importa reconocerles la facultad de instituirlo, de limitarlo y controlarlo.

Quienes sostienen que los poderes impositivos municipales son originarios admiten la superposición con los gravámenes provinciales. La superposición impositiva por sí misma no puede ser calificada de inconstitucional en tanto se adecue a las facultades o competencias impositivas de los entes que aplican el gravamen. Los efectos económicos que derivan de tal superposición legalizada, por más graves que ellos sean en cuanto perjudican el proceso productivo encareciendo costos y precios, no pueden ser razón suficiente para fundamentar una tacha a la validez jurídica de tales contribuciones.

Aclaro que al hablar de superposición aludo a impuestos y no a tributos, porque dentro de este género la superposición sólo es oponible a los impuestos, porque no hay superposición de impuestos con tasas —desde el punto de vista jurídico y no del económico— ya que ambos responden a causas diferentes (el impuesto a la prestación de funciones o servicios generales e indivisibles y la tasa a la prestación de servicios públicos divisibles).

Por el contrario, dentro de la teoría de los poderes impositivos municipales delegados, esa superposición es inconstitucional en mi opinión, según lo vengo sosteniendo desde el trabajo que hiciera sobre la *Constitucionalidad de los impuestos a las actividades lucrativas de las municipalidades de la Provincia de Buenos Aires,* en 1954 ("J.A.", 1954-2, p. 177). Siendo los poderes municipales delegados por las provincias —o por la Nación en los entes unitarios— la existencia anterior o posterior del gravamen provincial importa la revocación de la delegación del poder dado a los municipios para sancionarlo y hace desaparecer la competencia municipal para imponerlo. La figura de la delegación no admite la coexistencia de facultades simultáneas entre el ente delegante y el ente delegado. La revocación de la delegación puede ser expresa o tácita, esto es, establecida expresamente por la ley provincial cuando ésta crea un gravamen y dispone simultáneamente la caducidad de la facultad delegada al municipio al efecto, o tácita —que es la común— cuando el poder provincial sanciona un impuesto ya establecido por el municipio o crea un gravamen nuevo que aquél aún no ha sancionado. En el primer caso, el municipio debe abstenerse de seguir percibiéndolo; en el segundo, queda impedido de sancionarlo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación no se ha expedido sobre el tema de la superposición de impuestos provinciales y municipales en forma concreta.

Sólo incidentalmente en el fallo dictado en fecha 27 de diciembre de 1957 en los autos "Álzaga Unzué, Elena Peña de c/Municipalidad de 25 de Mayo", al rechazar un recurso extraordinario en una sentencia de sólo dos párrafos dice: "La posibilidad de que el gravamen municipal coincida con el impuesto provincial... no basta por sí sola para la invalidez constitucional del impuesto según jurisprudencia corriente ("Fallos": 184, 139; 185, 200 y otros)". Pero, debo señalar que los fallos que cita el tribunal para fundamentar esta afirmación se refieren a la superposición de impuestos nacionales y provinciales y no a la de impuestos

provinciales con los municipales. Por consiguiente, puede afirmarse categóricamente que no hay pronunciamiento expreso y concreto del Alto Tribunal de Justicia de la Nación sobre el particular y que la mención citada es un verdadero error que debe ponerse en evidencia.

El análisis más exhaustivo del problema ha sido efectuado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, cuya evolución sobre el particular es importante señalar.

Modificando la jurisprudencia anterior que era en sentido favorable a los poderes tributarios originarios de los municipios, dijo la corte bonaerense en la causa "S.A. Industrial y Financiera Tierras Guarumbá c/Municipalidad de Guaminí", fallada el 18 de junio de 1957, que "Si la provincia, en ejercicio de facultades que le son propias, ha establecido este impuesto inmobiliario, la Municipalidad de Guaminí, al crear el gravamen que se impugna tomando como objeto del mismo igual materia, ha invadido la esfera del gobierno provincial, en contra cabalmente de lo que preceptúa el artículo 153, inc. 8º de la Constitución, lo que hace procedente la declaración de inconstitucionalidad", siendo de destacar el voto del juez doctor Fernández cuando sostiene que "Los municipios no son sino una creación de la ley y no tienen otras facultades que las que por delegación se les han acordado, careciendo de atribuciones para crear otros impuestos que aquéllos que les han sido autorizados por el poder delegante. Mientras las facultades impositivas de un gobierno de provincia son originarias, las de las municipalidades son delegadas, delegación que se les ha conferido por la ley orgánica municipal".

Poco tiempo después, el 15 de octubre de 1957, la misma Corte de la provincia de Buenos Aires cambia su jurisprudencia en la causa precitada "Alzaga Unzué, Elena Peña de c/Municipalidad de 25 de Mayo" ("Derecho Fiscal", t. VIII, p. 521), sosteniendo que "por las funciones constitucionales que les han sido confiadas, las comunas tienen originariamente reconocida por la Constitución la facultad de

imponer los tributos necesarios para arreglo y conservación de los caminos en los límites del distrito".

Numerosos fallos se dictaron posteriormente ratificando la teoría de los poderes impositivos originarios hasta que al cambiar la integración de la Corte en 1960 en la causa "Ramírez y Cía. c/Municipalidad de la Matanza" ("Derecho Fiscal", t. X, p. 368) sostuvo que: "Si el gravamen cuestionado no procedía como tasa (por no haberse prestado el servicio) menos pudo la Municipalidad accionada percibir ese tributo como impuesto, que según los perfiles demostrados no recaería sino sobre actividades lucrativas del tipo previsto y gravado por el Código Fiscal de la Provincia, materia para la cual el municipio carece de competencia impositiva, porque como bien se sabe ésta pertenece absoluta y exclusivamente a la legislatura provincial... Cuando las comunas aplican impuestos diferentes a los provinciales, debe presumirse que existe una delegación tácita que el gobierno provincial efectúa, pero que esa delegación cesa en el mismo momento que la provincia aplica por sí el impuesto, retomando una facultad que a partir de ese preciso momento no puede ser ejercida por el poder delegado".

En fallo del 22 de marzo de 1966, en la causa "Melón Gil, Isaac c/Municipalidad de Gral. Lavalle" ("Derecho Fiscal", t. XVI, p. 64) fija con mayor precisión la jurisprudencia de los poderes impositivos delegados y de la inconstitucionalidad de la superposición de gravámenes provinciales y municipales. Sostiene en el caso que de admitirse el carácter originario de los poderes tributarios de los municipios y por ende la constitucionalidad de la superposición de impuestos provinciales y municipales, se "infringirían los artículos 90, inc. 1º y 182 de la constitución provincial. La primera de esas cláusulas, porque la superposición de impuestos municipales y provinciales afecta el *principio de la uniformidad* de estos últimos en todo el territorio de la provincia y, por lo tanto, a diferencia de la superposición de impuestos provinciales y nacionales, motiva por sí misma la inconstitucionalidad del gravamen local; y ambas, porque surge de ellas

que el poder impositivo de las comunas es, en cuanto a su contenido o extensión, una delegación del que originariamente corresponde a la legislatura, y es evidente que no hay delegación, sino reserva de ese poder respecto de esas materias que han sido gravadas por el delegante".

Esta jurisprudencia se mantiene pacíficamente hasta la fecha.

Las tasas municipales

Quedaría trunco este trabajo sobre los poderes tributarios municipales si no hablara de esa especie de tributo que son las tasas. La determinación de la naturaleza jurídica de las tasas, su diferencia con el impuesto, la causa jurídica que las justifica, la cuantificación de su monto, etc., son problemas suficientes para una disertación tanto o más larga que ésta. Por ello, no quiero ni atreverme a decir una palabra sobre el tema. Sólo pretendo que alguno de los destacados académicos que me honran con su presencia en este acto recoja la sugerencia y aborde el tema para el mejor desarrollo y éxito de este seminario.

LA PROPIEDAD DE LOS YACIMIENTOS DE HIDROCARBUROS

Conferencia pronunciada por el académico Dr. Juan Carlos Cassagne, en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 12 de setiembre de 1991

I. *Introducción*

La cuestión escogida como tema de disertación para este seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional obedece a una serie de circunstancias que nos parece oportuno poner previamente de relieve.

Se trata de una cuestión controvertida que abarca aspectos fundamentales del régimen de la propiedad minera, desde la situación jurídica del superficiario y la configuración de un derecho de propiedad distinto para el subsuelo hasta los problemas inherentes a la titularidad nacional o provincial de los yacimientos de hidrocarburos y al ejercicio del llamado "poder de policía".

En el estado actual de la discusión doctrinaria y política el eje central de la controversia pasa por el tema relativo a quién es el titular de los yacimientos: la Nación o las provincias, cuestión ésta que cuando todo parecía indicar que había sido resuelta por las leyes Nº 14.773 y 17.319 y por la jurisprudencia de la Corte Suprema, vuelve ahora a resurgir a raíz de lo acordado en el pacto de Luján, celebrado el 24 de mayo de 1990 entre el Presidente de la República y los gobernadores de las provincias, en el que se declaró que era necesario elaborar los proyectos legislativos destinados a dar operatividad a los principios que allí se enuncian (cláusula décimonovena), entre los cuales se reconoce el dominio y jurisdicción de las provincias sobre determinados recursos naturales.

Resulta evidente que los continuos vaivenes legislativos no son los mejores instrumentos para afirmar la seguridad jurídica, máxime cuando los cambios repercuten sobre uno de los sectores más dinámicos de nuestra economía, como es el petróleo; pero también es cierto que una solución equitativa que contemple la situación de todos los intereses en juego y que respete, esencialmente, los derechos adquiridos por los particulares, puede convertirse en el camino más adecuado para asegurar la estabilidad de las operaciones económicas emprendidas, con el aliciente adicional que ello implica para la realización de las nuevas inversiones que requiere el país.

El análisis que efectuamos será sustancialmente jurídico. No obstante, por más que la realidad no se transforma en el elemento exclusivo y paradigmático que determina siempre la elección de las soluciones propias de los problemas jurídicos, pensamos que han de preferirse aquellas que, confrontadas con el fondo real sobre el que operan la formulación legislativa o la jurisprudencial, no conduzcan a situaciones injustas que luego no pueden subsistir por imperio de aquella realidad.

Al estudiar este tema hemos encontrado muchas opiniones de distinguidos maestros del derecho y juristas no coincidentes con las que vamos a sustentar aquí. Adelantamos que abrigamos por ellas un profundo respeto intelectual, pues consideramos que, en ciertas ocasiones, las discrepancias habidas en un clima de libertad y de responsabilidad académicas antes que dividir enriquecen a los protagonistas, quienes, en definitiva, se encuentran unidos por el objetivo común de contribuir a la realización de la justicia y del derecho.

Como es sabido, la legislación argentina ha establecido, desde poco tiempo después de sancionada la Constitución de 1853, el principio de la propiedad estatal de las minas y, consecuentemente, de los yacimientos de hidrocarburos, separando la denominada propiedad superficial de la del subsuelo. En este contexto, que de alguna manera preanun-

ciaba el estatismo que hemos padecido en esta materia, el esquema de las posiciones sostenidas a través de las diversas fuentes de producción y de conocimiento del derecho puede resumirse de este modo:

(*a*) la doctrina que sostiene que la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos corresponde a la Nación, por ser ésta la continuadora de los derechos de la Corona Española como titular del dominio eminente en el sistema regalista;

(*b*) la tesis que afirma la pertenencia de esos yacimientos al dominio originario o institucional —como ha dicho Frías— [1] de las provincias, conforme al sistema que estructura la Constitución Nacional y a los antecedentes históricos preexistentes a su sanción;

(*c*) en tercer lugar, se encuentra la doctrina que sustenta que se trata de una atribución legislativa reservada al Congreso de la Nación, sobre la base —entre otras normas y principios— de lo prescripto en el artículo 67, inc. 11 de la Constitución Nacional. A su vez, esta tesis admite algunas variantes según que se propicie la postura de la nacionalización o la de la provincialización de los yacimientos, o bien, la posibilidad de consagrar un régimen mixto que divida la propiedad útil o civil, y algunos otros poderes propios del dominio eminente, de las regalías e inclusive la transferencia a las provincias del dominio de los yacimientos, con excepción de aquéllos en que existan situaciones jurídicas consolidadas por el término de vigencia de sus contratos, respecto de los cuales se mantendría la titularidad del Estado Nacional.

Con sólo mirar este cuadro, se advierte que la cuestión interpretativa se presenta rodeada de una alta complejidad en todos los ámbitos donde ella se refleja y desenvuelve, particularmente en lo que atañe a la política y a la economía.

1 Esta opinión del Dr. Frías fue vertida en la disidencia que formuló *in re* "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Prov. de Mendoza y otros s/nulidad de concesión minera" resuelto por la Corte Suprema con fecha 3 de mayo de 1979, "Fallos", t. 301, p. 377.

Pero también, la controversia suscitada esconde tras su envoltura jurídica formal, una serie de problemas jurídicos reales que están aún sin resolverse o, al menos, sólo se encuentran en vías de ser solucionados.

En este plano, no pueden ignorarse los inconvenientes que encierra un régimen que no admite otra propiedad sobre los yacimientos que la que se constituye en cabeza del Estado o, en su caso, de las provincias, separando la propiedad del suelo de la del subsuelo, como también el tema concerniente a la naturaleza del dominio que ejercen las provincias (de aceptarse el sistema regalista) y en fin, las cuestiones relativas al ejercicio concurrente de los poderes de policía nacionales y provinciales y las limitaciones en punto al poder tributario.

II. *La propiedad nacional de las minas y la consagración del regalismo*

En lo que atañe a la concepción, hoy prácticamente superada, que sostiene que la propiedad de las minas pertenece a la Nación por ser ésta la continuadora de los derechos de la Corona Española, —a quien correspondía el llamado dominio eminente— [2], aunque ella fue dejada de lado a partir de la sanción del Código de Minería, tuvo vigencia, sin embargo, en los primeros tiempos de nuestra organización constitucional.

En efecto, en el mes de diciembre de 1853 el congreso de Santa Fe —actuando como legislatura ordinaria— dictó el Estatuto de Hacienda y Crédito, el cual, entre las principales prescripciones que merecen señalarse sobre la materia, dispuso: 1) la aplicación en toda la República de las Ordenanzas de Nueva España (o México) de 1783 que establecían que el dominio radical o eminente correspondía al titular de la soberanía (Título X, art. 1º); 2) que, dentro

[2] Véase: JULIO OYHANARTE, *Régimen constitucional de las fuentes de energía*, Rev. "La Ley", t. 88, Sec. Doctrina, pp. 875-876.

del territorio de la Confederación, la propiedad "subterránea de minas" era "pública y nacional" (Título II, art. 1º, inc. 10); y 3) que las contribuciones que debían abonar quienes explotaban las minas fueran percibidas por un órgano administrativo del Estado Nacional (Título X, arts. 7º y ss.).

Dichas prescripciones eran congruentes con el sistema regalista imperante en la legislación hispánica que escindía el dominio eminente, que correspondía al titular de la soberanía, de la propiedad del subsuelo o propiedad subterránea, lo que suponía, a su vez, separar este tipo de propiedad del dominio del suelo.

Pero el sistema adoptado no era compatible con la asunción por parte de las provincias del poder de legislar en la materia [3] y las situaciones anteriores a la organización constitucional [4] pues, al desaparecer prácticamente el gobierno nacional en el año 1820 y salvo la corta presidencia rivadaviana, las provincias asumieron poderes y títulos en materia minera que, si bien no les pertenecían como integrantes de las antiguas intendencias (y que después de 1810 llegaron inclusive a reconocer en cabeza del Directorio), tomaron de hecho como consecuencia de la anarquía y de la consiguiente disolución del poder nacional, excepto para la conducción de las relaciones exteriores que, como es sabido, la mayoría de las provincias delegaron en el Gobierno de Buenos Aires.

La reacción de las provincias frente a lo que consideraron un despojo de sus derechos, aunque al principio se mantuvo latente, generó una serie de actitudes de rechazo a los poderes nacionales que culminaron encauzándose en el ámbito institucional. De ese modo, la respuesta vino más tarde por el lado del Congreso, primero, al no aprobarse el proyecto redactado por el Dr. Domingo de Oro y elevado por el Poder Ejecutivo al Parlamento, el cual establecía la

3 Véase: EDUARDO MARTIRE, *Historia del Derecho Minero Argentino*, pp. 103-104, ed. Perrot, Buenos Aires, 1979.

4 JORGE M. MAYER, *Petróleo, las provincias despojadas*, anticipo de "Anales", año XXXV, Nº 28. Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 7 y ss.

propiedad nacional de las minas, y después, al sancionarse el Código de Minería (proyecto del Dr. Rodríguez), cuyo artículo 7º dispuso que las minas son bienes privados de la Nación o de las provincias, según el territorio en que se encuentren.

Ahora bien, este ciclo de la interpretación primigenia de la Constitución de 1853, donde se afirmó en la ley la concepción propiciada por Mariano Fragueiro en el Estatuto de Hacienda y Crédito de la Confederación y se consagró, consecuentemente, la tesis favorable a la propiedad nacional de las minas y al regalismo, no puede cerrarse sin aludir al pensamiento de Alberdi que, en esta cuestión, resulta similar a la postura sostenida por Sarmiento, en sus conocidos *Comentarios a la Constitución Argentina de 1853*.

En efecto, Alberdi fue uno de los pocos publicistas del siglo pasado que describió con mayor claridad el origen de los problemas histórico-políticos que se plantearían luego en el federalismo argentino en torno a la propiedad de las minas.

Así, en el *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, después de consagrar el principio de la unidad rentística, si bien limitada, típica del federalismo de nuestra Constitución, que atribuye carácter nacional a una serie de recursos que poseen dicha condición en razón de su naturaleza y de la tradición política argentina, precisó que "el territorio es uno; la porción baldía de su superficie estuvo siempre incorporada al dominio nacional, bajo el antiguo y nuevo régimen" [5].

Explica el autor de las *Bases* que cuando faltó de hecho la autoridad central en la administración de la hacienda común —como consecuencia de la crisis del año 1820— ello hizo que "cada provincia se considerase propietaria de las tierras nacionales (antes realengas o de señorío) que existían dentro de su jurisdicción" y que el ejercicio prolongado

[5] JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según la Constitución de 1853*, ed. Eudeba, p. 189, Buenos Aires, 1979.

de ese desorden "hizo olvidar el carácter nacional de esas rentas" [6].

Y después de sostener que el Tesoro Nacional no puede concebirse como un tesoro independiente y ajeno a las provincias pues pertenece a todas ellas "unidas en cuerpo de nación" para ser invertido en la atención del gobierno común y nacional "que es gobierno tan suyo como es de cada provincia su gobierno local", señala que uno de los recursos más ostensibles prescriptos en el art. 4º de la Constitución es el proveniente de la venta o locación de las tierras de propiedad de la Nación, que Alberdi denomina indistintamente "tierras públicas" [7], aunque es obvio que no se refiere al dominio público sino al dominio privado del Estado Nacional [8].

En definitiva, para Alberdi las tierras baldías situadas en las provincias, incluidas las riquezas minerales, que se ocupa de describir con prolijidad [9], pertenecen a la Nación, y los recursos provenientes de su venta constituyen el Tesoro del Gobierno Federal, de conformidad al artículo 4º de nuestra Carta Magna. En una misma línea interpretativa corresponde ubicar a Sarmiento, para quien pertenecen al dominio nacional las tierras incultas y sin título de propiedad existentes en las provincias [10].

6 JUAN BAUTISTA ALBERDI, op. cit., pp. 190-191, agrega al respecto que "Había doce cajas reales en el distrito del virreinato de Buenos Aires, pero no doce tesoros, sino un solo tesoro nacional dividido para su administración y custodia, pero no en cuanto a su propiedad. Los cambios de gobierno, la centralización mayor o menor de sus medios, no han alterado la condición de los bienes nacionales".

7 JUAN BAUTISTA ALBERDI, op. cit., pp. 194 y 198.

8 Sobre la caracterización del dominio público véase: MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado del Dominio Público*, p. 50 y ss., Buenos Aires, 1960; *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, p. 53 y ss., Buenos Aires, 1988.

9 JUAN BAUTISTA ALBERDI, op. cit., pp. 200-201.

10 La coincidencia con el autor de los *Comentarios* fue subrayada por Alberdi; véase: *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853. Examen de la Constitución Provincial de Buenos Aires sancionada en 1854*, ed. El Ateneo, p. 60, Buenos Aires, 1929.

III. *Análisis de la tesis que sustenta la propiedad provincial de los yacimientos de hidrocarburos*

De otra parte, un calificado sector doctrinario [11], al sustentar la tesis de que en el sistema constitucional argentino corresponde atribuir a las provincias la propiedad de las minas y, específicamente, de los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos, se funda, básicamente, en dos grupos de argumentos de naturaleza histórica y constitucional, estrechamente vinculados entre sí y con otros preceptos de la Constitución Nacional, como se verá seguidamente.

a) *El federalismo histórico*

En primer lugar, se han argüido razones que se relacionan con el federalismo histórico y con el principio de la integridad territorial de las Provincias. Se sostiene que las provincias deben ser las titulares de los yacimientos de hidrocarburos sobre la base de tres principios fundamentales: a) la soberanía provincial; b) la transmisión hereditaria y c) los pactos preexistentes.

La idea de la soberanía, que, por lo demás, es siempre relativa, como lo demuestra la propia realidad política de nuestro tiempo, particularmente en los sistemas federativos o comunitarios, no se concilia con la figura que nuestra Constitución ha tipificado para nuestras provincias donde el poder provincial ha de respetar, en principio, la primacía del poder federal. Así ocurre, de un modo genérico con las cláusulas de supremacía y con otras instituciones específicas como —por ejemplo— la intervención federal a las provincias, por ejemplo (arts. 31 y 6º de la C.N.).

11 Entre otros: GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *El viejo problema de la propiedad minera: el petróleo en el contexto del federalismo*, Rev. "El Derecho", t. 129, p. 477; JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional*, t. I, p. 19, Buenos Aires, 1930; una opinión intermedia ha expuesto EDUARDO A. PIGRETTI, al sostener que aun cuando las provincias conservan la propiedad de los bienes situados en su territorio como herederas de la corona española, la falta de un texto constitucional expreso "deriva la cuestión a los códigos fundamentales que se establezcan" (*Teoría jurídica de los recursos naturales*, p. 23, Buenos Aires, 1965).

El concepto de autonomía —como puntualiza Marienhoff— [12] es el que mejor explica la naturaleza de las provincias, ya que si bien éstas tienen poderes de autonormación, el ejercicio de estas facultades no puede exceder el marco preceptivo de la Constitución (art. 5º) y, en algunos supuestos, al de la legislación federal (art. 31 C.N.).

En lo que concierne al argumento basado en la "transmisión hereditaria",[13] es evidente que, si se pretendiera aplicar las reglas propias de la herencia institucional, quien habría sucedido en la propiedad de las llamadas tierras realengas o de señorío, donde se encontraban entonces la casi totalidad de los actuales yacimientos de hidrocarburos pertenecientes a la corona española, sería la Nación y no las provincias, como lo ha demostrado Alberdi, según se ha visto.

En esta línea del federalismo histórico hay otra postura que se apoya en la afirmación de que las provincias preexistieron a la Nación y que sus poderes son también preexistentes, producto de pactos anteriores a la organización nacional.

Pero para llegar a esa conclusión, en el sentido de que las provincias —con su anterior esquema institucional— preexistieron a la Nación, se parte de que la existencia de esta última se opera con la Constitución de 1853. Sin embargo, pensamos que la base que se toma para la comparación debe ser otra.

Pues no se puede desconocer que hasta 1820 existió un gobierno y un poder nacional, desde el primer gobierno patrio hasta los que sucedieron a la declaración de la independencia y que ese poder nacional ejerció una soberanía

12 MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 387, Buenos Aires, 1982.

13 JULIO OYHANARTE, *Régimen constitucional de las fuentes minerales de energía*, "La Ley", t. 88, p. 865, sección doctrina, sostiene que en 1810-1816 hubo una total ruptura con España. Empero, esta afirmación sólo sería válida recién a partir de la Declaración de la Independencia, lo que no implicó, sin embargo, la extinción de los regímenes jurídicos hispánicos que siguieron rigiendo, con algunas modificaciones, hasta 1853 y aún después, hasta que el Congreso reemplazara esa legislación conforme al mandato constitucional enunciado en el art. 24 de la C. N.

efectiva que tuvo múltiples y variadas manifestaciones públicas (legislación común, símbolos patrios, etc.). Eran las Provincias Unidas del Río de la Plata que, como entidad y organización diferenciada y con un poder central, asumieron la misión de gobernar el pueblo argentino, juntamente con las provincias integrantes de la nueva Nación que se incorporaron a ésta al extinguirse las antiguas Intendencias Virreinales. En este sentido, merece destacarse que algunas provincias —como la Provincia de Mendoza nacida en el año 1812— fueron creadas por actos del gobierno nacional [14]. En definitiva, los pactos preexistentes —como apunta Aja Espil— no tuvieron por finalidad "constituir la Nación ni crear vínculos que no habían desaparecido: por el contrario, suponían preestablecida la Nación" [15].

b) *Los poderes conservados por las Provincias conforme al art. 104 de la Constitución Nacional*

La interpretación de esta cláusula de la Constitución no ha sido pacífica y no es nuestro propósito revivir todas y cada una de las divergencias doctrinarias habidas en el constitucionalismo argentino, que ha forjado básicamente dos interpretaciones diferentes en torno de esta cuestión. Éstas varían, según se entienda que las Provincias han retenido poderes no asignados al Congreso [16] —una suerte de poderes remanentes o residuales que preexisten al momento de nacer la Nación— o bien, se adhiera a la corriente interpretativa que sostiene que la mencionada prescripción tiende a resguardar los poderes de las provincias frente a los que

[14] La Provincia de Mendoza fue creada como tal, por el Triunvirato, en el año 1813.

[15] JORGE A. AJA ESPIL, *Constitución y Poder. Historia de los poderes implícitos y de los poderes inherentes*, p. 30, Buenos Aires, 1987.

[16] Entre las interpretaciones que se han efectuado, aún con ciertos matices que las distinguen entre sí, cabe situar en esa tendencia a ilustres constitucionalistas: JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho Constitucional Argentino*, t. III, pp. 552 y ss., Buenos Aires, 1926; JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, op. cit., t. V, p. 95; SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Gobierno y administración de la República Argentina*, t. II, pp. 15-18, Buenos Aires, 1959.

no han sido otorgados, en exclusiva, al Gobierno Federal pero que, dentro de los poderes nacionales cabe reputar incluidos no sólo los poderes implícitos previstos en el art. 67, inc. 28 de la C.N. sino también los llamados poderes resultantes o inherentes, que son aquellos que derivan de la naturaleza de la propia función o actividad que se le encomienda a un sujeto u órgano, cuyo sentido también se explica por el principio de la especialidad de la competencia [17].

Importa también precisar que esta última concepción interpretativa —a la que adherimos— elaborada por Aja Espil [18], luego de un meditado estudio de las fuentes del artículo 104 de la C. N. entre las que analiza, principalmente, la interpretación y el sentido que corresponde atribuir a la Enmienda X de la Constitución de los Estados Unidos, nos permite fundamentar la posición que adoptamos a favor de la competencia del Congreso Nacional. En cambio, si se interpretase el art. 104 de la C. N. en sentido contrario, por más que alude genéricamente a poderes y no a la titularidad del dominio, esta cláusula constitucional conduciría de suyo hacia el reconocimiento de la tesis provincialista sobre la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos. Desde luego que en cualquiera de las concepciones interpretativas los poderes que atribuye la Constitución a la Nación y a las Provincias resultan poderes limitados por las normas, los principios y las garantías que consagra la propia Constitución como ley suprema (art. 31 C. N.).

17 JUAN CARLOS CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, t. I, pp. 188-189, 3ª ed., Buenos Aires, 1991.

18 JORGE A. AJA ESPIL, op. cit., p. 36 y ss. La interpretación del art. 104 de la C. N. como un poder residual y preexistente que habían "retenido" las provincias choca con la configuración de los poderes implícitos e inherentes que se reconocen a favor del Gobierno Federal que, en cierto modo, son como el residuo de los poderes expresos. Esa interpretación sólo tendría sentido si la cláusula constitucional hubiera hecho referencia a los poderes "expresamente" delegados a la Nación, cosa que no hizo el Congreso de 1853 ni el de 1860.

IV. *La facultad del Congreso Nacional para legislar sobre el dominio de los yacimientos de hidrocarburos.*

Hasta ahora, hemos visto los argumentos históricos y jurídicos, con sus consecuentes refutaciones, que postulan que el sistema constitucional argentino aporta una solución categórica, aunque no expresa, para dilucidar la cuestión relativa a la propiedad de las minas y, por extensión, a la de los yacimientos de gas y de petróleo.

Sin embargo, si la Constitución no contiene prescripción expresa alguna en tal sentido y aun reconociendo que se trata de una cuestión opinable, ya que ella varía según los criterios de interpretación que se adopten sobre el sistema constitucional y la naturaleza de los poderes conservados por las provincias conforme al art. 104 de la C.N., pensamos que la competencia para legislar en la materia pertenece al Gobierno Federal quien a través del Congreso puede optar por atribuir, indistinta o conjuntamente, la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos a la Nación o a las Provincias. Ante el silencio de la Constitución, se configura una opción que remite la decisión sobre el régimen jurídico que regirá la materia a la política legislativa del Gobierno Federal que éste dicta por intermedio del Congreso, sobre la base de los poderes que le atribuye el art. 67, en sus incisos 16 y 28, y de acuerdo con el principio de unidad de legislación, consagrado en el artículo 67, inc. 11 de la Constitución, principio que según Alberdi constituye uno de los antecedentes fundamentales de la unión nacional.

Esta tesis encuentra —además— apoyo en una serie de argumentos complementarios, aparte de los que hacen a la continuidad histórica de los derechos de la Nación y de las Provincias, que podemos resumir de la siguiente manera:

a) la interpretación de los propios constituyentes que dictaron el Estatuto de Hacienda y Crédito, que si bien atribuyen la propiedad de las minas a la Nación consideraron que esa determinación pertenecía al poder legislativo del Gobierno Federal, quien pudo elegir un sistema u otro;

b) los antecedentes de la legislación nacional, en diferentes períodos de nuestra vida constitucional, atribuyeron, sucesivamente, la propiedad de los yacimientos a las Provincias y a la Nación. En la primera corriente, se ubican el Código de Minería de 1875 y la reforma al Título XVII del Código de Minería efectuada por la ley Nº 12.161 que atribuyó a las Provincias los yacimientos situados en su territorio; en la segunda tendencia, las leyes Nº 14.773 y Nº 17.319 dispusieron, en cambio, que el dominio sobre tales yacimientos pertenece a la Nación.

c) la jurisprudencia de la Corte, sobre todo la expuesta en el fallo "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Prov. de Mendoza" [19], aun cuando declaró la constitucionalidad de la ley Nº 14.773 que atribuyó la propiedad de los yacimientos a la Nación, no lo hizo sobre la base de una formulación constitucional categórica ni implícita sino en mérito a la competencia del Congreso Nacional para determinar el régimen más conveniente para alcanzar el bienestar general o bien común [20] con apoyo, además, en el principio de unidad de legislación que emerge del art. 67 inc. 11 de la C.N.

La idea básica en torno a la que gira la jurisprudencia de la Corte en dicho precedente, en coincidencia con el ilustrado dictamen del entonces señor Procurador General Dr. Guastavino, ha quedado bien reflejada en dos considerandos (12º y 15º) de ese fallo que —en su parte pertinente— pasamos a transcribir:

Expresó la Corte en el considerando 12) que el silencio de la Constitución Nacional "...tornaba inexcusable que el Poder Legislativo estableciera normas expresas sobre el asunto, en el entendimiento de que así cumplía el cometido que la propia Constitución le había asignado al confiarle el dictado del Código de Minería. Lo contrario hubiera importado el establecimiento de instituciones mineras truncas, orgánicamente incompletas, ya que, como quedó afir-

19 "Fallos", t. 301, p. 341 y ss., publicado también en Rev. "El Derecho", t. 83, p. 392 y ss. con comentario de Bidart Campos.

20 Vid lo expuesto en el considerando 15 del fallo citado *supra*, "Fallos", t. 301, p. 369.

mado, el régimen jurídico de las minas comprende su ordenación dominial y ésta a su vez incluye un discernimiento del dominio originario de ellas. De los varios sistemas que conoce el derecho comparado sobre esta última cuestión, el legislador pudo prudencialmente elegir el que resulta de la ley ahora impugnada, sin que, por otra parte, hubiera sido constitucionalmente atacable el que atribuye a las provincias —según los casos— tal propiedad".

Por su parte, en el considerando 15) nuestro Alto Tribunal completó la fundamentación de su doctrina afirmando: "Que cabe señalar que a diferencia de la propiedad privada que, si bien con función social, se orienta principalmente a satisfacer necesidades o intereses particulares, el dominio de los yacimientos de hidrocarburos —en razón de la naturaleza e importancia de éstos, a que se hizo referencia *supra*— mira directa y primordialmente a salvaguardar importantes valores generales y al logro del bien común de la Nación toda. La justificación de su titularidad no puede, pues, surgir —por sí y sin previsión legislativa— de la ubicación geográfica, ni del descubrimiento u ocupación, sino de la finalidad específica de su explotación enderezada al logro de objetivos de indudable relevancia nacional que, al par que trascienden, incluyen los intereses de todas las provincias y afectan a la comunidad entera del pueblo de la Nación. Los propósitos de 'proveer a la defensa común' y 'promover el bienestar general' enunciados en el Preámbulo indican, conforme a lo expuesto, que compete al Congreso Nacional la regulación jurídica del dominio y explotación de los citados yacimientos, pues la autoridad que tiene a su cargo la consecución de determinados fines ha de poder disponer de los medios necesarios a ello conducentes".

Esta doctrina fue posteriormente reiterada por el Alto Tribunal en el año 1988, declarando la constitucionalidad de la ley Nº 17.319 [21].

21 *In re* "Provincia de Mendoza c/Estado Nacional" de fecha 2 de agosto de 1988, publicado en Rev. "El Derecho", t. 129, p. 477, con nota de Bidart Campos.

d) porque aun, en caso de duda, una regla de hermenéutica constitucional observada reiteradamente en la jurisprudencia de la Corte prescribe que ha de preferirse aquella interpretación que resulta más favorable a la validez de las normas en juego. Por lo demás, resulta evidente que una interpretación contraria, aparte de alentar los enfrentamientos entre la Nación y las provincias, implicará de suyo la inconstitucionalidad del actual régimen legal, del anterior y quizás del que se proyecta dictar, con la consecuente afectación de los derechos patrimoniales de las empresas privadas y la generación de acciones de responsabilidad para compensar los perjuicios que se causen. Las concesiones serían nulas porque la Nación habría carecido de título jurídico válido para poderlas otorgar, siendo fácil predecir el daño que esta situación puede llegar a provocar en la seguridad jurídica y en la confianza pública;

e) por último, y no menos importante que las razones apuntadas, es la que deriva de advertir que en diferentes épocas y lugares, muchas provincias argentinas han admitido la potestad del Congreso para atribuir la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos a la Nación [22] y, sin que ello signifique una declinación de sus pretensiones políticas hacia el reconocimiento de la titularidad de esos yacimientos, es notorio que, desde el punto de vista jurídico, no se puede ir contra los propios actos [23].

22 Este reconocimiento deriva de diferentes conductas desde la percepción de las regalías de la ley Nº 17.319 sin reservas hasta la sanción de normas constitucionales (Constitución de la Prov. de Salta, art. 83) y de acuerdos celebrados (v.gr. *in re* "Prov. de Mendoza c/Estado Nacional y otro", de fecha 22 de agosto de 1991).

23 Tal como lo exige el principio de la buena fe, véase: JESÚS GONZALEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, p. 13 y ss., publicación de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1983.

IV. *Hacia una solución legislativa concordante con las ideas expuestas a favor de la competencia del Congreso Nacional*

El criterio que propiciamos a favor de la competencia del Congreso Nacional para decidir la cuestión inherente a la titularidad de los yacimientos de hidrocarburos no implica que, como política legislativa, postulemos la tesis de la nacionalización o de la provincialización de un modo absoluto. Como dijo la Corte en el fallo antes comentado, se trata de una materia donde "permanentemente hubo de legislarse sin dar por supuesta una determinada solución de raigambre constitucional" [24].

En la actual situación legislativa, el dominio de los yacimientos de petróleo y gas pertenece a la Nación [25], quien ejerce todas las facultades derivadas de ese carácter y del ejercicio del poder de policía sobre la materia, cuya competencia, conforme a la ley Nº 17.319, se ha atribuido a la Nación.

Es cierto que el Pacto de Luján del año 1990 suscita una cuestión interpretativa respecto de la titularidad del dominio a las provincias; pero la cláusula décimonovena le resta todo efecto directo por cuanto prescribe la necesidad de elaborar "los proyectos normativos destinados a tornar operativos los principios convenidos".

Tampoco se puede desconocer que si la ley instituye la figura de una regalía a pagar a las Provincias está reconociendo, a estos efectos, una especie de dominio eminente o radical sobre los yacimientos, salvo que se interprete que se trata de una cesión que la Nación efectúa a favor de las provincias. Con todo, en el actual régimen de la ley Nº 17.319, el dominio útil o civil, como en la ley que le precedió, sigue perteneciendo al Estado Nacional.

Un reciente proyecto de ley, elaborado por el Poder Ejecutivo, que ha tenido entrada en el parlamento y que

24 Considerando II *in fine*, "Fallos", t. 301, p. 367.
25 Art. 1º, ley Nº 17.319.

cuenta, además, con el acuerdo del Gobierno de la Provincia de Mendoza, transferirá, de sancionarse, la propiedad de los yacimientos de hidrocarburos de la Nación a las provincias.

El diseño legal previsto inaugurará, en caso de prosperar, una nueva política legislativa tendiente a instaurar un equilibrio más armónico y adecuado entre el Gobierno Federal y las provincias, el cual tendría que manifestarse —como ha dicho Linares Quintana— "en los deberes de respeto recíproco, armonía, cooperación, colaboración, solidaridad y cortesía institucional" [26].

Aparte de la solución que se arbitra para poner fin a los litigios promovidos por las provincias por diferencias en la liquidación de las regalías petroleras, el futuro régimen legal se asienta sobre la base del reconocimiento de las situaciones jurídicas existentes en materia de permisos de exploración, concesiones y demás figuras contractuales [27], respetando los derechos adquiridos y disponiendo que, en tales casos, la transferencia recién se operará al vencimiento de los respectivos plazos legales o convencionales.

Otro de los aspectos novedosos del nuevo régimen que se procura instituir, aparte de ratificar la política de desregulación de la industria petrolera iniciada con el decreto 1055/89 y puesta en práctica a partir del 1º de enero de este año, consiste en hacer efectiva la idea de que las provincias cooperen con la Nación en lo referente al ejercicio del poder de policía,[28] lo que ha sido recientemente reconocido en una Resolución de la Subsecretaría de Combustibles que requiere la colaboración provincial para realizar tareas

26 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *El equilibrio institucional en las relaciones entre la Nación y las provincias entre sí*, p. 28 (inédito), Sección de Derecho Público de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

27 El art. 2º del referido Proyecto de Ley preceptúa lo siguiente: "Quedan excluidas de la transferencia establecida en el artículo 1º hasta el vencimiento de sus respectivos plazos legales y/o contractuales: a) las áreas etc.".

28 Así se declara en el acta suscripta entre el Gobierno Nacional, la provincia de Mendoza e Y.P.F. (art. 6º), celebrada con fecha 22 de agosto de 1991.

inherentes al control técnico-operativo de la producción de petróleo y gas natural [29].

El régimen proyectado no implica, a nuestro juicio, una federalización de los hidrocarburos, como se lo ha calificado, sino una fórmula de equilibrio dentro del sistema federal que prevé una progresiva provincialización de los yacimientos. Tampoco creemos que la naturaleza jurídica de los yacimientos, en uno u otro caso, sea la de bienes del dominio público ya que, como apunta Marienhoff, se trata de bienes instrumentales que no se hallan afectados directamente como "bienes de uso" a la utilidad o comodidad común [30].

De todos modos, si al menos con esta ley se superasen los conflictos con las Provincias, los efectos serán beneficiosos para la Nación en su conjunto, sobre todo para la seguridad jurídica, verdadera piedra fundamental en la difícil tarea de atraer capitales que participen en el proceso de nuestro crecimiento económico.

VI. *Síntesis final*

Como conclusión final nos parece que tenemos que advertir que el problema no se soluciona sólo con resolver legislativamente la cuestión relativa a la propiedad nacional o provincial de los yacimientos. A las Provincias, antes que la atribución de poderes jurídicos formales les interesa más la disponibilidad de los poderes que hacen al equilibrio económico-financiero del sistema federal, particularmente lo relativo a la distribución de los tributos que gravan la actividad y la renta petrolera.

Por eso, el verdadero problema que se presenta de cara a nuestro futuro consiste en la necesidad y oportunidad de dejar de lado de una vez por todas el sistema estatista que hasta hace poco tiempo ha prevalecido en la política petro-

29 Resolución Nº 29/91 de fecha 21 de agosto de 1991.
30 MIGUEL S. MAHIENHOFF, *Tratado del Dominio Público*, p. 220.

lera y, en general, en la minería argentina, fuente de males económicos y de corruptelas.

Desde luego que la abolición del regalismo [31], consolidando la propiedad superficiaria con el dominio sobre el subsuelo, es susceptible también de transformarse en una fuente de injusticias y de generar perjuicios, máxime cuando las inversiones realizadas para la confección del mapa geológico y las reservas de petróleo, particularmente las efectuadas en actividades específicas de exploración y explotación, resultan considerables y no guardan relación con el valor actual del suelo. Pero pensamos que pueden hallarse todavía las fórmulas adecuadas y graduales que permitan conciliar de un modo equitativo todos los intereses en juego.

El sistema de la accesión, que unifica la propiedad minera con la de la superficie, adoptado en los Estados Unidos, si bien plantea algunos problemas [32] es el que requiere

31 La visión de Alberdi al propugnar la extinción del sistema regalista español fue certera; al respecto se ha señalado: "Alberdi consideraba a la minería como una rama más de la agricultura, no establecía esa separación tajante que existe en nuestra legislación actual. Siendo así el derecho a usar y disponer de la propiedad, no podía ser de otro que del propietario del suelo.

Esta unidad entre el suelo y el subsuelo se desarrolla al explicar Alberdi su objetivo básico de disponer de la tierra pública. Expresa que la venta de las tierras de propiedad nacional involucra sus accesorios, y hace referencia al derecho de accesión, de origen romano, que define la propiedad del suelo, extendido en toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares, vale decir que cuando el Estado vendía la tierra pública enajenaba también el subsuelo.

Es interesante notar que el padre de nuestra Constitución tiene ideas muy definidas en materia de propiedad minera, asignando al superficiario el dominio del subsuelo.

Cabe señalar que el punto de vista de Alberdi está inspirado en el régimen legal sobre propiedad minera que regía en los Estados Unidos, donde precisamente se adoptó esa política cuando ese país procedió a la venta de la tierra pública" (cfr. HUGO BUNGE GUERRICO, *Minería-Petróleo*, p. 35, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984.

32 Véase: JOHN S. LOWE, *Oil and gas law*, p. 10 y ss., St. Paul, Minn, 1988; este autor señala la evolución que siguió el principio original del *common law*, según el cual la llamada doctrina *ad coelum* —que permitía extender el dominio del suelo al subsuelo en toda su profundidad— recibió una profunda modificación con la admisión de la regla de la captura que tornó posible apropiarse del petróleo y gas que drena de tierras aledañas a la del propietario que realiza la perforación. Sin embargo, han debido establecerse numerosas limitaciones a la regla de la captura tanto en interés de los propietarios aledaños como del interés público, tales como las relativas a las disposiciones sobre de-

menor intervención estatal [33] y, por ser el más libre, es el que mejor se acomoda a nuestras costumbres y a la necesidad de estimular el espíritu de iniciativa de los particulares.

Sería conveniente, entonces, que el régimen legal que en definitiva se dicte, instituya un sistema que torne posible el abandono progresivo del régimen actual que disocia la propiedad, aunque sin provocar injustos enriquecimientos y respetando la intangibilidad de los derechos adquiridos y, en general, las situaciones jurídicas anteriores sobre la base de formulaciones legales justas y prudentes que persigan el bien común, que no es el bien de los gobernantes, de las empresas, de los dirigentes sindicales ni de los ciudadanos de las provincias productoras, sino, sencillamente, el bien de todos los habitantes de la Nación Argentina.

---

rechos correlativos, separación entre pozos y normas conservacionistas (op. cit., p. 14 y ss.).

33 HUGO BUNGE GUERRICO, op. cit., p. 55.

LA PROTECCIÓN PENAL DEL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Conferencia pronunciada por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía, en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 26 de setiembre de 1991

En este Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional no puede dejar de oír su voz el derecho penal por obvias razones propias de su finalidad específica, que no es otra que la de brindar adecuada protección a determinados bienes o valores.

Cuando Alberdi escribió en 1854 su *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, del que dijo Martín García Merou que "debe ser el vademecum del estadista y del político de estos países", la República Argentina no contaba aún con un código penal, por lo cual no podía referirse a los delitos susceptibles de afectar entonces su respectivo régimen económico. Ciñóse Alberdi por ello al tema substancialmente económico y en particular a la producción de riqueza, que debería estar a cargo de los individuos, porque en su opinión "el peor enemigo de la riqueza del país es la riqueza del Fisco", sosteniendo al respecto que la riqueza se opera por tres agentes: el trabajo, el capital y la tierra, y por tres modos: la agricultura, las fábricas y el comercio, agentes y modos que la Constitución y también la ley penal deben proteger.

Según el inciso 11 del artículo 67 de nuestra ley fundamental, incluido en la que se considera su parte orgánica, es atribución del Congreso dictar el Código Penal y, además, leyes generales "sobre bancarrotas y sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado",

es decir, sobre cuestiones en orden a las cuales debe pronunciarse la legislación penal, aunque también se enuncian en esa misma disposición otras atribuciones del Poder Legislativo relacionadas igualmente con el aludido régimen económico, como las relativas a las aduanas exteriores, a los derechos de importación y exportación, a las contribuciones directas, a la emisión de billetes, a la facultad de hacer sellar moneda y fijar su valor y a las pesas y medidas, es decir, sobre algunas cuestiones respecto de las cuales debe pronunciarse igualmente la legislación penal.

Pero además de esa parte orgánica figura antes de ella en esa misma ley fundamental la parte dogmática, bajo el título "Declaraciones, derechos y garantías", y ahí se hace referencia a cuestiones en orden a las cuales también debe pronunciarse la legislación penal, tanto respecto a las que atañen al Estado, previstas en los artículos 4, en orden a la formación del tesoro nacional, y 9, en lo que hace a las aduanas nacionales; como las que atañen a los habitantes, previstas en los artículos 10, 11 y 12, en cuanto a la libre circulación de efectos de producción o fabricación nacional, 14, respecto de los derechos de trabajar, comerciar, disponer de su propiedad y asociarse con fines útiles, 16, que establece que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas, 17, que asegura que la propiedad es inviolable, que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerde la ley y que la confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino, 18, en cuanto de igual modo asegura que el domicilio es inviolable como también la correspondencia epistolar y los papeles privados y 20, que extiende a los extranjeros el goce de todos los derechos civiles de que goza el ciudadano.

El doctor Rodolfo Rivarola publicó en 1910 "como modesta pero personalísima contribución a la conmemoración del Centenario" su libro *Derecho Penal Argentino*. En el capítulo IV titulado "De la Constitución Nacional como fuente del derecho penal" expresó que esa fuente se revela

desde varios puntos de vista, entre ellos en cuanto "a la determinación de derechos y garantías que por su naturaleza requieren sanción represiva", y agregó seguidamente que "nada se adelantaría en verdad con estas declaraciones, que serían entonces palabras vanas, si no fueran la guía y el criterio de toda la legislación que debe proveer los medios para asegurar su efectividad con la debida represión".

El Congreso dio cumplimiento a su obligación de dictar el Código Penal en 1886 mediante la ley 1820, habiendo comenzado a regir a partir del 1º de marzo de 1887, en pleno auge de las ideas liberales sustentadas por Alberdi en 1854. Muchas leyes desde aquel año 1887 modificaron el código vigente desde entonces y otras lo complementaron, pero sólo nos ocuparemos por razones de tiempo de algunas de ellas y en la medida en que se relacionen con la protección del régimen económico de la Constitución Nacional.

Ese régimen es claramente liberal, y no puede ser sino liberal porque es liberal el sistema político adoptado por esa misma Constitución, cuyo espíritu, según lo señalara el doctor Videla Escalada al disertar en este Seminario, "refleja una posición sumamente abierta y tendiente a favorecer la libertad, fomentar la actividad económica y apoyar la industria y el comercio", aunque no puede ignorarse que en algunos períodos de nuestra historia ese liberalismo ha sido desvirtuado por una orientación extremadamente estatista que fue más allá de la necesaria intervención de carácter supletorio del Estado en la economía con el fin proclamado en el Preámbulo de "promover el bienestar general".

Nuestro Código Penal enumera en el Libro Segundo que se refiere a los delitos en particular doce bienes jurídicos merecedores de protección, pero sólo tienen relación con el régimen económico de la Constitución Nacional los que tutelan la libertad de trabajo y asociación, la propiedad, los medios de transporte y comunicación, la administración pública en el caso de malversación de caudales públicos y la fe pública en los supuestos de falsificación de moneda e instrumentos públicos y de fraudes al comercio y a la in-

dustria, debiendo agregarse los delitos previstos en leyes especiales, dado que, en opinión acertada de Schneider, "las modalidades de la delincuencia económica son tan variadas como la propia actividad económica".

Veamos entonces con un razonable criterio de selección ya anunciado, primero, dentro del Código Penal, la falsificación de moneda, la malversación de caudales públicos y los fraudes al comercio y a la industria y a continuación los delitos de mayor significación previstos en leyes especiales.

Según el inciso 10 del artículo 67 de la Constitución Nacional, es atribución del Congreso "hacer sellar moneda y fijar su valor", disponiendo el inciso 11 que esa misma autoridad de la Nación debe dictar una ley general sobre falsificación de la moneda corriente, la que se dictó de inmediato, pero limitando la pena a la falsificación de las monedas de oro, plata y cobre. Años después, en noviembre de 1900, la ley 3972 no aludió a la moneda metálica, es decir, al objeto de la falsificación, sino que, refiriéndose a los autores, mantuvo la pena para quienes "falsifiquen, expendan, introduzcan o circulen moneda argentina falsa", texto que con algunas reformas pasó al Código Penal vigente desde 1922, cuyos artículos 282 y 283 reprimen, el primero, a quien "falsificare moneda que tenga curso legal en la República y al que la introdujere, expendiere o pusiere en circulación", y el segundo a quien "cercenare o alterare moneda de curso legal y al que introdujere, expendiere o pusiere en circulación moneda cercenada o alterada", delitos con los cuales se tutela expresamente la fe pública pero que son en realidad pluriofensivos, pues como se expresa en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1891, antecedente del actual, "un interés superior al del daño causado a un particular es el que recibirá la ofensa de este delito: la manifestación de verdad pública y forzosamente aceptada por todos, impuesta por ciertos signos exteriores del objeto que los lleva o por la condición o funciones de la persona de quien emanan".

En opinión de Joaquín V. González, de quien citamos su *Manual de la Constitución,* "el poder de acuñar o sellar moneda y fijar su valor y el de las extranjeras dentro del país ha sido considerado en todos los tiempos y países como uno de los atributos esenciales de la soberanía y una función propia y exclusiva del Estado general, porque regula los valores de todas las cosas, afecta la vida económica del país y, en nuestro texto, sirve de base a las reglas que establecen la protección al comercio nacional y extranjero".

Y según Sebastián Soler, de quien citamos su *Derecho Penal Argentino,* con la represión de la falsificación de moneda "está protegida en cierto sentido la fe pública", pero "juntamente con esa lesión, dicha clase de hechos envuelve una serie intensa de daños posibles: los perjuicios patrimoniales privados, el daño efectivamente causado a la moneda buena al aumentar el circulante y disminuir la confianza de que aquélla goza con la consiguiente restricción de transacciones y aumento de precios".

Dentro de los delitos en consideración, la falsificación por sí sola de moneda como las acciones de introducirla al país, expenderla o ponerla en circulación son reprimidas con la pena más grave: tres a quince años de reclusión y prisión, en tanto que el artículo 299 con una pena sensiblemente menor reprime el mero acto preparatorio de tener materias o instrumentos conocidamente destinados a falsificar moneda. Más allá de la sola falsificación de la moneda de curso legal, que es la que tiene fuerza cancelatoria de las respectivas obligaciones, se castiga también con una sanción menor la falsificación de monedas extranjeras que carecen de curso legal, e igualmente pero con pena de multa a quien, habiendo recibido de buena fe moneda falsa, cercenada o alterada, la expendiere o circulare con conocimiento de la falsedad, cercenamiento o alteración.

Pero las sanciones penales que tutelan la moneda no se reducen a las acciones materiales que importen falsificación, cercenamiento o alteración, sino que nuestro Código Penal contempla también lo que Soler bajo el título "emi-

sión ilegal" califica como acción jurídica, cuyo autor según el artículo 287 es el "funcionario público" o el "director o administrador de un Banco..." que "emitiere... moneda... en cantidad superior a la autorizada". También en este caso cabe recordar que es atribución del Congreso conforme con el inciso 5º del artículo 67 de la Constitución Nacional "establecer y reglamentar un Banco nacional... con facultad de emitir billetes", cláusula que, según lo sostuviera el doctor Buscaglia en su intervención en este Seminario, "de ninguna manera significa que el Banco de emisión pueda decidir por sí acerca de la calidad y cantidad de moneda nacional a poner en circulación y estar capacitado de esta manera para manipular su valor", lo que sin embargo ha ocurrido según el mismo expositor "en cuatro décadas de perturbaciones monetarias signadas por el abuso del poder de emisión", en virtud de reiteradas decisiones del Banco Central claramente inconstitucionales por afectar el derecho de propiedad de los habitantes.

No hay duda de que dicha disposición de carácter penal es tal vez susceptible de atraer ahora en mayor medida la atención de los expertos, a raíz de la sanción de la ley de convertibilidad 23.928, ya que, según su artículo 4, la base monetaria debe ser equivalente a la reserva en oro y divisas del Banco Central, por lo cual, y recojo autorizadas reflexiones que a título personal me hizo llegar nuestro colega el doctor García Belsunce, sólo se pueden emitir australes en tanto se mantenga dicha equivalencia, pudiendo incurrirse en lo que Soler considera una emisión ilegal y punible si se quebrara esa equivalencia a consecuencia de una emisión superior a la reserva en oro y divisas del Banco Central.

Un último punto toca esclarecer. Dijimos al principio que es atribución del Congreso "hacer sellar moneda y fijar su valor", y dice con razón González Calderón en su *Derecho Constitucional Argentino* al referirse al *Sistema Rentístico y Económico*: "El texto constitucional no puede interpretarse como que el valor de la moneda sea arbitrariamente fijado por el Congreso. La moneda, se ha dicho

acertadamente, es una mercancía, y como tal tiene o no un valor por sus cualidades intrínsecas. Ese valor, pues, no depende del mero capricho del legislador al poner sobre ella el sello de la soberanía, sino del poder adquisitivo y cancelatorio que tenga por su propia virtud. Lo que hace la ley al sellar la moneda es garantizar bajo la fe del Estado que ella representa efectivamente lo que vale en el mercado de cambios y transacciones comerciales", y por ello cabe precisar por nuestra parte que en caso de alterarse ese poder adquisitivo y cancelatorio de la moneda se afectaría el derecho de propiedad de los particulares y la fe pública.

Pasemos ahora a otro delito que también tiene que ver con la protección del régimen económico de la Constitución Nacional. El Código Penal reprime en el Título XI del Libro Segundo los delitos contra la Administración Pública, aludiendo evidentemente de esa forma a la Administración en sentido amplio, a cada uno de los tres Poderes del Estado, con la finalidad de tutelar su correcto y legítimo funcionamiento.

Uno de esos delitos es la malversación de caudales públicos, que puede definirse en términos generales como la inversión de tales caudales en objetivos distintos de aquellos para los que están legalmente destinados.

También en este caso debemos recurrir a la Constitución Nacional, en primer término a su artículo 4, que dispone que "el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional" formado por los derechos de importación y exportación, la venta o locación de bienes de propiedad nacional, la renta de Correos y las contribuciones, empréstitos y operaciones de crédito; después al artículo 17 que establece que "sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4"; y finalmente a su artículo 67 que estatuye que corresponde al Congreso según el inciso 7º "fijar anualmente el presupuesto de gastos de administración de la Nación y aprobar o desechar la cuenta de inversión", después de especificar en cuatro de los incisos precedentes algunas de las fuentes men-

cionadas en el artículo 4, es decir, aquellas que son "caudales públicos" para el Código Penal.

Cabe recordar que en sustento de tales disposiciones dijo Gorostiaga en la sesión del Congreso Constituyente del 22 de abril de 1853: "Todo gobierno debe tener poder bastante para dar entero cumplimiento a las obligaciones que se le imponen y de que es responsable. Las rentas son el principal resorte para llenar estos objetos, elemento sin el que la máquina del Estado quedaría paralizada, porque sin la unión y consolidación de rentas, de ciertos intereses y medios, no puede haber en política existencia nacional, y la creación de aquéllas, en relación a las necesidades del país y a sus recursos, es una parte esencial de la Constitución".

Y es para que esas previsiones constitucionales sean correcta y legalmente cumplidas que el Código Penal sanciona como delito la malversación de caudales públicos, tanto su hipótesis de verdadera malversación en el artículo 260 como la más grave de peculado en los artículos 261 y 262, cuyo análisis haremos con prudente brevedad.

En ambos casos sólo es castigado el correspondiente funcionario público, y también en ambos casos sólo es considerado sujeto pasivo la administración pública, aunque en orden a este aspecto el hecho en sus dos hipótesis resulta en verdad pluriofensivo.

El citado artículo 260 define la correspondiente acción típica tal cual la define como hemos visto el diccionario de nuestra lengua, pues reprime al funcionario público "que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquéllos a que estuvieren destinados", y lo hace con una pena bien leve de inhabilitación especial de un mes a tres años, que importa la privación del pertinente empleo por ese lapso, y además una multa del veinte al cincuenta por ciento de la cantidad malversada si hay daño o entorpecimiento del respectivo servicio. Y se está entonces así en presencia de un delito pluriofensivo porque la apuntada acción típica es una forma especial del delito

genérico de violación de los deberes de los funcionarios públicos.

Hay autores que han pensado que esta hipótesis de malversación sólo merecería ser considerada una falta de índole administrativa y no un delito, porque en realidad el funcionario público se limita a distraer fondos con destino a una finalidad pública a otra de igual carácter, pero Rivarola en su libro *Exposición y Crítica del Código Penal* publicado en 1890 se pregunta con razón ¿qué sería del orden económico de los bienes del Estado si las disposiciones legislativas que determinan la aplicación de sus caudales carecieran de una sanción penal?

Junto a esa hipótesis de mera malversación que afecta la prestación de algún servicio público prevé a su vez el Código Penal en el artículo 261 una hipótesis mucho más grave que la doctrina llama peculado, voz derivada del latín *peculium*, con la cual se designaba al dinero que el padre entregaba a su hijo para su uso o su actividad comercial. Y es mucho más grave porque al daño o entorpecimiento a la prestación de algún servicio público se suma, lo que revela igualmente su carácter de delito pluriofensivo, un daño de índole patrimonial, pudiendo decirse con palabras de Soler "que el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público en contra del Estado como propietario".

Reprime en efecto el citado artículo 261 en su primer párrafo al funcionario público "que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo", y por ello se justifica que la pena se eleve a diez años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua, que importa la privación del respectivo cargo público y del derecho electoral, la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones de carácter público y la suspensión de alcance sólo personal de toda jubilación, pensión o retiro.

Tal era el texto de dicho artículo hasta el 18 de noviembre de 1964, fecha en la cual por obra de la ley 16.648

se introdujo un segundo párrafo según el cual se estatuye idéntica pena para el funcionario público "que empleare en provecho propio o de un tercero trabajos o servicios pagados por una administración pública", es decir, se prevé una hipótesis considerada por la doctrina como peculado de uso, que reconoce algún antecedente entre nosotros a partir del Proyecto de Código Penal del doctor Carlos Tejedor. Según el mensaje con el cual el Poder Ejecutivo remitió al Congreso el respectivo proyecto de ley, su propósito fundamental era la derogación de todas las normas penales que no hubieran sido establecidas por ley, sino por meros decretos violatorios de los artículos 18 y 67 inciso 11 de la Constitución Nacional, sumándose a él el de asegurar "la fidelidad y la honestidad de los agentes de la administración", concretado en el texto recién mencionado, respecto del cual señaló Ricardo C. Núñez, en un previo dictamen que le fuera requerido en su carácter de Director del Instituto de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Córdoba, que la disposición proyectada era correcta por cuanto castigaba "un hecho bastante frecuente, inmoral y dañoso para el patrimonio fiscal".

Veamos ahora dentro del limitado plan que nos hemos propuesto las disposiciones relativas a los fraudes al comercio y a la industria previstos en el capítulo V del título XII del Libro Segundo del Código Penal bajo la rúbrica ya mencionada *Delitos contra la fe pública.*

Cabe recordar que nuestra ley fundamental reconoce en el artículo 14 a todos los habitantes de la Nación los derechos de "ejercer toda industria lícita" y de "comerciar" y otorga en el artículo 67 al Congreso, en el inciso 12, la facultad de "reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí", y en el 16 la de "proveer lo conducente a la prosperidad del país", entre otros aspectos, "promoviendo la industria", a lo que se agrega con mayor significación, por figurar entre los derechos y garantías en la parte dogmática de la Constitución, lo dispuesto en el artículo 14 en cuanto a los derechos de

ejercer toda industria lícita y de comerciar, que deben recibir protección, aun la de carácter penal.

En su proyecto de Código Penal de 1960 no incluyó Soler esta especie de fraudes en el Título dedicado a los delitos contra la fe pública, sino en un Título autónomo en el cual agrupó a delitos lesivos de la confianza, honestidad y buena fe en los negocios y las relaciones comerciales. Pero aún se mantiene en el código vigente la primitiva ubicación, y en ella se prevén como fraudes al comercio y la industria el agiotaje, el ofrecimiento engañoso de efectos públicos o privados, la publicación de balances falsos y la violación de los estatutos de una persona jurídica, de los cuales sólo se destaca como más susceptible de afectar el régimen económico de la Constitución Nacional el agiotaje, que, según el inciso primero del artículo 300 del Código Penal, consiste, como acción típica, en propalar "noticias falsas" o "negociaciones fingidas", como resultado típico hacer "alzar o bajar el precio de las mercaderías, fondos públicos o valores", a veces "por reunión o coalición entre los principales tenedores de una mercancía o género", que constituye una circunstancia monopólica de mayor gravedad, y como finalidad igualmente típica la de no vender o no vender sino a un precio determinado esas mercaderías o fondos mencionados en el tipo.

Como puede apreciarse, el delito de agiotaje exhibe una configuración compleja, pues requiere una acción, una finalidad y un resultado, y de su texto surge que el bien jurídico que se aspira a proteger no es la fe pública sino el curso normal del régimen económico de acuerdo con las leyes del mercado en su libre funcionamiento.

Hemos visto así dentro del Código Penal tres delitos relacionados con el régimen económico de la Constitución Nacional, la falsificación de moneda, la malversación de caudales públicos y el agiotaje, y hemos dejado de lado por razones ya alegadas los delitos contra la libertad de trabajo y de asociación y contra los medios de transporte y de comunicación.

Pero la legislación penal no se encuentra totalmente incluida en el texto de ese Código, promulgado en 1921, y ha debido ser actualizado por obra de leyes especiales a fin de responder a nuevas exigencias en el ámbito de la actividad económica, debiendo circunscribirse la exposición de tales leyes por iguales razones de prudencia a las antes invocadas, en primer término, a la ley 22.262 de defensa de la competencia, promulgada en 1980, por su vinculación con el derecho de comerciar proclamado en el artículo 14 de la Constitución Nacional, y después a la Ley Penal Cambiaria 19.359 conforme con la versión de la ley 22.338 de 1980 y a la Ley Penal Tributaria 23.771, porque ambas responden también a disposiciones de rango constitucional.

La ley 22.262 derogó la número 12.906 sobre monopolios, y en su Introducción a la correspondiente Exposición de Motivos se dice que sus objetivos fundamentales son "definir con mayor precisión las conductas reprimidas por su virtualidad para limitar, restringir o distorsionar la competencia" y además "elaborar el marco jurídico adecuado para asegurar de modo cabal el correcto funcionamiento de los mercados". No hay duda de que el propósito de definir con mayor precisión las correspondientes conductas se ha cumplido, y a ellas se refiere el artículo 41 en once incisos bajo el requisito genérico de que tales conductas "encuadren en el artículo 1º" que establece en general que "están prohibidos" "los actos o conductas relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia o constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general".

La ley prevé dos instancias, la administrativa, a cargo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, que actúa con amplias facultades en la investigación de los hechos, que puede aceptar que el responsable se comprometa al cese o a la modificación del hecho que se le imputa y que puede en su caso imponer multas y solicitar a la correspondiente autoridad judicial la liquidación de la entidad

infractora; y la judicial, en el supuesto de haberse deducido un recurso de apelación ante el fuero en lo penal económico en la Capital Federal y ante los Jueces Federales en las provincias con la facultad de aplicar penas de prisión y de multa.

Cabe señalar finalmente que esta Ley de Defensa de la Competencia se superpone en un caso al Código Penal, pues éste prevé en el artículo 159 el delito de concurrencia desleal que reprime con pena de multa a quien "por maquinaciones fraudulentas, sospechas malévolas o cualquier medio de propaganda desleal tratare de desviar, en su provecho, la clientela de un establecimiento comercial o industrial".

Dos leyes quedan entonces por considerar, correspondiendo tratar en primer término por ser más antigua la Ley Penal Cambiaria 19.359, promulgada el 9 de diciembre de 1971, pero en la versión de 1980 por obra de la ley 22.338,

Según el artículo 27 de la Constitución Nacional, el Gobierno federal está obligado a afianzar el comercio con las potencias extranjeras, y es atribución del Congreso conforme con los incisos 12 y 10, respectivamente, del artículo 67 de esa ley fundamental, reglar dicho comercio y fijar el valor de la moneda extranjera. Dichas atribuciones condujeron naturalmente al funcionamiento de un mercado de cambios, libre en un principio, hasta que a raíz de haber estallado a nivel mundial una grave crisis monetaria se estableció en nuestro país, por el decreto-ley del 10 de octubre de 1931, un régimen de control de cambios que impuso como requisito para comerciar con el exterior la obtención de un permiso oficial de cambio y previó una pena de multa igual al décuplo de la respectiva operación para cada una de las partes infractores.

En opinión de Carlos Jáuregui, en su estudio sobre el tema en el *Tratado de Derecho Penal Especial*, dirigido por Enrique R. Aftalión, "nuestra legislación represiva cambiaria no sólo es desordenada, fragmentaria y confusa, sino que también muestra numerosos huecos o cuestiones no previstas", por lo cual, agrega, "la cuestión hubiera requerido

una ley en sentido formal", a la que sólo se llegó en 1971 al sancionarse la ley 19.359, de la que dijo el Poder Ejecutivo que "se trata de un cuerpo legal cuya vigencia plena redundará en beneficio de los intereses de la Nación, con lo que persigue un elevado propósito de bien público asegurando la seriedad de las transacciones internacionales y defendiendo el valor de nuestra moneda".

Según el artículo 1º de la ley en consideración, se reprime: a) toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada, b) operar en cambio sin estar autorizado, c) toda falsa declaración relacionada con operaciones de cambio, d) la omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los ajustes correspondientes si las operaciones reales resultaren distintas de las realizadas, e) toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización en los plazos o demás condiciones establecidas por las normas en vigor, y f) todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios.

A tal efecto, el Banco Central de la República Argentina tiene facultades para fiscalizar a las personas físicas e instituciones que operen en cambio, disponer medidas precautorias, instruir los correspondientes sumarios y aplicar sanciones tanto de multa como de prisión e inhabilitación, las que figuran en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 2º. Pero el Banco Central también fiscaliza a personas jurídicas, y he aquí que para el caso de imponerles una sanción, que sólo puede consistir en una multa o en una inhabilitación, dispone el inciso f) que "cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e)", disponiéndose a con-

tinuación que, en tal caso, la multa se hará efectiva solidariamente sobre los patrimonios de las personas físicas que hubiesen intervenido en el hecho, solución con la que se supera el viejo axioma *societas delinquere non poset* y la exigencia de una culpabilidad personal, y se toma en cuenta una responsabilidad extrapenal puramente patrimonial acorde con el artículo 20 de la ley cambiaria que establece que serán aplicables las disposiciones del libro primero del Código Penal "salvo cuando resulten incompatibles con lo establecido en la presente ley".

Sólo cabe recordar que las decisiones del Banco Central son apelables ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico.

En cuanto al régimen tributario, a él se refiere la Constitución Nacional en el artículo 4 al disponer que "el Gobierno Federal provee a los gastos de la Nación con los fondos del Tesoro nacional" formado, entre otras fuentes, con las "contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General", lo que ratifica el artículo 17 al establecer que "sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º". Y en consecuencia también sólo por ley pueden imponerse sanciones en caso de incumplimiento de tales obligaciones. Dichas sanciones pueden llegar a ser de naturaleza penal, y con una de ellas, la de prisión, reprime el Código Penal en el inciso 5º del artículo 174 en términos generales a quien "cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública", aunque al margen de esa disposición, repito de orden general, por obra de leyes especiales se han previsto sanciones para quienes no cumplan con sus obligaciones tributarias, habiendo sido la primera de ellas la ley 11.683 promulgada en enero de 1933. Muchos años después, en 1974, la ley 20.658, sin derogar aquella ley, le introdujo algunas reformas, como ser, aumentar la pena para la evasión de las obligaciones fiscales, la aplicación supletoria del Libro Primero del Código Penal y un recurso ante el fuero en lo penal económico. Y tiempo después, en 1978, la ley 21.858

modificó muchos artículos de la ley 11.683 en su texto de 1974, hasta que, por último, en febrero del año pasado la ley 23.771, también con el carácter de Ley Penal Tributaria, se limitó a derogar los párrafos segundo de los artículos 46 y 47 y los artículos 48, 49, 50 y 77 de la ley 11.683 manteniendo el resto del articulado de la ley 11.683 conforme al texto ordenado en 1978.

Respecto de las pertinentes disposiciones de dichas leyes impositivas aún vigentes parece superfluo exponerlas en detalle, pues son suficientemente conocidas tanto por quienes cumplen sus obligaciones como por quienes se escudan en su evasión, y además porque, según Horacio García Belsunce en su *Derecho Tributario Penal,* no tiene mucho sentido el estudio del derecho positivo, ya que "las figuras o tipos penales que integran el derecho tributario penal son motivo de constante cambio como consecuencia de un sistema tributario en el cual la evasión, su más notoria y a la vez funesta característica, determina que autoridades fiscales y legisladores busquen, en pos de la solución del problema, reformas frecuentes que, desafortunadamente, no han conseguido abatirla ni atenuarla".

Sin embargo, cabe destacar en particular que esa ley 23.771 se refiere tanto a los tributos que debe percibir la Dirección General Impositiva como los adeudados a los organismos nacionales de seguridad social; que el artículo 1º prevé una infracción, respecto de la cual requiere como medios "doble contabilidad, o declaraciones, liquidaciones, registraciones contables o balances engañosos o falsos, o la no emisión de facturas o documentos equivalentes cuando hubiere obligación de hacerlo, o efectuando facturaciones o valuaciones en exceso, o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño"; como acciones típicas las de ocultar, modificar, disimular o no revelar "la real situación económica o patrimonial"; como finalidad "dificultar o impedir la fiscalización y la percepción de tributos"; y como resultado que la infracción "pueda importar un perjuicio patrimonial al fisco"; que además reprime a quien se valiere fraudulenta-

mente de regímenes de promoción, a quien no se inscribiere u omitiere presentar sus declaraciones juradas, a quien omitiere actuar como agente de retención, al agente de retención que no depositare el tributo recibido, a quien habiendo tomado conocimiento de la iniciación de un procedimiento administrativo o judicial provocare su insolvencia patrimonial; que la pena de multa puede recaer tanto sobre una persona jurídica como sobre el patrimonio de sus funcionarios que hubieren intervenido en el hecho punible; que es competente según los casos la justicia federal y los tribunales en lo penal económico; y que en el supuesto de una condena de ejecución condicional la acción penal se declarará extinguida si el infractor acepta la pretensión fiscal.

Y para terminar recordemos las reflexiones disímiles de dos juristas extranjeros respecto de los fraudes fiscales.

Uno, Gerardo Landrove Díaz, Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela, en un artículo sobre *Las infracciones tributarias ante el derecho penal español,* publicado en 1971 en el "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales" se pregunta: "¿constituye el fraude fiscal una de esas conductas intolerables que justifican la incidencia del derecho penal?", "El incumplimiento por el ciudadano de sus deberes fiscales ¿debe comportar consecuencias jurídico-penales para aquellos que evaden tal obligación?", y sostiene "que la respuesta ha de ser forzosamente afirmativa", porque "en un verdadero Estado de derecho es un valor capital la justa distribución de la riqueza y más concretamente de las cargas fiscales".

Y otro, Francisco Galgano, en un artículo titulado *Criminalidad económica, el punto de vista de un civilista,* publicado en 1982 en nuestra "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones" considera que el remedio para erradicar la criminalidad económica "no está tanto en la legislación penal", "está, sobre todo, en la legislación civil", y agrega: "se deja que proliferen en plena legalidad las sociedades por acciones y las sociedades sombra y después se sorprenden del ingente monto de las evasiones fiscales", y dice

más adelante: "no se puede continuar concediendo todo esto y luego confiar que provean a moralizar la vida económica del país a golpes de mandatos de captura los procuradores de la República. La represión de la ilegalidad, valorada en sede penal, termina por convertirse en vana por la falta de reforma de la legislación civil".

Queda abierta así una crucial polémica para quienes tienen a su cargo la función de legislar y para quienes desde su alto sitial académico se preocupan por el progreso del derecho.

EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA LIBERTAD DE NAVEGACIÓN Y DE COMERCIO

Conferencia pronunciada por el académico Dr. José D. Ray, en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 14 de octubre de 1991

1. *El tema.*

En un Seminario sobre "El Régimen Económico de la Constitución Nacional" no podíamos dejar de formular algunas reflexiones sobre la libertad de la navegación y de comercio y la política de marina mercante nacional.

El año próximo pasado tuvimos oportunidad de escuchar una magnífica disertación del Presidente de nuestra Corporación, el Dr. Federico Videla Escalada, en la que se refirió al pensamiento de nuestros constituyentes y expuso cómo habrían enfocado el régimen jurídico del transporte aéreo internacional y las libertades mencionadas, si la aeronavegación hubiera existido en ese entonces.

Para fundar su punto de vista partió de los textos constitucionales sobre navegación por agua y comercio y los adaptó a una problemática imprevisible al promediar el siglo pasado [1].

2. *Los textos constitucionales.*

En los artículos del 9 al 12 de la Constitución se proclama la libertad de circulación dentro del territorio nacional, sin que haya la posibilidad de establecer barreras a la

1 Ver F. VIDELA ESCALADA, *La libertad de navegación y de comercio y el régimen jurídico del transporte aéreo internacional,* "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires", año 1990.

navegación, a la entrada, anclaje y al tránsito, sin preferencias de ninguna clase y con la única existencia de Aduanas Nacionales.

El artículo 14, en concordancia con el art. 20 y el 25, consagra para todos los habitantes de la Nación, ciudadanos o extranjeros, la libertad de navegar y de comerciar y el art. 26 dispone que la navegación de los ríos interiores es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente a los reglamentos que dicte la autoridad nacional.

El art. 67, al referirse a las facultades del Congreso, dispone que tiene: a) la de reglamentar la libre navegación de los ríos interiores y la de habilitar los puertos que considere convenientes (inc. 9); b) la de reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí (inc. 12) y c) la de proveer al adelanto y bienestar del país, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegio y recompensas de estímulo (inc. 16).

Por último, todo lo referente a regulación, jurisdicción y aplicación de las normas referentes a la navegación corresponde a la Nación, al Congreso y a los tribunales federales, por imperio de la delegación expresamente dispuesta en el art. 108 y en el art. 100, al decir —éste último— que corresponde a la Corte Suprema y a los demás tribunales inferiores de la Nación "el conocimiento y decisión de todas las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima", entendiéndose por ésta la navegación internacional e interprovincial [2].

3. *El programa de Alberdi.*

Es un lugar común recurrir al pensamiento de Alberdi al referirse a los textos de nuestra Carta Magna y ello se ex-

[2] Ver PEDRO TORRES, *Jurisdicción de los tribunales argentinos en las causas marítimas* ("J.A.", t. 68, p. 57 y "L.L.", t. 31, p. 31); J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, nº 54, p. 106 y *La jurisdicción en las causas marítimas*, "La Ley", t. 47, p. 283.

plica porque, muy poco tiempo antes de su sanción, el 30 de mayo de 1852, le remite a Urquiza sus célebres *Bases* y éstas son la fuente de la mayoría de los artículos de la Constitución Nacional.

En el Capítulo X de esos "Puntos de partida para la Organización Nacional", Alberdi se pregunta acerca de cuál debe ser el espíritu del derecho constitucional en Sudamérica y se contesta que los tiempos han cambiado y así como antes cabía preocuparse por los principios de "independencia" y "libertad" de los nuevos pueblos, hoy debía ponerse el acento en "el desarrollo económico", como medio de que esos grandes principios liberales dejen de ser palabras y se vuelvan realidades.

Ha pasado la época de los héroes y triunfos militares —dice—, la grandeza americana radicará en la prosperidad, engrandecimiento, organización y paz.

Alberdi se manifiesta partidario de la libertad de navegación y de comercio y, como lógica consecuencia, de los puertos. Sus palabras son elocuentes a ese respecto y es ilustrativa su cita, frente a lo que fue la política seguida por nuestros gobiernos en lo que va de este siglo.

Los grandes ríos, "esos caminos que andan", como decía Pascal, son uno de los medios de internar la civilización y deben entregarse a la ley de los mares, es decir, a la libertad absoluta.

Todos deben disfrutar de la libetrad de comercio y de la franquicia de llegar seguros y libremente con sus buques y cargamentos a los puertos y ríos, accesibles por la ley a todo extranjero.

En el "Apéndice" del *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina* reitera los conceptos expuestos en las *Bases* y brinda el punto de partida de la política económica constitucional respecto a los puertos, diciendo que la libertad de los ríos quiere decir "la libertad o habilitación de los típicos puertos naturales que tiene el país en su condición presente".

Bajo el título "La libertad fluvial es el único medio de reducir a verdad de hecho la libertad de comercio en las provincias argentinas", puntualiza que la forma de bloquear los puertos al comercio es prohibir la libertad de navegación de los ríos interiores y de aquí que, al proclamar la libertad de comercio, debe establecerse la libertad de los ríos, como único medio práctico de hacerla efectiva en un país cuyos puertos en aquel entonces eran fluviales.

No debe olvidarse que en 1852 estaba presente el conflicto entre las Provincias y la Confederación respecto al puerto de Buenos Aires y Alberdi, con su programa, enfrenta el régimen autoritario y monopólico de la colonia. Se planteaba así la necesidad de desmontar este sistema y de aquí que insistiera en que la única forma de superar ese régimen mercantilista y monopólico era consagrar la libertad absoluta de navegación y de comercio.

Decía el padre de nuestra Constitución que el comercio marítimo y terrestre conforma la vocación especial de la República Argentina y su desarrollo debe figurar entre los fines de primer rango de la Constitución Argentina.

En síntesis, Alberdi y nuestra Constitución nos presentan un programa liberal como forma de desarrollar la navegación y el comercio nacional e internacional.

En nuestra opinión, ese programa de nuestra Constitución tiene como único límite las reglamentaciones que deben dictarse para el ejercicio de los derechos que hemos mencionado y lo dispuesto en el inc. 16 del art. 67 de la C. N., la cláusula del progreso, en la que se faculta al Congreso a hacer lo necesario para promover el bienestar de la Nación.

Frente a ese marco y a ese programa ¿cuál ha sido el criterio que ha orientado a nuestros gobiernos y a nuestros legisladores en lo referente al cabotaje, a la política en materia de marina mercante, a todo lo que es necesario para la navegación, al dragado y balizamiento de nuestros ríos más importantes, al régimen del remolque, practicaje y, en líneas generales, al de nuestros puertos?

¿Cuál ha sido el criterio que se ha seguido para "promover el bienestar general", como dice el Preámbulo de la Constitución y "al adelanto y bienestar del país", la construcción de canales navegables, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, como dispone expresamente el art. 67, en su inc. 16, mencionado precedentemente?

¿Se ha cumplido el programa liberal?

Y, cuando se lo ha limitado o restringido, ¿ha sido o no en beneficio de nuestra comunidad?

Adelanto, desde ya, que el régimen intervencionista, coherente con la política general de los Gobiernos del pasado, no ha sido favorable para la Nación.

4. *Las leyes de cabotaje.*

La primer restricción se planteó con la ley de cabotaje, es decir, con la navegación que se realiza entre puertos argentinos y con los países fronterizos, pero con ello no se trabó la libertad de navegación porque la bandera argentina se concedió a todos los buques, fueran de propiedad de personas individuales o colectivas, nacionales o extranjeras, siempre que estuvieran domiciliadas en el país.

Reitero que el criterio que se consagró no fue el de la nacionalidad de los propietarios o armadores de los buques sino el del domicilio. Es decir, que se reservaron los beneficios de la navegación comercial a los habitantes de la República, a la par que por ese medio se podían atraer capitales extranjeros para que se radicaran en la Argentina y contribuyeran al desarrollo de nuestro comercio y, en última instancia, a la prosperidad nacional.

Como Diputado Nacional, Carlos Saavedra Lamas, en 1907, al fundamentar el proyecto, decía que la sanción de una ley reservando para la marina mercante nacional la exclusividad del cabotaje, respondía al principio elemental

de la soberanía jurisdiccional del que la República nunca se podía desprender. En efecto, no existe ninguna incompatibilidad, como algunos habían supuesto, entre los Tratados de Libre Navegación firmados con las Naciones Extranjeras y la reserva de la navegación y comercio entre los puertos argentinos para la bandera nacional, es decir, para los domiciliados en el país, fueran los capitales locales o foráneos.

De acuerdo con sus facultades, el Gobierno Nacional abrió sus puertos a todas las banderas del mundo y de aquí que los buques extranjeros pudieran acceder a cualquier puerto de la República.

La reserva del cabotaje coincidió con lo establecido por la legislación comparada, es decir, por todos los países del mundo [3].

La libre navegación sólo se estableció a los efectos de fomentar las relaciones comerciales internacionales y —decía Saavedra Lamas— es importante reconocer que la política europea en el Río de la Plata jamás tuvo en sus tratados otra intención que la que ha quedado expresada, dejando reservados al país los derechos de su propio cabotaje interno, en su sentido estricto, y que no pudo tenerse ni se tuvo otra aspiración que la de traer a nuestras márgenes el mismo régimen que sucesivamente había sido consagrado en el Rhin, en el Escalda, en el Po, en el Missisipi y en el San Lorenzo.

Esa primera Ley de Cabotaje (7049), fue sancionada después de expedirse favorablemente la comisión constituida por los diputados Drago, Luro y Saavedra Lamas, a propuesta de Emilio Mitre. Y es interesante la lectura del

3 Textualmente decía SAAVEDRA LAMAS en el Congreso: "En Francia, Maurice Sarraut, en sus libros sobre los problemas de la marina mercante, estudia profundamente el asunto, llegando a esta conclusión: no hay comercio nacional sin marina nacional".

Comentando las referencias al Tratado de Viena de 1815 recordaba la exposición del Ministro de Justicia, Mr. Rohuer, cuando refutaba la tesis de Mr. Thiers, al decir que carecía de fundamento la objeción por la cual la Confederación reservaba a su legislación la navegación por los ríos interiores, sin perjuicio de que no se cierre la misma en relación al comercio con las naciones extranjeras.

Diario de Sesiones, para apreciar la dedicación de q[illegible] luego, fue canciller, Premio Nobel y Presidente de nu[illegible]tra Corporación, a fin de fundamentar la ley que tenía por misión desarrollar una marina mercante nacional, frente a algunos que podrían pensar que no coincidía con los principios liberales de nuestra Constitución.

Las leyes posteriores sobre cabotaje (la 10.606 y la 12.980 que ratificó el decreto-ley del año 1944), concretaron el concepto, extendiéndolo a las operaciones conexas y al llamado cabotaje fronterizo con los puertos de los países vecinos.

Cuando señalamos el interés de leer el Diario de Sesiones, es para poner de manifiesto el esfuerzo de entonces para consagrar una normativa que algunos podían pensar que no respondía al espíritu liberal de nuestra Constitución y que se contrapone y contrasta con lo que se ha hecho o con lo que se ha dejado de hacer, en los últimos cincuenta años, para promover la libertad de navegación y de comercio y el desarrollo de ambos que están en relación estrecha.

Este tema del cabotaje hoy día se conjuga con la proyectada hidrovía, en los ríos Paraguay y Paraná, y el Tratado Mercosur.

5. *La política de marina mercante.*

a) *La promoción de una flota nacional.*

Desde que el Poder Ejecutivo encabezado por Figueroa Alcorta presentó el Proyecto de ley de cabotaje que, a principios de siglo, fundamentó Saavedra Lamas en el Congreso, se acentuó la tendencia a destacar la importancia de tener una marina mercante nacional.

En 1941, durante la presidencia del Dr. Ramón Castillo, y en plena conflagración mundial, se creó la Flota

Mercante del Estado[4] y, luego, la Dirección Nacional de Marina Mercante, manteniéndose la tesis de la libertad de navegación y de comercio en el tráfico de ultramar.

Desde mucho antes de la célebre Acta para la Navegación de 1651, de la época de Cromwell, y a pesar de la diferencia del contenido, los Estados han dictado leyes para desarrollar y proteger sus flotas.

En la Argentina, se creó un impuesto sobre los fletes para constituir un Fondo de estímulo de la marina mercante y, luego, se reservó en unos casos para la bandera nacional y, en otros, para los armadores nacionales, el transporte de determinadas mercaderías.

Cabe así la mención de la ley 18.250 sobre reserva de cargas, de 1969, modificada en varias oportunidades, y la 20.447 que sentó las bases programáticas para el desarrollo de nuestra marina mercante.

Esa ley 18.250 y las posteriores no sólo reservaron la mayoría de las cargas de importación para los buques de nuestra bandera, sino también para los armadores argentinos, con buques "charteados", es decir, tomados en locación o en fletamento por tiempo[5] y calificando como armadores nacionales a las sociedades con mayoría de capital de personas domiciliadas en la Argentina.

[4] En 1981 la Academia publicó un libro *Primeros Académicos de Derecho (1925)* en el que se reproduce nuestra evocación de años atrás acerca de la personalidad de Ramón S. Castillo, el único de nuestra Corporación a quien en el curso de este siglo le cupo el honor de ejercer la presidencia de la República.

Después de destacar su labor como juez, como legislador y como profesor y su discutida gestión, en materia de política interna e internacional, dijimos que, analizando la obra de su gobierno, uno de los hechos más positivos fue la creación de la Flota Mercante del Estado que con el transcurso de los años se convirtió en el instrumento fundamental de la política naviera nacional.

Lamentablemente, el desacierto en la conducción de la política en materia de marina mercante y de la Empresa Líneas Marítimas del Estado, la sucesora de aquella entidad, así como las nuevas tendencias en lo referente a las empresas del Estado que exigen su privatización, anuncian la desaparición de ELMA.

[5] El término "charteado", empleado en el lenguaje común marítimo, deriva del inglés "Charter" como expresión de los contratos de locación a casco desnudo y fletamento ("bare-boat charter" y "charter-party").

Esta política, que en un primer momento se calificó de discriminatoria, podía considerarse razonable, si se tiene en cuenta que cada Estado debe adoptar las medidas más convenientes para promover su marina mercante y obtener divisas o evitar la pérdida de las mismas.

b) *La constitucionalidad de las leyes de promoción.*

Planteada la inconstitucionalidad de esas leyes los tribunales se pronunciaron en numerosas oportunidades sobre sus fundamentos y finalidades.

La Corte Suprema, en el caso "Laryea S. A. c/Res. Nº 387 M.O.S.P. s/apelación", el 2 de julio de 1987, dijo que la ley 18.250, modificada por la 19.877, se sustentó no sólo en motivos de orden político y jurídico, sino que tuvo por finalidad proteger y estimular la actuación de los buques de bandera nacional e impedir la transferencia de divisas al exterior, mediante el pago de fletes a buques de otra nacionalidad y, por ello, adoptó distintas medidas tendientes a la obtención de ese fin.

Expresamente se refirió a la libertad de comercio, destacando que el Poder Ejecutivo al fijar condiciones para el transporte de bienes que se importen no ha restringido la misma, sino que estableció un instrumento de promoción naviera, con la finalidad de proteger la actividad de los buques de bandera nacional en su quehacer competitivo, ponderando debidamente la fisonomía que la gestión marítima contemporánea ofrece, por obra del apoyo que los buques de bandera extranjera reciben de sus respectivos gobiernos.

Asimismo, el Gobierno Nacional tiene facultades para arbitrar las medidas conducentes a la defensa de la reserva de carga nacional y a promover el equilibrio de la balanza de pagos, mediante las normas que regulan la política económica, sin que competa a la justicia revisar el acierto o

el error, ni la conveniencia o inconveniencia de las medidas adoptadas [6].

En el caso "Ro S. A. c/Subsecretaría de Transporte Fluvial y Marítima", la Corte Suprema, en fallo del 29 de noviembre de 1988, no hizo lugar al recurso extraordinario interpuesto sobre la base de que el recurrente no se había acogido a los beneficios impositivos que menciona la ley de reserva de cargas, porque el flete del buque de bandera nacional era mayor que el de bandera extranjera, aun abonando el impuesto de que se podía eximir, con la contrapartida de tener que efectuar el transporte en buque de bandera nacional.

La Corte dijo que "la exención a la que hace mención el art. 14 de la ley 18.250 (modificada por la ley 19.877) no debe ser entendida primordialmente como un beneficio de naturaleza personal para el contribuyente, susceptible de ser renunciado libremente por aquél, sino como un valioso instrumento de regulación económica (doctrina de "Fallos": 289:443) que participa del carácter indisponible de la obligación tributaria ("Fallos": 290:195) con base en el principio de legalidad ("Fallos": 206:21 y sus citas; entre muchos)" [7].

c) *Nuestra opinión.*

No estamos en contra de las finalidades y conceptos expuestos por nuestra Corte Suprema en el primer caso citado precedentemente y no hay duda alguna de que las normas de nuestra Carta Magna deben interpretarse a la altura de los tiempos [8].

6 Ver "Fallos" —Febrero/Agosto 1987—, t. 310, vol. 1, p. 1399.

7 Ver "Fallos".

8 Ver SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Reglas para la interpretación constitucional* (1987), p. 95.

Refiriéndose a la interpretación progresista, dice que "la Constitución, en cuanto instrumento de gobierno permanente, cuya flexibilidad y generalidad le permite adaptarse a todas las circunstancias, ha de ser interpretada teniendo en cuenta, no solamente las condiciones y necesidades existentes al momento

Pero sí disentimos con el criterio de las autoridades que han usado de esas facultades en forma indebida, al amparo del criterio progresista de nuestra Constitución.

No estamos de acuerdo con la consagración de gravámenes que se traducen en un beneficio para unos pocos. Tampoco con el destino que se les ha dado a los fondos recaudados ni con la garantización en la práctica de fletes superiores a los razonables, con el consiguiente perjuicio para los usuarios del transporte y, en última instancia, para nuestra comunidad.

Al amparo de esa tendencia intervencionista, ajena al espíritu de nuestra Constitución y a la realidad comercial, se llegó a grandes extremos.

El precio del transporte es uno de los componentes del costo final de los productos de importación y de exportación y es indispensable que esto se tenga en cuenta por la importancia que reviste para nuestra industria y para nuestro comercio.

Años atrás, en 1987, publicamos un artículo en el diario "La Nación" titulado *El Negocio Marítimo* en el que propugnábamos un enfoque integral del problema y la necesidad de racionalizar el servicio, a la par que un sinceramiento del sector laboral que pretendía dotaciones en los buques mucho mayores que las necesarias y remuneraciones y beneficios superiores a los razonables.

Todos deben saber que es condición *sine qua non* del desarrollo que la bandera argentina con sus costos se encuentre en condiciones de competir internacionalmente y que con mayor trabajo los beneficios sociales y económicos serán mayores. Era necesario una concertación honesta de los interesados, tanto de la parte patronal como de la dependiente y una revisión de nuestra política en materia de marina mercante.

---

de su sanción, sino también las condiciones sociales, económicas y políticas que existen al tiempo de su interpretación, a la luz de los grandes fines que informan la Ley Suprema del país".

d) *El tema en el ámbito internacional.*

Como señalamos al referirnos al cabotaje, estamos por la promoción seria de nuestra marina mercante y al respecto cabe la referencia al enfoque del tema en el ámbito internacional.

Después de la reacción de los países con marinas mercantes desarrolladas, frente a las reservas de carga consagradas en muchos países, en 1974, a instancias de UNCTAD, la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, se sancionó una convención internacional, que tenía como objetivos principales facilitar la expansión ordenada del comercio marítimo mundial, promover el desarrollo de servicios marítimos regulares y eficaces y garantizar a los países la participación en los fletes de su comercio exterior, a la par que dar intervención a los de terceras banderas.

Se consagraron las proporciones de ese tonelaje del comercio exterior en un 80 % para buques de los países importadores y exportadores (40 % para cada uno) y el 20 % restante para los buques de terceras banderas.

Esa convención calificada como Código de Conducta no fue ratificada por la Argentina y en la Conferencia de octubre-noviembre de 1988, convocada por UNCTAD, se ratificaron las finalidades del Código y el representante del Reino Unido, portavoz del grupo de los países desarrollados, dijo que el Código era el resultado de la experiencia de dos decenios (1970-1990) en lo referente al tráfico regulado en las conferencias marítimas, al transporte en buques de línea y que era necesario la racionalización de los servicios dentro del marco que suministra el Código como transacción de los distintos intereses en juego [9].

En el juego político internacional de la protección de la bandera nacional, es interesante señalar que el Consejo

[9] Ver *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* ID/Code/2/7, 5 de enero de 1989.
Conferencia del 31 de octubre al 18 de noviembre de 1988.

de la Comunidad, en 1986, dictó una reglamentación sobre prácticas injustas en materia de precios en el transporte marítimo.

En enero de 1989 a Hyundai, un armador de la República de Corea, se le impuso un cargo con respecto a todas las mercaderías contenerizadas y embarcadas en sus buques, en cualquier puerto de la Comunidad Europea y destinadas a Australia. El cargo se impuso por un período de 5 años, después de una investigación de 16 meses.

Hyundai cobraba fletes menores que los de los armadores de la Comunidad, sobre la base de los beneficios, privilegios y estímulos otorgados por el Gobierno de Corea a los buques de su bandera y a los armadores nacionales.

Hyundai se vió obligado a suspender sus servicios y una Compañía Francesa, Sofrana, "fletó" los buques de Hyundai y comenzó a prestar un servicio similar entre los mismos puertos y con las mismas fechas de salida de los buques, es decir, sustituyendo a la firma sancionada.

Las autoridades de la Comunidad consideraron que Sofrana era la máscara de Hyundai y le impuso los mismos cargos que se habían establecido para los embarques de esta firma. Después de varias batallas legales en los tribunales ingleses y alemanes, el conflicto concluyó con una transacción, mediante la cual Sofrana convino con la Comisión Europea incrementar el precio de los fletes y colocar los buques bajo la bandera francesa.

Hyundai ha apelado al Tribunal Europeo de la resolución que le impuso el cargo y la decisión se decía que no sería dada antes de promediar el año en curso [10].

Estas referencias tienen por finalidad poner de manifiesto la protección de los Estados extranjeros a sus flotas, invocando la necesidad de prever el riesgo del *dumping* y la necesidad de sancionar las prácticas desleales.

Los Estados desarrollados, la comunidad europea, defienden su economía y lo hacen sobre la base del proteccio-

10 Ver "Maritime Review" (Clifford Chance, 1989), "Unfair pricing practices in international cargo liner shipping" (p. 2).

nismo para algunos productos y, en materia de marina mercante —reiteramos—, invocan la necesidad de evitar una competencia que consideran desleal para sus flotas.

Sin embargo, la tendencia en el mundo es a favor de la desregulación y a la apertura de los mercados, lo que implica volver al programa de Alberdi.

El 22 de junio de este año, el Presidente del Perú dicto un decreto, refrendado por el Ministro de Transporte y Comunicaciones, que en su art. 3º textualmente dice: "Declárase la libertad total de rutas y permisos de operación en el transporte marítimo internacional y, en consecuencia, elimínense todas las restricciones y obstáculos administrativos y legales que impidan el libre acceso a las rutas y tráficos internacionales, para las empresas navieras nacionales" [11].

En el Convenio sobre el Mercado Común del Cono Sur, "Mercosur", suscripto por la República Argentina, se establece la eliminación de las reservas de cargas entre los miembros del mismo [12].

11 En los considerandos del decreto se fundamenta la decisión en los siguientes términos:

"Que, siendo política del Gobierno eliminar la reserva de carga, se hace necesario abolir todas aquellas restricciones que dificultan la adquisición y/o fletamento de naves destinadas a la modernización y desarrollo de la actividad naviera comercial;

"Que, siendo la actividad naviera comercial muy dinámica, se hace necesario potenciarla otorgándole las facilidades que requiere para la adquisición de buques modernos que les permita operar competitivamente en el transporte internacional de carga;

"Que, la legislación vinculada al transporte marítimo comercial debe mantener coherencia con la política económica del Gobierno, por lo que es necesario adoptar de inmediato medidas para eliminar las restricciones que limitan el desarrollo de esta actividad a fin de constituirla en eficiente para un adecuado servicio al comercio exterior del país".

12 El tema del "Mercosur" reviste fundamental importancia y los problemas que plantea deben ser analizados en función de los antecedentes y de las soluciones esbozadas para el Mercado Común Europeo.

En el día en que pronunciamos nuestra Conferencia (14 de octubre de 1991) se constituía un Comité Jurídico para asesorar en lo referente a los problemas que entraña la "Hidrovía: Paraguay-Paraná" que interesa fundamentalmente a los cuatro países del Mercosur y a Bolivia. Algunos problemas que plantea la Hidrovía se vinculan a los de Mercosur.

Con respecto al transporte marítimo se efectuó una reunión en Brasilia el 15 de mayo de 1991 comprometiéndose a la armonización de las legislaciones en las áreas pertinentes para lograr el fortalecimiento del proceso de integra-

No hay duda de que es difícil establecer el límite en temas discrecionales como es el del estímulo a la marina mercante nacional y la conveniencia de la reserva de cargas frente al costo que significa utilizar la bandera nacional y, en definitiva, el recargo que soporta la Nación, es decir, todos los habitantes de la República.

Sin embargo, si debemos emitir un juicio sobre la política seguida en materia de marina mercante, el fuerte impuesto sobre los fletes y la reserva de cargas, instrumentada por las normas de la ley 18.250 y complementarias, nuestra conclusión es desfavorable, porque arrojó un resultado negativo para la Nación y sólo beneficios para unos pocos.

Ese criterio proteccionista, contrario al espíritu de nuestra Constitución, no se instrumentó y no se aplicó en función de la cláusula del desarrollo del progreso, que es la única restricción al principio liberal.

5. *Los dobles registros y las nacionalidades transitorias.*

La crisis de las marinas mercantes ha sido mundial y de aquí que las banderas de conveniencia tan criticadas a partir de 1950, han sido admitidas por los países con economía de mercado para que sus buques pudieran competir con los de otras banderas y, en los últimos años, se han creado los dobles registros y el sistema de nacionalidades transitorias.

Estados Unidos, desde años atrás, encaraba con simpatía la bandera de Liberia para los buques de armadores domiciliados en su territorio.

Noruega, Inglaterra y otros países han establecido registros paralelos dentro de su jurisdicción, con condiciones laborales e impositivas más favorables para los buques inscriptos en los mismos y el tráfico que éstos realizan.

Los dobles registros y las nacionalidades transitorias se

ción (Ver J. D. RAY, *Derecho de la Navegación, Apéndice*, "Mercosur" (obra en imprenta).

han admitido para posibilitar que los financistas de la construcción o explotación de los buques se beneficien con las normas locales sobre titularidad o hipotecas sobre esos buques y, a su vez, que sus armadores que los tomen en "leasing" o en locación a casco desnudo (bare-boat charter) tengan las ventajas de otros registros y nacionalidades más liberales, en cuanto a normas laborales e impositivas para su explotación [13].

Entre nosotros, el Poder Ejecutivo, el 3 de septiembre del corriente año, dictó el decreto 1772, mediante el cual el Registro Nacional de Buques deberá otorgar el "cese de bandera provisorio" de aquellos buques o artefactos navales cuyos propietarios así lo soliciten. Este cese de bandera provisorio operará como una suspensión transitoria del buque o artefacto naval en la matrícula nacional (art. 2).

Ese certificado servirá para inscribir el buque en otros registros (art. 3º) y el propietario del buque o artefacto naval adquiere el compromiso de reincorporar la unidad a la matrícula nacional, dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha del otorgamiento del "cese de bandera provisorio" (art. 4º).

Vencido ese plazo el propietario deberá presentar ante el Registro Nacional constancia de la eliminación del buque o artefacto naval del otro registro en el cual fue inscripto, dando así término automáticamente a la suspensión temporaria de la matrícula nacional (art. 4º).

El decreto textualmente dice que los buques o artefactos navales amparados por el régimen de excepción que se crea gozarán de los beneficios otorgados por la ley de reserva

13 En el Seminario de Knokke-Zoute, organizado por el Comité Marítimo Internacional, sobre "Bare-boat Charter", se analizó el tema.

En el último "Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly" (1991 part 2 May 1991), que hemos recibido, en el artículo titulado "The New Luxembourg Shipping Register", se analiza el nuevo registro de Luxemburgo que tiende a superar las desventajas de los registros que otorgan banderas de conveniencia y los altos costos de los registros de los distintos Estados europeos.

Ver también, COSIMO CALIENDO, *Osservazione in tema di Bareboat-Charter Registration Nacionalita e bandiera della nave nella lagge*, "Il Diritto Marittimo".

de cargas, así como para su intervención en tráficos conferenciados, amparados por acuerdos bilaterales o multilaterales, aprobados por la autoridad marítima competente y para todo régimen preferencial aplicable a los buques de matrícula nacional.

Se prevé que esos buques o artefactos navales serán tripulados por argentinos, si las tripulaciones que se encuentran a bordo de los mismos aceptan el régimen establecido en el decreto y, en caso contrario, ellas podrán acogerse a lo dispuesto en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, mediante el cual se establece una indemnización reducida para los casos de despidos dispuestos por causa de fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo, no imputable al empleador, fehacientemente justificada (art. 7º).

Expresamente se dispone que a los efectos de los seguros, inspecciones y todo otro tipo de regulación y control sobre los buques y artefactos navales se aplicarán las normas que rijan en el nuevo registro seleccionado (art. 11).

Este decreto nos lleva a formular algunas reflexiones coincidentes con el punto de vista expresado precedentemente y otras sobre su instrumentación.

En primer lugar, no se han previsto muchos aspectos que deben tenerse en cuenta como, por ejemplo, las consecuencias de las nacionalidades transitorias, las condiciones del regreso del buque a la bandera nacional y las consecuencias en caso de no hacerlo.

Mediante el concepto de nacionalidad se vinculan una serie de relaciones que se constituyen entre las personas vinculadas con el buque y el orden jurídico del pabellón y de aquí la importancia de la atribución de la nacionalidad, así como de la repercusión que ha de tener, al darse de baja al buque de nuestro registro, inscribiéndoselo en uno extranjero.

En segundo lugar, el decreto se ha dictado en razón de la crisis que afecta a la marina mercante nacional, y ante la presión empresaria frente a la situación de inferioridad en

que se encuentran los armadores nacionales para competir en el mercado internacional de fletes. Se recurre a este medio ante la imposibilidad práctica de modificar la legislación laboral.

La concertación a que hicimos referencia en 1987 y que mencionamos precedentemente, no se concretó nunca.

En tercer lugar, no hay duda de que es necesario recurrir a la flexibilización de las normas reglamentarias para poder alcanzar esa competitividad como lo han hecho los países del mundo occidental.

Las tripulaciones tendrán que aceptar entre obtener una indemnización reducida, como es la del art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo, o continuar a bordo con remuneraciones acordes a lo que establece la ley del nuevo pabellón, sin perjuicio de continuar gozando de algunos de los beneficios sociales, como lo establece el decreto que estamos comentando.

Es realmente inconcebible —como hemos señalado— que en los buques argentinos se exigieran dotaciones de seguridad y de explotación con un número de tripulantes excesivo, con un régimen laboral inadecuado y agudizado por las interpretaciones judiciales dadas en los casos en que se plantearon algunos de esos problemas.

Así era imposible cumplir con las finalidades inherentes al desarrollo de nuestra marina mercante y, a su vez, tampoco era razonable que la comunidad debiera estar soportando costos superiores, para privilegiar a un sector determinado, sea a los empresarios o al personal dependiente.

Por último, el decreto dictado en el mes de septiembre deberá compatibilizarse con el del mes de octubre sobre desregulación, dictados ambos sobre la base de la situación y ley de emergencia y la asunción por parte del Poder Ejecutivo de funciones legislativas.

Excede el marco de esta exposición la consideración de este tema sobre el cual la opinión pública está dividida porque estando en funcionamiento el Congreso, el Poder Eje-

cutivo asume funciones legislativas sobre la base de invocar la emergencia económica que nos acosa [14].

Nos limitamos a señalar que la reserva de cargas se deroga según el art. 27 del decreto sobre desregulación total de la economía, es decir, que sería letra muerta a la luz de las nuevas normas, muchas de las cuales requieren su reglamentación. Simultáneamente, leíamos en un periódico que se mantendría la reserva para ELMA y, desde luego, los armadores nacionales pretenderán idéntico privilegio.

6. *Política portuaria.*

Así como Alberdi decía que la forma de bloquear los puertos al comercio es prohibir la libertad de navegación y de los ríos interiores, podemos decir hoy que la errónea política portuaria es la forma de bloquear el desarrollo de la navegación y del comercio.

No podemos dejar de mencionar en este tema lo referente al remolque, al peaje, balizamiento y dragado y también al practicaje pero, ante la imposibilidad de abarcar esos aspectos, mencionaremos sintéticamente lo referente a la habilitación y a la afectación y desafectación de los puertos del dominio público.

El Honorable Senado de la Nación, coincidiendo en gran parte con el Proyecto del Poder Ejecutivo dio media sanción a una ley que delega al Poder Administrador la ha-

14 Sobre el tema de las normas de emergencia ver NÉSTOR P. SAGÜÉS, *Derecho Constitucional y derecho de emergencia*, conferencia del 10 de mayo de 1990 en esta Academia, publicada en los "Anales" (existe separata); JUAN CARLOS CASSAGNE, *Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia*, trabajo presentado en las "Jornadas" del 3/5 de octubre con motivo del cincuentenario de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba y en "La Ley", 13-11-91; AGUSTÍN GORDILLO, *La validez constitucional del Decreto 2284/91* en "Periódico Económico Tributario", 15-11-91. (El Dr. Gordillo invoca los arts. 10 y 61 de la ley 23.696.) Nos limitamos a la cita de los trabajos de estos destacados especialistas, sin que ello implique abrir juicio sobre un tema que —como decimos en el texto— excede los límites que nos hemos impuesto y requiere un profundo análisis teórico práctico.

bilitación de los puertos que el art. 9 de la Constitución reserva al Congreso.

Como hemos dicho, el tema está estrechamente vinculado a la libertad de navegación y de comercio y hoy se admite la posibilidad de la delegación al Poder Ejecutivo, por principio de eficiencia, siempre que por ley se indiquen las pautas que entendemos deben concordar con los principios liberales de nuestra Constitución.

El constitucionalista Jorge Vanossi destacó, en el Seminario que sobre Puertos organizamos en la Bolsa de Comercio en el primer semestre de este año (1991) que, en su opinión, cabía la delegación por un principio de eficiencia y con la transparencia que debe prevalecer en los actos de Gobierno.

En materia de política portuaria la tendencia ha sido hacia la autonomía, tanto en las áreas germánica y anglosajona como en la latina, sin perjuicio del control aduanero y el que debe existir para seguridad de la navegación. Así en Francia —dice René Rodiére— la conveniencia de asociar los distintos intereses a la gestión portuaria ha conducido a la institución de los llamados puertos autónomos [15].

La política portuaria no debe ser fiscalista porque estaría en contra del desarrollo de la navegación y del comercio y las tasas deben estar de acuerdo con el servicio prestado y no buscar por ese medio el aumento de las arcas del Estado.

Según el inc. 2 del art. 2340 de nuestro Código Civil, los puertos figuran en el dominio público, pero nada impide su desafectación ni el reconocimiento de los puertos privados que existen a lo largo de nuestros ríos.

Una vez más podemos recordar a Alberdi cuando decía que cada caleta debe ser un puerto, es decir, que debe promoverse y no restringirse la habilitación de puertos.

Miguel Marienhoff dice que el concepto de dominio público no depende de la naturaleza del bien sino de su

15 Ver RENÉ RODIÈRE, *Traité*, "L'Armament" (1976).

afectación por ley, por un acto administrativo o por hechos de la Administración, así como la desafectación del dominio público puede efectuarse en la misma forma.

Hay puertos o atracaderos que han sido creados por particulares con asentimiento expreso o tácito de la autoridad.

El distinguido administrativista cuya opinión citamos no acepta la desafectación tácita, salvo que sea fundada en una ley y quizás podría invocarse para los puertos privados la ley que facilitó la transferencia de tierras de los Ferrocarriles, con el cargo de construir silos [16].

Independiente del dominio, de la habilitación y de todo lo que hace a la eficiencia portuaria cabe señalar que, en lo referente a jurisdicción y seguridad de navegación, las autoridades federales deben ejercer sus facultades constitucionales, partiendo del principio de cobrar tasas, pero no gravar una actividad esencial para la Nación y sus habitantes.

7. *Política sobre impuestos y tasas.*

La tiranía del tiempo nos impide abordar otros temas como el impositivo sobre las actividades vinculadas a la navegación y al comercio exterior, por ejemplo, el gravamen a las actividades lucrativas consagradas por las provincias o las municipalidades, y las normas y decisiones judiciales que oportunamente se dictaron.

Días pasados se publicó una reglamentación para extender la exención del Impuesto al Valor Agregado, I.V.A., sobre los fletes, a las actividades conexas, para no gravar la navegación y el comercio exterior.

En la Argentina, en todo lo referente a puertos, peaje, dragado, balizamiento, remolque, practicaje, tasas e impuestos, las autoridades, salvo en contados períodos y en contadas excepciones, no han tomado conciencia de la importancia que revisten para el comercio exterior.

16 Ver MIGUEL MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, Dominio Público, Nº 1718 y ss. y p. 235.

Señores Académicos:

Señoras y Señores:

Hay un juego permanente entre la libertad individual y sus limitaciones y son los poderes del Estado quienes deben tener bien presente el riesgo de desnaturalizar esas libertades, bajo el pretexto de exigencias de bien común, cuando no son auténticas y sólo se traducen en beneficios para un determinado sector [17].

Hacemos votos para que no se trabe la libertad de navegación y de comercio y que su reglamentación sea para el desarrollo económico, el progreso, la radicación de capitales y el bienestar general, de acuerdo con el régimen consagrado en la Constitución Nacional [18].

17 En "Le Droit Maritime Français", Nº 507 y Nº 508, agosto y septiembre de 1991, se publica un interesante artículo titulado *Protectionisme: le dilemme américain*, de Patrick Van Cauwenberghe (pp. 411/422 y 475/490). En ese artículo se analizan temas de sumo interés: el mito del liberalismo en su afirmación estricta, la unificación de algunas normas legales, las tentativas de transacción entre intereses contrapuestos, la preferencia o la discriminación del pabellón, las subvenciones directas o indirectas, las conferencias de armadores y las leyes americanas de 1916 y de 1984.

18 En el mes de octubre la Escuela de Estudios Superiores de la Marina Mercante (post grado) de Caracas, nos invitó a pronunciar una Conferencia sobre el tema "Política de Marina Mercante" (Tendencias Internacionales). Nos limitamos a exponer un panorama señalando la importancia de la navegación en el comercio exterior y las polémicas que se han suscitado sobre el tema, aclarando que nuestras reflexiones son el resultado de lo que hemos podido apreciar, en forma objetiva, frente a la contraposición de los intereses de los armadores y cargadores nacionales y extranjeros y la intervención de las autoridades a lo largo de los últimos treinta años.

RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS ENTRE LA NACIÓN Y LAS PROVINCIAS

Conferencia del académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, pronunciada en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en el acto de clausura del Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional, organizado por las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, de Ciencias Económicas y de Ciencias Morales y Políticas, el 28 de noviembre de 1991

La piedra angular y clave de la praxis del modelo jurídico político federativo es la existencia de un equilibrio entre el gobierno federal y los gobiernos estaduales o provinciales, neutralizante de la constante acción divergente de las fuerzas centrípetas y centrífugas que pugnan por prevalecer en el organismo estatal.

Con acierto observa J. A. Corry, profesor de la Queen's University, de Canadá, que "el fundamento de un sistema federal de gobierno es siempre un compromiso entre dos especies de fuerzas políticas distintas y a veces en conflicto. En primer lugar, los intereses y propósitos comunes de los distintos Estados o Provincias aisladamente. Estos intereses y propósitos solamente pueden ser protegidos presentando un frente unido; exigen una unión. En segundo término, el deseo de cada una de esas comunidades de mantener su identidad y de preservar una gran medida de independencia". Muy gráficamente, el profesor Corry agrega que "una unión federal es siempre un matrimonio de conveniencia... en el que las partes insisten en conservar separadas sus identidades y personalidades" [1].

El famoso informe Rowell-Sirois, elaborado por la comisión que en 1939 estudió en Canadá el problema de las relaciones entre el Dominio y las Provincias y en especial la situación de las Provincias pobres, afirmaba que "ni aun el mayor cuidado al determinar la división de los poderes en un esquema federal, evitará dificultades cuando la división se aplica a la variedad y la complejidad de las rela-

[1] J. A. CORRY, *The federal dilemma*, "The Canadian Journal of Economics and Political Science", Toronto, mayo 1941, p. 215.

ciones sociales. Los diferentes aspectos de la vida en una sociedad no están separados unos de otros como para hacer posible una aplicación mecánica de la división de los poderes. Es por ello que los intentos para ejercitar los poderes distribuidos por la Constitución, suscitan con frecuencia cuestiones en cuanto a su significación respecto de circunstancias particulares" [2].

Por su parte, el profesor norteamericano John E. Briggs, de la Universidad de Iowa, ocupándose de los *State rights*, o sea, de los derechos de los Estados locales en su país, señala que "el sistema de gobierno establecido por la Constitución es federal en la forma; es decir, los poderes de gobierno están divididos entre el gobierno nacional y los gobiernos de los Estados"; pero, "desde el comienzo, la determinación de la esfera exacta de actividad investida en cada uno de estos dos gobiernos, ha sido un rompecabezas para los estadistas norteamericanos" [3].

Es que las relaciones entre el gobierno central y los gobiernos locales comportan, sin duda, el problema crucial del Estado federativo. Según Woodrow Wilson —destacado constitucionalista que desempeñara la Presidencia de los Estados Unidos— él constituye el tema cardinal del sistema político norteamericano. "En cada etapa de nuestro desenvolvimiento institucional —opinaba Wilson— hemos debido encontrarnos con este problema y ninguna definición de estadistas o de jueces lo ha apaciguado o resuelto. No puede ser solucionado por el juicio de una generación, porque es de naturaleza evolutiva y cada etapa sucesiva de nuestro desarrollo político y económico plantea un nuevo aspecto, genera una nueva cuestión" [4].

El ilustre maestro de la Ciencia Política Carl J. Friedrich, en varias de sus magistrales obras, enseña que el

[2] *Report of the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations*, Ottawa, 1940, t. 1, p. 31.

[3] JOHN E. BRIGGS, *State rights*, Association of American Law Schools, *Selected essays on constitutional law*, Chicago, 1938, t. 3, p. 12.

[4] WOODROW WILSON, *Constitutional government of the United States*, p. 173.

federalismo no debe ser considerado como la denominación de un modelo estático, sino que por el contrario es el término que designa el proceso de federalización de una comunidad política [5].

Por eso, no es de extrañar que del análisis empírico se haya intentado extraer la generalización de que el federalismo no comporta —al decir de Mc. Chesney Sait— sino la etapa de un proceso en permanente marcha [6]. Consecuentemente, Friedrich sostiene que "la verdadera vitalidad del federalismo norteamericano —primer modelo en la historia del Estado Federal— es el resultado de una continua adaptación a las cambiantes circunstancias" [7].

Por el contrario, en nuestro país, en lugar de haberse operado esa sabia y continuada adaptación del federalismo a las variables condiciones, ha ocurrido una verdadera desnaturalización del modelo, a través de un lamentable proceso de perversión constitucional, que ha alcanzado límites extremos en el campo de las relaciones económicas entre la Nación y las Provincias.

K. C. Wheare, eminente profesor de la Universidad de Oxford y uno de los más empinados especialistas contemporáneos en federalismo, en su ya clásica obra *Federal Government*, ha estudiado las condiciones que necesariamente deben existir en un país para que tenga posibilidades de éxito el sistema del Estado Federal. "Las comunidades, además de desear un gobierno federal —ha escrito— deben estar en condiciones de ponerlo en práctica". Y agrega que "deben poseer las condiciones para operar el sistema que desean. El gobierno federal no resulta adecuado a menos que las comunidades interesadas posean tanto la capacidad como el deseo de constituir un gobierno general independiente y asimismo constituir gobiernos regionales independientes".

5 CARL J. FRIEDRICH, *El hombre y el gobierno: una teoría empírica de la política*, p. 635.

6 EDWARD Mc. CHESNEY SAIT, *Political institutions: a preface*, p. 374.

7 CARL J. FRIEDRICH, *Trends of federalism in theory and practice*, New York, 1968, p. 8.

Wheare atribuye particular importancia para el correcto y exitoso funcionamiento del sistema del Estado Federal, a la existencia de un equilibrio entre las distintas comunidades locales en cuanto a su riqueza, extensión territorial y población, de manera que ninguna de ellas pueda dominar a las otras. Wheare cree que una de las principales razones que han conspirado contra el funcionamiento correcto del federalismo en América Latina, reside en la debilidad económica de algunos de los Estados o Provincias miembros. "El principio general es claro —afirma—. Debe haber recursos económicos tanto para las regiones como para el gobierno general, suficientes para hacerlos financieramente independientes". En definitiva, a través del profundo y meduloso estudio que ha hecho el profesor Wheare de las condiciones necesarias para el funcionamiento eficiente del Estado Federal, surge con claridad su convencimiento de la importancia decisiva de que la autonomía política de los Estados locales o Provincias se encuentre respaldada por la posesión de recursos económicos bastantes.

La íntima e indisoluble vinculación entre la autonomía política y la correlativa autonomía económica, que necesariamente debe respaldar a aquélla, en las Provincias o Estados que integran el Estado Federal, fue claramente comprendida y tenida en cuenta desde los primeros instantes del proceso constituyente argentino.

En el Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, celebrado en Buenos Aires entre 1824 y 1827, fue considerado detenidamente el problema y las ideas que entonces expuso Dorrego, en absoluto han perdido vigencia y actualidad, pues leídas hoy a través de la versión taquigráfica de los debates del mencionado Congreso, parecieran recién escritas.

Refutando los argumentos centralizantes, que señalaban la falta de capacidad política, social, económica y hasta cultural de las Provincias para constituirse en una federación, Dorrego sostuvo que tal estado de cosas podía ser superado mediante una redistribución de los límites inter-

provinciales, de manera que si bien pudiera reducirse el número de unidades autónomas, cada una de ellas, formada por la fusión de varias, constituyera una verdadera y sólida unidad política, social, económica y cultural, capaz de ejercer una auténtica y plena autonomía dentro del concierto federativo [8]. Con razón sentenciaba Alberdi que "no hay poder donde no hay finanzas" [9]

Bien afirmaba Joaquín V. González que "no puede haber independencia política donde no hay independencia económica y financiera. El Estado sirviente, el Estado dependiente en lo económico, lo será siempre en lo político, y chocará en todo tiempo con la fuerza incontrarrestable del poder soberano y provocará los movimientos de la regresión o de la rebelión, si no se convierte en una cosa pasiva, incapaz de iniciativa y de progreso. La política económica de la República tiene que ser de fomento, de reconstrucción y de engrandecimiento de las Provincias... La más alta misión del porvenir que puede caber en mi mente de argentino, es de proveer los beneficios de la civilización por igual, en una ley de crecimiento racional y progresivo en todas las regiones de la República" [10].

Cuando en el Congreso General Constituyente de 1852-1854 se crea y organiza jurídicamente al Estado Federal Argentino, sobre la base de la unión de las Provincias, originariamente soberanas e independientes, con plenitud de poderes y recursos inherentes, planteóse el problema del sostenimiento económico del Gobierno Nacional que se instituía, a través de la delegación de una porción definida de poderes a aquél por las Provincias y la reserva por éstas del remanente, una porción indefinida de poderes, como resulta claramente del art. 104 de la Ley Suprema. "Se puede decir —escribió Alberdi— que el art. 4º de la Constitución

8 EMILIO RAVIGNANI, *Asambleas constituyentes argentinas*, Buenos Aires, 1937, sesión del 29 de setiembre de 1826, t. 3, pp. 813/814.

9 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Estudios sobre la Constitución Argentina en 1853, Obras selectas*, Buenos Aires, 1920, t. 10, p. 368.

10 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Obras completas*, Buenos Aires, 1934, t. 11, pp. 493/494.

y sus correlativos contienen la verdadera creación del poder nacional o federal... por ser la hacienda el alma de la organización y del Gobierno Nacional" [11].

En la referida oportunidad, las Provincias sacrificaron una parte importante de sus recursos propios que abonaban su soberanía económica originaria, delegándolos al Gobierno Nacional; y el renunciamiento fue tan importante que Provincias que hasta entonces eran conocidas como prósperas, se convirtieron en pobres.

Ese sacrificio económico que las Provincias consumaron en el acto constituyente, creó el ineludible deber constitucional para el Gobierno Central de garantizar la autonomía económica de los Estados miembros. De manera que paralelamente a la garantía federal de la autonomía política de las Provincias, los Constituyentes instituyeron la garantía federal de la autonomía económica de los Estados locales.

La garantía federal que, de conformidad con las normas y principios de la Constitución Nacional, el Gobierno Central está obligado a prestar a todas y cada una de las Provincias, comprende sustancialmente:

A) La garantía del derecho a la existencia integral, indestructibilidad e integridad territorial de las Provincias, inherente a su calidad de Estados originariamente soberanos e independientes, preexistentes a la Ley Suprema de la Nación (Constitución Nacional: Preámbulo, arts. 1º, 3º, 13 y concordantes).

B) La garantía de la autonomía política, a través del libre goce y ejercicio de sus instituciones por cada Provincia, bajo las condiciones que determina el art. 5º de la Constitución Nacional (Constitución: Preámbulo, arts. 5º, 6º, 67, inc. 28).

C) La garantía de la igualdad de las Provincias, manifestada en la igualdad de la representación de las Provincias en el Congreso General Constituyente de 1852-1854, a la vez que en el Senado de la Nación (Acuerdo de San Ni-

11 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Estudios sobre la Constitución Argentina en 1853, Obras selectas,* cit., t. 10, p. 368.

colás de los Arroyos: art. 5º, Constitución Nacional: arts. 7º, 8º, 46, 67, inc. 16 y concordantes); garantía que impide el establecimiento de indebidos privilegios y desigualdades en favor de una o varias Provincias y en perjuicio de otra u otras Provincias.

D) La garantía de la unión nacional y la paz interior, instrumentada en el deber del Gobierno Federal de asegurar y mantener la armonía, concordia, el respeto recíproco, la solidaridad, la cooperación y la cortesía institucional entre las Provincias y entre éstas y el Gobierno central; a la vez que la prohibición impuesta a los Estados locales de declarar y hacer la guerra a otra Provincia, con la calificación constitucional expresa de que sus hostilidades de hecho son actos de guerra civil, que tipifican sedición o asonada, que el Gobierno Federal debe sofocar y reprimir conforme con la ley (Constitución Nacional: Preámbulo, art. 109).

Esta garantía comporta:

1) La obligación de las Provincias de mantener las relaciones entre ellas en un plano de armonía, concordia, respeto recíproco, solidaridad, cooperación y cortesía institucional, y nunca como Estados rivales o competitivos y menos enemigos, sino como integrantes de una grande y unida familia nacional, en la cual no pueden existir hijos y entenados, sobre la base de que tampoco puede haber intereses encontrados y de que la Constitución Nacional creó e impone la unidad económica de la Nación.

2) La prohibición impuesta a las Provincias de realizar vías de hecho o actos de guerra, en un sentido amplio y comprensivo, que incluye la lucha económica entre los Estados locales, así como el establecimiento de trabas a la circulación territorial o la creación de indebidos privilegios y desigualdades.

3) La obligación ineludible de las Provincias de someter sus eventuales conflictos a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el correlativo deber del Alto Tribunal de dirimir dichos conflictos, con un elevado sentido institucional inspirado en la salvaguarda del princi-

pio federativo, a la vez que en el mantenimiento de la unión nacional y la paz interior, dentro de amplísimos márgenes y con un criterio de razonabilidad y equidad y, desde luego, respetando el art. 105 de la Constitución, que determina que las Provincias "se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, legisladores y demás funcionarios de Provincia, sin intervención del Gobierno Federal".

4) El deber del Gobierno Federal, llegado el caso, de sofocar o reprimir, conforme con la ley, las hostilidades de hecho o la guerra entre las Provincias (Constitución Nacional: Preámbulo, arts. 9º, 10, 11, 12, 109 y concordantes).

E) La garantía de la autonomía y el desarrollo económico de las Provincias, instrumentada por:

1) El deber del Gobierno Nacional de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias y de promover el bienestar general, en concurrencia con facultades similares de las Provincias (Constitución Nacional: Preámbulo, arts. 67, inc. 16 y 107).

2) La ayuda federal, mediante subsidios del Tesoro Nacional, que el Congreso está obligado a conceder a las Provincias que los necesiten (Constitución Nacional: art. 67, inc. 8º).

La cláusula del inciso 16 del art. 67 de la Ley Suprema es original de la Constitución Argentina, no existiendo en el modelo de los Estados Unidos un precepto similar. Como advierte González Calderón, esa fórmula "fue propiciada por Alberdi, el cual, a su vez, la tomó en gran parte de un proyecto de Constitución para Chile de 1826. «Asignar al Congreso de la Confederación la facultad de proveer a todo lo que interesa a la seguridad y engrandecimiento de la República en general —decía Alberdi en sus *Bases*— es hacer del orden interior y exterior uno de los grandes fines de la Constitución y del engrandecimiento y prosperidad otros de igual rango». El único medio para obtener la paz entre las Provincias y entre la Nación y las potencias extranjeras; el único adecuado para realizar las

grandes obras públicas, vías de comunicación necesarias al comercio y al crecimiento de la población, el único medio para lograr todos esos propósitos, debía ser, según Alberdi, «el encargar de la vigilancia, dirección y fomento de esos intereses al gobierno general de la Confederación, y consolidar en un solo cuerpo de Nación las fuerzas dispersas del país, en interés de los grandes y comunes fines» " [12].

En el Preámbulo de su Proyecto de Constitución, Alberdi establecía como uno de los propósitos fundamentales de ésta "reglar las garantías públicas de orden interior, de seguridad exterior y de progreso material e inteligente, por el aumento y mejora de la población, por la construcción de grandes vías de transporte, por la navegación libre de los ríos, por las franquicias dadas a la industria y al comercio, y por el fomento de la educación popular" [13].

"Según esto —explicaba el Padre de la Constitución— la población de la República Argentina, hoy desierta y solitaria, debe ser el grande y primordial fin de su Constitución. Ella debe garantizar la ejecución de todos los medios de obtener ese vital resultado. Yo llamaré estos medios garantías públicas de progreso y de engrandecimiento. En este punto la Constitución no debe limitarse a promesas; debe dar garantías de ejecución y realidad." [14]

Alberdi dedicaba el capítulo IV de la Primera Parte de su Proyecto de Constitución, a las que llamaba "garantías públicas de orden y de progreso", y en la nota correspondiente expresaba que "al lado de las garantías de libertad, nuestras constituciones deben traer las garantías de orden; al lado de las garantías individuales, que eran todo el fin constitucional en la primera época de la Revolución, las garantías públicas, que son el gran fin de nuestra época, porque sin ellas no pueden existir las otras. Me he permitido llamar garantías de progreso a las instituciones fun-

12 JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1931, 3ª ed., t. 3, § 1263, pp. 178/179.

13 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras Selectas*, cit., t. 10, p. 270.

14 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Obras selectas*, cit., t. 10, p. 113.

damentales que con el tiempo deben salvar las garantías privadas y públicas, educando en el orden y la libertad" [15].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Ferrocarril Central Argentino v. Provincia de Santa Fe*, decidió en 1897, que "si se estudian los términos del inc. 16 del art. 67, se verá que la Constitución encarga al Gobierno General promover todo lo concerniente al adelanto y al bienestar de todas las Provincias. Este encargo está dado a la Nación porque los Constituyentes comprendieron que tratándose de un país con tan vasta extensión territorial, los elementos aislados de cada Provincia no podían bastar al desarrollo de las propias riquezas y quisieron que fuera la Nación la que, por medio de estímulos a la industria, a la inmigración, a la construcción de ferrocarriles y canales, a la introducción de capitales extranjeros, etc., fomentáse el desarrollo de la riqueza y del progreso de todas las Provincias, sin perjuicio de las facultades concurrentes que a ellas reconoce el art. 107 de la Constitución" [16].

Analizando el inciso 16 del artículo 67 de la Constitución Nacional, Joaquín V. González afirmaba que "los fines son generales, la prosperidad y bienestar de la Nación; y especiales, o sea los medios de impulsar los anteriores, como la industria, la inmigración, la colonización, construcción de ferrocarriles, canales, telégrafos, bancos y demás elementos del progreso y la riqueza modernos, porque significan la realidad concreta del bienestar de los pueblos. Se ha propuesto también estos objetos en favor de todas las Provincias, para que mediante la concurrencia de los recursos naturales, distribuidos con equidad entre ellas, pudiesen más pronto adquirir la capacidad material de Estado con propio gobierno, acelerando su organización y régimen interior, y para que al Congreso no se le pudiese negar en tiempo alguno el derecho de legislar sobre obras, empresas o fundaciones de utilidad pública dentro de las Provincias.

15 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras selectas*, cit., t. 10, pp. 278/279.
16 "Fallos".

Por último, este poder de llevar la ayuda nacional a todas ellas tenía la inmensa importancia, comprobada por el tiempo, de que consolidaría la paz interior, la unión de todas las Provincias, para la grandeza conjunta de la Nación. El Congreso es, por lo tanto, con todos sus poderes constitucionales, el vínculo más fuerte de la unión constitutiva de la república federal" [17].

En la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación celebrada el 31 de julio de 1899, Joaquín V. González dijo que "es, por tanto, de buena política constitucional, atender por todos los medios al alcance del Congreso, consultando todas las circunstancias económicas del país y las muy especiales del Tesoro de la Nación, a que las Provincias se pongan en camino de desarrollar su propia existencia y que la Nación tenga criterio más acertado, más prolífico, diré la palabra, para invertir sus recursos dentro de las Provincias, que las obras públicas sean calculadas para hacer reproducir el suelo, para que ese beneficio se convierta en una fuerza propia, en una fuerza viva del porvenir. Y, muy lejos por lo tanto, de creer yo un peligro para las autonomías provinciales, que el Congreso invierta o derrame los beneficios de su magnificencia dentro de su territorio; creo, al contrario, que ese es el *principio de su prosperidad*, que es precisamente el principio de la prosperidad que nuestros Constituyentes establecieron en todas sus disposiciones; ese es el objeto expreso y general de la Constitución. Mientras las Provincias sean pobres y deban atenerse a sus propias fuerzas, es tal el cúmulo de las influencias económicas modernas, que por mucho que hayan progresado algunas de ellas, como la misma Provincia de Buenos Aires, a quien reconocemos iniciadora de casi todos los adelantos del país; mientras las Provincias no desarrollen su propia vida con el auxilio general y con los recursos propios, estarán siempre en la condición, tristísima por cierto" [18].

Oyhanarte alude a "la *policía de prosperidad* del art.

17 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1959, § 439, p. 444.

18 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Obras completas*, cit., t. 5, pp. 79/80.

67, inc. 16, que constituye o debería constituir —a su juicio— la cláusula jurídica más significativa de la hora actual". Y señala que "en rigor, no se trata de una potestad nueva, no obstante lo cual lo menciono aquí porque tiene un alcance que la convierte en precepto-clave, en guía de la interpretación y en fundamento de otras potestades de gestación reciente". Alude asimismo a la línea jurisprudencial que trae la sentencia de la Corte Suprema pronunciada en el caso *Fernández Orquín*, dictada en 1966, que establece que es empresa propia del Estado contribuir al establecimiento de "bases eficientes para el crecimiento y la expansión económica integral" [19].

Lamentablemente, en la praxis constitucional, la institución de los subsidios del Tesoro Nacional a las Provincias, que originariamente fuera concebida por los Constituyentes como un remedio extraordinario para situaciones límites de emergencia, fue desnaturalizada, convirtiéndose en un recurso ordinario para cubrir las consecuencias de la defectuosa administración de sus recursos propios por las Provincias.

El régimen económico institucional establecido por la Constitución para garantizar la autonomía económica de las Provincias, en manera alguna puede ser interpretado para crear una dependencia económica de estas últimas con relación al Gobierno central, ya que si bien obliga al Congreso a subsidiarlas cuando sus recursos no alcancen a cubrir sus gastos ordinarios, este remedio únicamente procede en casos extremos que no deberían ser frecuentes, ya que el propósito de los Constituyentes ha sido que los Estados locales se basten a sí mismos, dentro de un sistema de equilibrio en sus relaciones con el Estado Nacional y de ellos entre sí; orientado a lograr su pleno desarrollo y, con él, su adelanto y bienestar y por ende la prosperidad del país, a través de una autonomía económica que sea base sólida de su autonomía política.

[19] JULIO OYHANARTE, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, 1969, pp. 33-36; "Fallos", t. 264, p. 416.

Gorostiaga, el insigne arquitecto y redactor por excelencia de la Constitución de 1853, estimaba, como lo señala con acierto Vanossi, "que no se trataba de un deber impuesto al Congreso sino una atribución o facultad que la Constitución le confería". Y recuerda que Gorostiaga, realizando una verdadera interpretación auténtica de la norma constitucional, como diputado, en 1862, afirmaba "si en una época pacífica y normal, hubiese Provincias que vinieran anualmente al Congreso en demanda de subsidios. creo que no debía acordárselos. La soberanía de las Provincias es esencial en el sistema de Gobierno trazado en la Constitución. La subvención concluiría por subordinarlas al Gobierno Nacional, y comprometería su independencia interior. Sería preferible que la Provincia cuyos gastos normales no puedan cubrirse con el producto regular de los impuestos, se anexase a otra, o se declarase territorio sujeto a la exclusíva jurisdicción del Gobierno Nacional" [20].

Sin duda, Gorostiaga tenía en su mente la idea que expusiera Dorrego en el Congreso General Constituyente de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1824-1827, celebrado en Buenos Aires, a la cual nos referimos hace unos instantes.

Ha quebrantado el ajustado mecanismo de la garantía federal de la autonomía política y de la autonomía económica de las Provincias, instituida por la Ley Suprema de la República, afectando hasta en sus mismos cimientos el sistema federativo del país, el paulatino pero firme e ininterrumpido avance del Gobierno central en el ámbito de gobierno propio reservado por las Provincias en el acto constituyente, a través de un complejo y pernicioso proceso sociológico-político-económico de centralización, que ha ido acelerando su ritmo, favorecido aun más todavía por los frecuentes y prolongados intervalos de facto que ha sufrido la Nación, durante los cuales las Provincias, gobernadas por

20 JORGE REINALDO VANOSSI, *La influencia de Juan Benjamín Gorostiaga en la Constitución Argentina y en su jurisprudencia*, Buenos Aires, 1970, pp. 72/73, "Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación" 1862, p. 222.

comisionados directos de la autoridad de hecho nacional, quedaron reducidas a simples unidades administrativas dependientes de la voluntad del poder central.

Baste citar como uno de los tantos ejemplos de incumplimiento de la garantía federal de la autonomía económica provincial, la desidia para poblar las Provincias patagónicas a través de un plan orgánico y de fondo, en función del precitado inciso 16 del artículo 67 de la Constitución, de claras implicancias geopolíticas, que complemente y desarrolle el actual sistema económico de esa vasta porción del territorio argentino, por el aprovechamiento de los grandes lagos y caudalosos ríos para obras de irrigación que transformarían esa inmensa y desértica región en una de las más fértiles y productivas de la República, capaz de afincar y dar trabajo a muchos millones de habitantes, como lo propusiera, sobre la base de serios estudios el General Sarobe en su notable libro de los años 40: *La Patagonia y sus problemas.*

Por medio del sistema de leyes-contratos —o sea, actos del Congreso Nacional que establecen el régimen, al cual adhieren las legislaturas provinciales, sin poder, en el hecho, obtener modificación alguna— se creó en nuestro país la coparticipación nacional—provincial de numerosas contribuciones que, de acuerdo con la distribución de los poderes impositivos estatuida por la Constitución Nacional, corresponden a las Provincias.

De este modo operóse en el país la indebida penetración del Gobierno Federal en el reducto institucional de la autonomía provincial.

En el análisis del agudo proceso de centralización y correlativo debilitamiento del federalismo argentino, debe merecer particular atención el capítulo de la coparticipación fiscal que, por otra parte, proporcionó al Gobierno Central la eficaz arma del torniquete federal para dominar las rebeldías provinciales. Este sistema, iniciado en 1934, con los impuestos internos, fue incorporando nuevos tributos, hasta comprender hoy la casi totalidad de los recursos fiscales de los Estados locales.

Esa ya de por sí inconstitucional delegación que por medio de leyes-contratos han hecho las Provincias al Gobierno Federal de sus poderes impositivos, ha venido además a desquiciar la esencia misma del sistema económico-financiero del Estado Federal argentino echando por tierra el histórico principio de que no hay impuesto sin representación, al eliminar el derecho del contribuyente a controlar a quien recauda el tributo.

Corresponde señalar que el derecho de propiedad que tienen constitucionalmente las Provincias sobre sus recursos naturales por no haberlo delegado, entre otros los yacimientos de hidrocarburos, ha sido desconocido por el Gobierno Federal, otorgando, en cambio de la disposición por él de los mismos, contradictorias e inequitativas regalías pagadas generalmente con gran demora.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que a menudo los gobiernos provinciales no administran con la debida prudencia los recursos con que cuentan, incurriendo en el desequilibrio en la relación entre sus ingresos y sus gastos. Factor importante y frecuente de que sus cuentas no cierren es la tremenda hipertrofia del empleo público, ocasionada muchas veces por el propósito de suplir fuentes de trabajo genuinas en el ámbito privado y no pocas veces para captar votos.

De todos modos, el mejor plan del Gobierno central para promover el desarrollo de las Provincias fracasará si éstas no corrigen la mala administración de sus fondos.

Cabe agregar que en este confuso panorama de las relaciones económicas, tanto el Gobierno central como los gobiernos provinciales mantienen recíprocas acusaciones acerca de quién debe a quién y cuáles serían los montos de las respectivas deudas.

Consagrando en su letra como en su espíritu, la concepción de la Constitución equilibrada y la separación de los poderes, que inspiró la doctrina constitucional de Mayo, la Constitución Nacional de 1853-1860, al adoptar la forma representativa republicana federal como sistema político del

Estado que creaba y organizaba, erigió como columna vertebral a tan fundamental principio en su doble proyección funcional y territorial.

Es así que, integrando la distribución de las funciones estatales en el plano vertical, constituye elemento esencial del mecanismo, el equilibrio institucional que debe existir en las relaciones no sólo entre el Gobierno central y los Gobiernos provinciales, sino también en las relaciones de las Provincias entre sí, sobre la base de la igualdad e indestructibilidad de las Provincias, el recíproco respeto, la solidaridad, la armonía, la cooperación y la cortesía institucional, que deben mantener en su mutuo comportamiento, orientados siempre a la consecución de las altas finalidades constitucionales de la unión nacional, la paz interior, el bienestar general, el adelanto y bienestar de todas las Provincias y la prosperidad del país, dentro del marco de la libertad y la justicia.

Como puntualizaba Alberdi, en su clásico libro *Derecho público provincial argentino,* "el Gobierno General no es un gobierno ajeno de las Provincias; es un gobierno tan peculiar y propio de las Provincias como el local de cada una. Lo que hay es que lo forman todas juntas, en lugar que el otro es obra aislada de cada una. Entre los dos se completan y los dos forman el poder íntegro y total del pueblo de las Provincias argentinas" [21].

El informe de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso General Constituyente de 1852-1854 —que elaboró el proyecto de Ley Suprema que luego aprobaría el plenario del Congreso y que es elemento indispensable para interpretar el sistema constitucional— se refería a las Provincias diciendo que "estas soberanías independientes son sin embargo miembros de una misma familia" [22].

Las Provincias —como "miembros de una misma familia", según la feliz expresión de los Constituyentes— en la

21 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Dercho público provincial argntino, Obras selectas,* cit., t. 11, p. 178.

22 *Convención Nacional de 1898 y antecedentes,* Buenos Aires, 1898, p. 264.

dinámica del Estado Federal Argentino integran, en sus relaciones recíprocas, un equilibrio similar y equivalente al que debe imperar en sus relaciones con el Gobierno central. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "con arreglo al inciso 14 del art. 67 de la Constitución, corresponde al Congreso fijar los límites de las Provincias, porque en esa fijación de carácter político, están interesadas no solamente las Provincias colindantes sino también la Nación y el mantenimiento del justo equilibrio que debe existir entre aquéllas en garantía del sistema federal de gobierno que rige" [23]

También ha establecido el Alto Tribunal que "por importantes y respetables que sean las facultades conservadas por las Provincias, no alcanzan a sustentar la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de los demás Estados autónomos y de la Nación misma, ni permiten el aislamiento y la segregación de ellos, en la empresa de su realización conjunta. La necesaria subsistencia y la debida preservación de la autonomía estatal y el carácter indestructible de las Provincias, no puede ser obstáculo a la unidad nacional, también indestructible" [24].

Como dijera Mitre, "cuando en una nación unas Provincias son hijas y otras hijastras; cuando no hay intereses comunes y solidarios, no existe el principio conservador de las sociedades políticas que prolonga la vida de los pueblos en los tiempos" [25].

En el caso *Talbot v. Jansen*, resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1795, el Chief Justice John Rutledge, expresando la opinión del Alto Tribunal, dijo que "nosotros tenemos soberanías que actúan dentro de una soberanía. Por consiguiente, existe en el sistema una complejidad y una dificultad que exigen una mirada penetrante para observar y, con mesura y maestría, mantenerlas al unísono y en orden. Una ligera colisión puede perturbar la ar-

23 "Fallos", t. 114, p. 426.
24 "Fallos", t. 257, p. 172.
25 BARTOLOMÉ MITRE, *Arengas*, p. 681.

monía de las partes y poner en peligro el mecanismo del conjunto". Sabias y prudentes palabras que siempre deberían ser tenidas en cuenta en el análisis y la interpretación de los principios constitucionales relativos al sistema federal.

Coincidentemente, el Justice Murphy, del más elevado tribunal norteamericano, expresó que "derivamos nuestra fortaleza como nación de nuestro sistema dual de gobierno federativo. Para promover el funcionamiento armonioso de ese sistema, las cláusulas generales de la Constitución que delimitan ampliamente los límites de los poderes estaduales y nacionales, deben ser interpretadas evaluando los respectivos intereses estaduales y nacionales comprometidos y encontrando un equilibrio que reconozca adecuadamente las legítimas conveniencias de cada gobierno" [26].

En el ya citado anteriormente informe Rowell-Sirois —que yo analizara hace justamente cincuenta años, en mi trabajo titulado *El informe Rowell-Sirois y el problema de las Provincias pobres en Canadá*— transcribía la siguiente consideración final de los investigadores canadienses: "La Comisión considera que sus proposiciones no son centralizantes ni descentralizantes en su efecto combinado, sino entiende que ellas conducen a un sano equilibrio entre esas dos tendencias; que es la esencia de un genuino sistema federal y, por consiguiente, la base sobre la cual la unidad nacional puede descansar más seguramente" [27].

Al considerarse en el Senado de la Nación, el 24 de setiembre de 1918, la aprobación del censo de la población de la República practicado el 1º de junio de 1914, Joaquín V. González presentó un proyecto en disidencia, que resultó aprobado, por el cual una comisión especial de cinco senadores tomaría a su cargo el estudio del problema de la distribución de los diputados con arreglo a los resultados de dicho censo, a cuyo efecto practicaría en nombre y con

26 Citado por SAMUEL P. WEAVER, *Constitutional law and its administration*, cabeza del capítulo IX, p. 103.

27 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *El informe Rowell-Sirois y el problema institucional de las provincias pobres en el Dominio de Canadá*, Buenos Aires, 1941, p. 13.

los poderes del Senado, una investigación que le permitiera conocer el estado económico y financiero de cada una de las Provincias.

Al fundamentar su iniciativa, González sostuvo que debía acompañarse a la fórmula distributiva de la representación, "un plan de legislación protectora y alentadora de los futuros destinos de todas las Provincias", que "las habilitará para colocarse en condiciones de lucha en el terreno legítimo de la competencia económica y de la fuerza social propia de todo organismo federativo, al mismo tiempo que mi proyecto les ofrece, junto con la desigualdad legislativa, compensar su desesperanza con la promesa de compensaciones convenientes".

Agregaba el ilustre constitucionalista y hombre de Estado que "es necesario, señor Presidente, que ese proyecto venga acompañado de algunas disposiciones complementarias que propongan soluciones a los más importantes problemas de la vida de las Provincias, cuyo porvenir e integridad política la mayoría de los miembros de esta Cámara creen comprometidos en el proyecto de distribución que se discute. Así, pues, junto con la ley que distribuye la representación, deben tenerse en cuenta fórmulas y disposiciones que permitan a las Provincias entrever la seguridad de cambios progresivos en su situación actual, que permitan pensar que algún día han de salir del estado de regresión y estancamiento en que se encuentran colocadas. Que se revise sus condiciones económicas e industriales, que se estudie sus aptitudes para la producción fabril, agrícola e industrial en general, y se piense en este otro problema, siempre contemplado por los hombres públicos: el de la situación de dependencia financiera y económica en que esas Provincias se encuentran respecto de la Nación, lo que hace que todos los problemas políticos que se refieren a la organización fallen por falta de la base real de la independencia y soberanía de los Estados, porque no puede haber independencia política donde no hay independencia económica y financiera. El Estado sirviente, el Estado dependiente en lo

económico, lo será siempre en lo político, y chocará en todo tiempo con la fuerza incontrarrestable del poder supremo y provocará los movimientos de la regresión o de la rebelión, si no se convierte en una cosa pasiva, incapaz de iniciativa y de progreso".

Afirmaba el insigne autor de *Mis Montañas* que "la política económica de la República tiene que ser de fomento, de reconstrucción y de engrandecimiento de las Provincias. Esta es la alta trascendencia que doy, señor Presidente, a este pensamiento, el cual no obedece a ningún propósito estrecho, ni de simple prurito de discusión, ni de debate caprichoso, ni de lujo de erudición, pues estos pensamientos empequeñecen las grandes cuestiones, sino —como ya lo he dicho hasta el exceso— la más alta visión del porvenir que puede caber en mi mente de argentino, de proveer los beneficios de la civilización por igual, en una ley de crecimiento racional y progresivo en todas las regiones de la República" [28].

El correcto funcionamiento del proceso federativo en nuestro país no requiere la reforma de la Constitución Nacional, sino por lo contrario y tan sólo, el fiel complimiento del sistema sabiamente instituido por ella, con el efectivo ejercicio de la garantía federal de la autonomía económica de las Provincias, sin la cual mal puede existir la correlativa autonomía política, dentro del mecanismo constitucional que asegura el justo y armonioso equilibrio en las relaciones de la Nación con las Provincias y de éstas entre sí.

Para ello, debe eliminarse el artificioso e inequitativo andamiaje de la coparticipación federal, con la restitución a las Provincias de sus legítimos poderes económicos y financieros inconstitucionalmente delegados al Gobierno central, así como el reconocimiento de la propiedad de las Provincias sobre sus recursos naturales, sobre la base de una adecuada administración de sus respectivos fondos por parte del Gobierno nacional y de los Gobiernos provinciales, cumpliendo unos y otros con sus respectivos deberes

[28] JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Obras completas*, cit. t. 11, pp. 492/494.

constitucionales, encaminados al pleno desarrollo y prosperidad de las Provincias, y por ende de la Nación y sus habitantes.

Por su parte, el Congreso debe poner en plena ejecución la *policía de prosperidad*, cumpliendo con la fundamental obligación que le impone el art. 67, inc. 16 de la Ley Suprema, en armoniosa y eficiente concurrencia con los poderes reservados por las Provincias en el art. 107 de la Carta Fundamental, para así, de consuno y recíproca colaboración, lograr el desarrollo y engrandecimiento de la Nación Argentina toda y con ello el bienestar general de los habitantes.

Es presupuesto indispensable para que pueda existir en la realidad el equilibrio institucional —condición esencial del Gobierno republicano a la vez que del Estado federativo—, que las distintas autoridades estatales en las que se han distribuido las funciones gubernativas, tanto a nivel funcional como en el orden territorial, encuadren su desempeño estrictamente dentro del marco que la Ley Suprema del país les fija a sus respectivas competencias. Bien afirmaba Joaquín V. González, que "el verdadero equilibrio y la paz laboriosa entre los poderes permanentes del Gobierno, reposan en la observancia leal de las recíprocas atribuciones y limitaciones que a cada poder ha señalado la Constitución, de manera que cada transgresión se traduce en una usurpación" [29].

Con acierto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "únicamente la respetuosa observancia del Estado de Derecho, en cuanto supone un Estado cuyas potestades son limitadas y se hallan sujetas al deslinde de competencias fijadas por la Constitución, garantiza una estabilidad calculable de las relaciones entre gobernantes y gobernados" [30]; agregando, por nuestra parte, así como de las relaciones de las Provincias y la Nación y de las Provincias entre sí.

29 JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Obras completas*, cit., t. 5, p. 319.
30 "Fallos", t. 248, p. 322.

V

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

CORRESPONDENCIA ALBERDIANA

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer

Las cartas de los protagonistas de un proceso histórico revelan espontáneamente y con mayor nitidez que los tratados doctrinarios, los resortes que los impulsaban, la naturaleza y la corriente de los sucesos.

Pero si se ha reconocido la importancia de esos documentos como muestran las variadas colecciones epistolares, que se han publicado en América y más en Europa, acompañadas a veces por nutridas notas ilustrativas, no se ha examinado con la misma atención las cartas dirigidas a esos personajes, a pesar de su importancia puesto que completan el diálogo.

Por ese motivo, después de publicar hace bastantes años las cartas dirigidas por Juan Bautista Alberdi a Juan María Gutiérrez y a Félix Frías, he creído conveniente comentar, en este primer capítulo, algunas de las cartas particularmente significativas, que le fueron dirigidas a Alberdi y me fueron facilitadas generosamente por Edmundo Correas, Luis Peña y Eugenio Sanz [1].

Las cartas del exilio, que para Alberdi se prolongó prácticamente de 1843 a 1880, tienen un auténtico valor porque descubren el estado de ánimo de los protagonistas en unos años turbulentos, los entresijos de su vida íntima y el enlace de los factores culturales y económicos, en la infle-

1 JORGE M. MAYER y ERNESTO A. MARTÍNEZ, *Cartas inéditas de Juan María Gutiérrez a Félix Frías*, 1953.

xible lucha que afrontaron por la libertad y el progreso de la Patria.

Muestran además el salto que elevó al país después de 1852, a pesar de las recidivas rosistas, hasta llegar al milagro de 1880.

Alberdi arribó, en el "Benjamin Hort", a Valparaíso el 15 de abril de 1844. La población reclinada en el fondo de la bahía entre las sierras azafranadas y el mar, lindaba al norte en el castillo del Barón y al sur en el barrio de la Polanca. A un costado se veía la Iglesia Matriz y la plaza de la Municipalidad, allí paraban las diligencias que abrían el trayecto a Santiago y arrancaba el Almendral, una ancha avenida arbolada que era su principal paseo [2].

El tráfico era vivaz y opulento, ingleses, yankis y alemanes administraban las casas de comercio más acreditadas. Era el gran emporio del Pacífico, había visto arribar los galeones de los Virreyes, las galeras de Francis Drake, Thomas Cavendish, Richard Hawkins y partir las escuadras de Cochrane y Blanco Encalada rumbo a Lima.

Después de la renuncia del General Bernardo O'Higgins el 26 de enero de 1823, el General Ramón Fryre ocupó la presidencia y al renunciar éste pasó a gobernar el General Francisco Antonio Pinto. Una nueva revolución en 1829 llevó a la presidencia al General Joaquín Prieto. La antigua división entre los partidarios del General O'Higgins y los partidarios de los hermanos Carrera se desvaneció y surgieron dos partidos, el liberal o pipiolo y el conservador o pelucón.

Al terminar el período presidencial el General Prieto, ascendió en 1841 el General Manuel Bulnes, sobrino suyo y casado con una hija del General Pinto, que ocuparía la presidencia hasta el año 1851 [3]. El régimen conservador dirigido por el núcleo superior de altos militares, sacerdotes, universitarios y comerciantes formaban una casta social em-

2 JORGE M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, t. I, 1973, 388.

3 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Biografía del General Don Manuel Bulnes, Presidente de la República de Chile*, 1846; *O. C.*, t. II, 1886, 413.

prendedora y culta. Chile y el Imperio de los Braganza disfrutaban entonces de los mejores gobiernos en Sudamérica.

El número de los exiliados argentinos era considerable, los restos del ejército del General Lavalle habían salvado la Cordillera por las mesetas del norte, los fugitivos del ejército del General La Madrid por los boquetes de San Juan, otros habían cruzado el Océano desde Montevideo y el Janeiro.

En Santiago la capital administrativa, en Valparaíso el centro comercial y en Copiapó el centro minero se asilaban más de 30 mil argentinos. Formaban la provincia insigne y flotante de los exiliados. Los Generales Las Heras, Pedernera y Paunero, familias enteras, los Rodríquez Peña, los Ocampo, los Villanueva, Félix Frías, Domingo de Oro, Martín Zapata, Mariano Fragueiro, Gregorio Gómez, Vicente F. López, Sarmiento, Facundo Zuviría, Santiago Viola, Guillermo Billinghurst, Enrique Rodríguez, José Cayetano Borbón, Mariano Sarratea, Carlos Lamarca, Pedro Garmendia y el General Peñaloza ¡a pie!

En Santiago y en Valparaíso los exiliados ocupaban las más diversas posiciones, periodistas, médicos, abogados, barraqueros, profesores de francés o de historia, gerentes de las casas de comercio o de los Bancos de Agustín Edwards y J. Ramón Ossa. Otros subieron hasta las minas del Chañarcillo y Tres Puntas y entre privaciones y orgías algunos hicieron fortunas colosales.

Las relaciones entre argentinos y chilenos eran estrechas, los tres últimos presidentes habían casado con argentinas. El General Prieto con una porteña Manuela Warnes, el General Francisco Antonio Pinto había residido en Tucumán con el rango de Coronel en el ejército del General Belgrano. Allí había casado con Luisa Garmendia y allí nació su hija mayor Enriqueta después mujer del General Bulnes.

Era el fraternal refugio de la inteligencia argentina, expulsada de las orillas del Plata "nada de educación brillante", fue el Chile de los tristes días y de las dulces noches.

A los pocos días de su llegada Alberdi recibió una carta, que le dirigió Antonino Aberastain, el 3 de junio de 1844 desde Copiapó.

Éste era un sanjuanino (1810-1861) descendiente de una vieja familia provinciana. Educado en el Colegio de Ciencias Morales, se graduó de abogado en Buenos Aires en 1832. Sumamente culto, se afilió a la Joven Argentina y colaboró con Sarmiento en la redacción de "El Zonda". El Gobernador Nazario Benavídez lo nombró Juez en la Provincia de San Juan el año 1836 y fue Ministro del Gobernador Demetrio Puch en Salta en 1840. Emigró a Chile para regresar después de Caseros en 1852. El General Urquiza le ofreció el cargo de Juez de la Corte Suprema que no llegó a constituirse por la sedición porteña. Al regresar a la Provincia de San Juan fue encarcelado por el General José Antonio Virasoro y después de la revolución que depuso a éste el 16 de noviembre de 1860, la Legislatura lo designó Gobernador el 29 de diciembre. Quiso resistir la intervención federal encabezada por el Coronel Juan Saa y fue vencido en la batalla de la Rinconada del Pocito el 11 de enero de 1861 y fusilado al día siguiente en "Los Álamos de Barboza" [4].

En su carta Aberastain le reiteraba a Alberdi las protestas de una vieja amistad y se ponía a su disposición. Celebraba que hubiera elegido para asilo Chile, porque era el país sudamericano donde el orden estaba mejor cimentado y "el progreso hacía cada día más progresos". No creía que Valparaíso fuese el mejor teatro para ejercer la profesión de abogado, aunque era la ciudad más agradable de Chile. Por su parte se ocupaba en Copiapó de negocios mineros y del arrendamiento de una hacienda. Pero le asediaban tristes recuerdos, había asistido al lecho de muerte de uno de sus amigos comunes y la cabeza de otro había rodado a pocas leguas de distancia de donde se encontraba.

[4] SARMIENTO, *El Dr. Antonino Aberastain y la Revolución de San Juan*, *O. C.*, t. XLV, 15.

Los lazos de la familia Aráoz le abrieron a Alberdi las puertas y le dieron un valiosísimo apoyo. La esposa del Presidente Bulnes, Enriqueta Pinto Garmendia relacionada "a la mía obtuve de su parte una acogida generosa de la que me honro hasta hoy". Colocado en el más alto nivel se sintió en su casa en "el feo, rancio pero agradabilísimo Santiago".

La señora de Bulnes le envió una esquela el 30 de julio de 1849 invitándolo a concurrir a una ceremonia, que debía celebrarse al día siguiente en el puente de Maipo, "como cuento con Ud. para esta partida, le espero mañana a las 9, en mi carruaje tendrá Ud. un asiento".

Después de la victoria de Caseros, la publicación de *Las Bases* y la "maldita" insurrección del 11 de septiembre, el General Francisco Antonio Pinto le exponía desde Santiago el 11 de octubre de 1852 su opinión sobre los sucesos.

> "Felicito a Ud. por la marcha sensata, firme y atinada del General Urquiza, de quien hay motivos poderosos para esperar que tendrá la gloria de constituir su país. Hubo días infaustos que hicieron temer un desquicio general, pero su firmeza salvó el orden amenazado y dio mayor vigor a sus planes de Constitución.
>
> Aunque se halle Ud. colocado a 300 leguas de la escena que va a dar nacimiento y vida a la República Argentina, muy ciego será el que no vea el luminoso faro que han presentado al General y a los legisladores las oportunas publicaciones de Ud. y el buen sentido de él, en aprovecharse de su luz, para imprimir a sus grandes medidas de reorganización los sabios consejos de Ud., fuera de los cuales no hay salud para esos países.
>
> Ud. ha trabajado los planos y el dibujo de la grande obra, y el General Urquiza tendrá el mérito de su construcción."

Su relación con el General Pinto fue siempre estrecha. Al saber que Alberdi había sido designado representante

diplomático de la Confederación en Europa, el General le escribía desde Santiago el 2 de septiembre de 1854:

"Mi buen amigo: He sabido que Ud. piensa marchar a Europa dentro de poco tiempo y como tengo mi dosis de egoísmo, confieso a Ud. que lo siento; así porque se aleja un amigo que he querido antes que él me conociera, como también porque va a perder mi país uno de sus ornamentos que tanto le honran en el interior como en el exterior. Conozco que su salud, su inteligencia y su Patria van a ganar inmensamente con este viaje; pero hay en la vida tantas cosas, cuya conveniencia y utilidad son evidentes e incontestables y sin embargo siente uno que se hagan, conociendo que deben hacerse; y en ese número considero su partida; porque me parece que no volverá Ud. más a Chile. Preocupado con ese pensamiento, hágase Ud. cargo si me será grato felicitarle por su viaje. Con Luisa tenemos largas conversaciones sobre el mismo asunto y por cualquier lado que lo consideremos lo encontramos conveniente, necesario y eminentemente provechoso a su Patria. Y esa consideración suaviza el aspecto desconsolante con que mira así a nosotros.

Recibí su libro sobre la Constitución de Buenos Aires y en lo poco que he alcanzado a leerle veo la misma lógica incisiva de todos sus escritos, cuando el corazón y la cabeza dirigen su pluma, cuando la gloria y el porvenir de su Patria le hacen hablar".

Ya próximo a embarcarse Alberdi, en el vapor "Lima", con destino a los puertos intermedios, Panamá y Nueva York, el General Pinto desde Santiago en una carta del 30 de marzo de 1855, realzaba los servicios que había prestado a la organización institucional de la Confederación.

"Mi querido amigo: Acabo de recibir su fina carta de despedida, y la consideración de que la navegación va

a robustecer su salud, es lo único que atenúa mis sentimientos. Los servicios que Ud. ha prestado a su Patria desde Valparaíso son mayores, más oportunos y fructíferos que todos los que podría haberle prestado desde Europa. La República Argentina era un ser embrionario y Ud. le ha comunicado organización y vida hasta ponerla en aptitud de dar por sí sola los primeros pasos. Estoy cierto que desde Europa continuará Ud. sus consejos: pero no tendrán la importancia de la oportunidad; porque en la vida natural como en política la oportunidad es la que salva las más veces.

Me despido de Ud., al cumplir mis 70 años; la vida ordinaria en tiempo de David. Puede Ud. regresar a Chile, cuando haya tal vez partido de este mundo, y si acaso vivo, será uno de los días más alegres que me aguarden".

Concluía para Alberdi la etapa chilena de tan emocionados recuerdos, las tardes en los jardines del Almendral, los paseos en lancha y las regatas venecianas por la bahía, los veraneos en la quinta de Sarratea en Quillota, las excursiones a "Lo Águila", las viñas purpúreas, el ganado manso, las brisas de la cordillera, los largos coloquios entre los exiliados, las esperanzas tantas veces postergadas y la fe en la salvación de la Patria siempre tensa.

Desde 1852 le cambiaría el escenario, al gobierno patriarcal de los Reyes lo sucedió el Emperador Napoleón III con su opulenta Corte, las intrigas políticas, las ambiciones coloniales, el afán más elogiable de modernizar la sociedad y el famoso lema bonapartista "franceses enriqueceos".

Desde Cádiz, Manuel Hipólito Riesco (1792-1867), Cónsul General de Chile, le escribía el 1º de enero de 1857 por intermedio de "mis amigos y compatriotas de Ud. don Nicolás y don Francisco de Achával" para "ofrecer a Ud. mis servicios en cuanto le pueda ocurrir, a cuyo efecto les hago la recomendación más expresiva a favor de Ud.".

"Deseo complacer a Ud. en retribución de los benévolos servicios que me dispensó Ud. en Valparaíso y por lo tanto aquí me tiene a sus órdenes y lo que valga en otras partes.

Me interesa el feliz éxito de los negocios que Ud. desempeña apareciendo increíble en el día, que retrocediendo a la víspera de la batalla de Caseros, ¿quién pudo sospechar que la Provincia más interesada en la reorganización de la República Argentina había de ser el obstáculo? Malas pasiones tienen la culpa, siendo lo peor que la experiencia de lo pasado no sirva a prevenir lo futuro."

La postura de los gobiernos porteños desconcertaba por igual a los exiliados y a los chilenos, que no percibían la fuerza de las corrientes económicas rosistas, tan arraigadas en la Provincia de Buenos Aires. Particularmente su porfiada decisión de conservar el monopolio del Puerto y de las entradas de la Aduana.

Las cartas del General Pinto y de Riesco comprueban el éxito doctrinario de *Las Bases* y la reprobación con que se contempló en Chile la insurrección del 11 de septiembre.

Las corrientes eran irrefrenables, si los porteños estaban complacidos de verse libres de un gobernante perimido, no estaban dispuestos a renunciar a sus privilegios "a los derechos desconocidos de la desgraciada provincia". Aparecía el neorosismo con formas literarias más pomposas y el mismo fondo. Alberdi recordaba que "las crueldades habían sido lo accesorio".

El artículo 19 del Tratado de San Nicolás y el decreto del General Urquiza del 28 de agosto, que nacionalizaban la Aduana porteña, constituían un agravio inadmisible "de los trece miserables ranchos" contra la Minerva del Plata.

El 11 de septiembre, movidos por el mismo resorte, se sublevaron contra la incipiente nación y comenzaron una despiadada guerra civil de 10 años, que segó millares de vidas inocentes.

El 28 de septiembre festejaron el triunfo con una función que los grandes hacendados organizaron en el Coliseo. Entre los fervorosos aplausos se abrazaron en el escenario Lorenzo Torres, el portavoz de Rosas y Valentín Alsina el portavoz de los viejos unitarios. Apenas si se cambiaron algunas etiquetas, en vez de la Santa Federación se invocaría "los grandes Principios". Bajo las lanzas de los procónsules orientales el consuelo de los desventurados vecinos del interior fue verse fusilados en vez de degollados.

Sólo cederían la Aduana en las manos de un General tucumano, después de los combates de Puente Alsina y Corrales, el 21 del junio de 1880.

Otro de sus corresponsales más asiduos fue un mendocino Francisco Javier Villanueva (1810-1880). Alumno del Colegio de Ciencias Morales de Buenos Aires, se había graduado en 1833 y se había asilado en Chile en 1836. Fue el cordial médico de los exiliados, Cirujano Mayor de la Armada chilena, en 1848 introdujo el uso del cloroformo y fue luego médico del Asilo del Salvador en Valparaíso y miembro de la Junta Central de Vacuna.

El 5 de septiembre de 1857 le escribía a Alberdi, desde Valparaíso, inquieto por la falta de noticias suyas y le agregaba:

> "Las provincias del Norte se ocupan con empeño en mejorar sus administraciones locales; ellas llegarán pronto a prosperar porque tienen ríos navegables y ricas producciones... Las rentas de la Confederación parecen que han disminuido y los empleados se quejan amargamente del retardo y de la mala moneda con que se les abonan sus sueldos. Yo estoy persuadido que este mal es transitorio y que hoy mismo mucho de ello se podría remediar con un buen Ministro de Hacienda a la cabeza del ramo... Con motivo de la ley que organizará la Corte Suprema Federal (que ha venido en proyecto) hablé en estos días con nuestro amigo Ramón Ocampo sobre nuestra organización, se manifiesta

admirado de lo que se hace en nuestro país. Actualmente está desocupado y en una situación muy poco ventajosa. Aproveché esa oportunidad para instarle a llenar el deber de ciudadano argentino prestando a la organización su contingente de saber y patriotismo... La crisis política de este país (Chile) no se resuelve todavía, hay mucho malestar e inquietud en los ánimos. Tienen ya abatido y casi desalentado al Presidente. A esto se agrega una crisis monetaria que asusta y probablemente sobrevendrán otras nuevas crisis. Lo que es sobremanera sensible para nosotros es que el mal estado del comercio ha afectado seriamente la casa de nuestros amigos Lamarca y Cía., en todo este tiempo he visto muy abatido a nuestro amigo Borbón, sin embargo hasta aquí son solo temores".

José Cayetano Borbón (1811-1891) fue uno de los más prominentes exiliados y llegó a formar una gran fortuna. Había nacido en Buenos Aires; estanciero en su origen, había abierto luego una tienda en el puerto con Lucas González y Jorge Lamarca. Casó con Leonor González, hermana de Lucas, emigró a Chile en 1841 y estableció en Valparaíso otra casa de comercio, con Mariano Sarratea, hijo de Manuel Sarratea. Fue uno de los fundadores del Club Constitucional de Valparaíso el 16 de agosto de 1852. Regresó a Buenos Aires en 1858 y compró una quinta al final de la calle Larga sobre la Recoleta. Presidió la Comisión Permanente del Asilo de Mendigos, hospedó a Alberdi en su casa en 1879 y presidió luego la Comisión encargada de repatriar sus restos.

El 11 de mayo de 1858 le informaba a Alberdi que había llegado a Mendoza, acompañado de Ramón Ocampo y de Daniel González, hermano de Lucas.

"El 2 del presente llegó a mis manos su estimada del 28 de febrero, datada en París y puede Ud. pensar con cuánta premura leía yo su precioso contenido pi-

sando ya el suelo argentino, preocupado con el pasado que nos arrojó de él, rodeado de incertidumbres por el porvenir, torturado el corazón todavía por mi sacrificio al separarme de Valparaíso; de ese lugar de paz, de consuelo y de afecciones generosas que nos ha cobijado en 17 años... Al llegar a ésta me encuentro con el temor general de que esté muy próximo el momento de una guerra entre la Confederación y Buenos Aires en vista de las últimas notas oficiales de una y otra parte que se registran en los periódicos que han llegado en el último correo del Litoral. Aunque la guerra se presume naturalmente en la desgraciada situación de la actualidad argentina, y para más que yo tenía esa convicción en último. Resultado de la cuestión me resigné a trasladarme con mi familia a Buenos Aires porque así lo reclamaban sus asuntos y entró en mi resignación el caso de que la guerra nos sorprendiera allí; pero las cosas se han precipitado tanto en un mes que ya pareciera tener lugar; en tal situación me he detenido a observar desde aquí el fatal movimiento de las cosas porque nada adelantamos con ir a sacrificarnos en medio de ese gran trastorno, dado que el mismo sería un obstáculo para desempeñar mi misión en familia. Aquí me tiene Ud. mi amigo, sin saber que hacer en medio de esta oscuridad del porvenir de nuestro país, aterrado por los escollos que él presenta y forzado a navegar en tan proceloso mar de pasiones y de intereses encontrados. Solo Dios puede saber donde nos conducen las cosas."

El 8 de junio luego de recibir una carta de Alberdi le agregaba:

"Estoy demorado en Mendoza esperando la resolución del Congreso respecto a la cuestión de la incorporación de Buenos Aires. Si el Congreso se decide por la paz continuaré mi viaje con la familia a nuestra ciu-

dad natal; si la guerra viene pronto permaneceré aquí hasta su desenlace. En los dos casos me encuentro mal, pero como he dicho a Ud. antes de ahora estoy resignado a todo lo que venga. No tengo elección y me entrego al destino. No puedo obrar según mi voluntad y mis previsiones, porque los asuntos en la familia me empujan a la vorágine de nuestra política interior tan desgraciada para nuestra época".

Pasaban los años, cambiaba el escenario y las angustias. Recién al llegar Sarmiento a la presidencia el 12 de octubre de 1868 el país comenzó a salir de las marismas y emprendió una marcha ascendente. En otra carta alborozado Villanueva le comunicaba a Alberdi, desde Valparaíso, el 2 de agosto de 1872, la inauguración del Telégrafo Trasandino.

"Es muy probable que por la vía del Plata se tenga noticias ya en Europa de la feliz terminación de la línea del "Telégrafo Transandino" y la espectable inauguración que de ella tuvo lugar en Santiago y Valparaíso el día 26 de julio. Ese día como lo verá Ud. por los diarios, los gobiernos de ambos países se trasmitieron cordiales saludos. Pero para mí y también para Sarratea, el momento del inefable gozo fue el 22, a las 8 de la noche, en que mi hijo Luis (en ausencia de Javier que estaba en medio de la Cordillera quitando los tropiezos que experimentaba la línea de transmisión), dirigió al Presidente del Directorio (Sarratea) el primer telegrama que atravesó los Andes y nos puso al habla con Mendoza y al día siguiente con Villa María y Buenos Aires. Yo no quería creer en mis propios sentidos. Estábamos en la penosa incertidumbre que dos cables tendidos en la Cordillera estuviesen defectuosos o cortados, cuando se sintió en un momento dado la transmisión. ¡Loado sea Dios y la inteligencia de los hombres!... Hoy recién después de palpar la comuncación, empie-

zan a comprender la gran importancia de esta línea, el inmenso rol que está llamado a desempeñar tanto en la política, como en el comercio, la industria y las relaciones sociales... Yo he tenido el gusto de cambiar palabras amistosas con muchas personas de Buenos Aires, como Rawson, Montes de Oca, Chenaut, Borbón y con mis dos hijos."

En París, el 12 de septiembre de 1872, Enriqueta Pinto de Bulnes, viuda del General, le informaba a Alberdi que el mausoleo que se construía en homenaje a su memoria estaba concluido. El grupo que coronaba el monumento estaba formado por tres figuras que representaban la Fe, la Esperanza y la Caridad, porque tenía la fe sencilla del soldado y la caridad del buen cristiano y le rogó que compusiera el epitafio que debía esculpirse en el pedestal. "Le pido que me dispense, conozco que soy muy majadera, pero una cosa de tanta importancia para mí no podía confiársela sino al amigo más capaz de hacerlo mejor."

Su hijo Gonzalo Bulnes había nacido en Santiago en 1851, había estudiado en el Colegio de los Padres Franceses y fue luego diputado, Intendente de Tapalaca, Ministro de Chile en Berlín y Roma, Senador por Balleco, colaboró en la "Revista Chilena" y en el "Diario de la Tarde", redactó la historia de la campaña del Perú dirigida por su padre en 1838 y en el año 1878 apenas impresa le envió un ejemplar a Alberdi "como una prueba de amistad inalterable y de un profundo respeto".

Desde Santiago, el 3 de abril de 1876, Gonzalo le escribía a Alberdi para agradecerle el envío del folleto sobre *La Luz del Día*, "en cuanto más lo leo, más gracia, más originalidad y más profundas observaciones le encuentro". Le agradecía además su obra sobre Wheelwright cuya estatua estaba por llegar a Valparaíso. Trabajaba con empeño en la historia de la campaña del Perú y esperaba concluirla en dos meses más. "Es una grande empresa llena de incidentes gloriosos que enaltece a Chile bajo el punto de vista

militar y político". Había estado en Valparaíso donde lo recordaba cuando pasaba por el enfrente de su quinta en la calle de Las Delicias. "Siento que no se haya resuelto Ud. a adoptar la determinación que yo le indicaba en una de mis anteriores, esto es venderla para percibir un interés del 10 % sobre el dinero que por ella obtendría en vez de recibir lo que actualmente le dan por el arrendamiento." Lo esperaba con impaciencia "Ojalá se resolviera Ud. a volver a Chile en donde encontraría afecto, consideraciones y una buena amistad. Yo me consideraría muy feliz de poder darle un lugar en mi casa y en mi familia y yo y Carmela lo consideramos a Ud. no como un amigo íntimo sino como pariente cercano y muy querido." Agregaba: "Carmela está enferma y en el mes de julio debe tener un niño. Quiero sea Ud. el padrino de mi primer hijo y que él sea si acaso es posible un nuevo vínculo que una nuestra amistad". Criticaba la política oficial. "El liberal gobierno que nos manda, liberal al estilo de Sarmiento, se prepara para las elecciones como hace años se preparaban los presidiarios para una función de mata perros, es decir poner en movimiento a todos los policiales, de palos y sables para perseguir a los electores que han cometido el crimen de no creerlo liberal."

En otra carta también desde Santiago del 28 de agosto de 1876 Bulnes le recordaba su estadía en Europa. "No abandono la esperanza de que volvamos a reunirnos en Europa si puedo llevar adelante mi pensamiento de ir a ver la exposición de 1878. Estoy halagado con esta idea y con la de volver a ver a Ud. pero siempre que sea para volvernos juntos como Ud. me lo ha ofrecido." Estaba satisfecho con la iniciación de la presidencia de Aníbal Pinto. "Todos aguardan la obra del nuevo gobierno y nadie quiere aventurar el porvenir lanzándose en una oposición que sería tan infundada como inoportuna. Todos esperan mucho de la prudencia de Aníbal, de su honradez y estas cualidades han podido sobreponerse a las rencillas del momento hasta el punto que todos los partidos, aun los que no le son favorables se sienten garantizados."

En cambio se hallaba preocupado por las diferencias limítrofes. "Si todo es aurora en el interior no pasa así con el exterior. Nuestra cuestión argentina puede hacerse de un momento a otro un peligro para la paz, sin embargo la disposición de los espíritus entre nosotros es tal, que estoy convencido que no seremos los provocadores y de que hay en el país un gran interés por evitar la guerra."

Los ecos valparainenses eran perdurables y emotivos; en el mes de septiembre de 1866, Alberdi se encontró en París con Elisa Sarratea, recién casada con Antonio Joaquín Ramos. Era hija de Mariano Sarratea y de Virginia Herrera, la belleza de los ojos entre verdes y azules que los exiliados nunca olvidarían. ¡Elisa "oyó mi nombre, se paró y me abrazó! Que gusto tuve en reconocerla, le pedí que levantase el velo de la cara y la vi a la luz... Me mostraron un mundo de retratos, todo el Chile de mi tiempo".

Edmundo Correas ha trazado un encantador cuadro de las dos hermanas Herrera, Emilia casada con Domingo José de Toro y Guzmán y Virginia Herrera de Sarratea, dos figuras egregias del mundo de los exiliados. Emilia era la propietaria del fundo "Lo Águila", en Angostura, en las cercanías de Santiago. Se había educado en el colegio de las Monjas Clarisas y se había casado al cumplir los 16 años. En la casa conservaba la espada del General Lavalle, que le había confiado Félix Frías, y su hija Mercedes se casó a su vez con Jacinto Rodríguez Peña, hijo de Nicolás. Fue el asilo y el hogar de los exiliados hasta el punto que disponían para su alojamiento de un edificio propio [5].

Desde Valparaíso Antonio Joaquín Ramos le escribía a Alberdi el 11 de junio de 1877:

> "Lo único de que Chile debe tener cuidado es de la hacienda pública. Hace ya tres años que el país sufre una crisis fuerte y como país esencialmente agrícola

5 EDMUNDO CORREAS, *Da. Elisa Herrera de Toro, la amiga de los argentinos*, "Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza", Nº 11, 1987, 303.

y trabajador todos nos resentimos de ello. El que tiene, mira con desconfianza el porvenir y solo gasta lo más estrictamente necesario, dejando a un lado lo superfluo para mejor ocasión. De esa manera, el gobierno siente que sus fuentes de entradas disminuyen y trata de hacer economías saludables que sin desatender el buen servicio le permitan subsanar lo mejor que pueda el estado anormal del país. Con su paz interior asegurada, con el respeto que cada cual profesa a la patria, este país seguirá adelante aunque entorpecido acaso por los fenómenos económicos consiguientes a los países que aún no tienen grandes reservas para este caso. Lo más que preocupa la atención pública es la cuestión de límites con nuestros hermanos de allende los Andes, pero debemos confiar en el buen juicio y tino de ambos países, que antes de recurrir a casos extremos, adoptarán el arbitrio más justo y equitativo que es someter sus cuestiones a un arbitro."

Villanueva reconfortado por el pacto Ferro-Sarratea, firmado el 6 de diciembre de 1878, le escribía el 18 del mismo mes a Alberdi desde Valparaíso [6].

"A esta fecha, tendrá Ud. ya noticias por medio del telégrafo, de la terminación de la vieja cuestión argentina-chilena, por medio de un pacto que han tenido la fortuna de llevar a buen término ambos gobiernos, teniendo por agentes o intermediarios, el argentino a nuestro amigo Sarratea y el chileno, al caballero Don Alejandro Fierro. El gobierno argentino rodeado de las personas más caracterizadas como Irigoyen, Laspiur, Mitre, etc., y el de Chile, de los señores Saavedra, Prats. Un mes y seis días de incesantes trabajos por medio del telégrafo han conjurado la negra tempestad que en algunos momentos estuvo a punto de estallar. El pacto

6 GUSTAVO FERRARI, *Esquema de la política exterior argentina*, 1981, 53.

a mi juicio es decoroso para ambos países; y si no hubiese sido así, seguramente que a la fecha estaríamos en una guerra cuyo fin no habría sido fácil prever. No ha tenido otro objeto este pacto que establecer un modus vivendi que aleje los conflictos y peligros de rompimiento mientras las cuestiones se decidan por arbitros... Como dato curioso le diré que el número de palabras que se han cruzado por el telégrafo a propósito de esta negociación, alcanza el valor de tarifa de pesos 27 mil. Sin embargo, la empresa a pesar del trabajo que esto le ha impuesto no recibirá ni un centavo porque las comunicaciones oficiales son gratis. La crisis económica de este país sigue sintiéndose de un modo abrumante, no se divisa el modo ni el tiempo en que podrá concluir."

Enriqueta Pinto de Bulnes le describía desde Santiago, el 7 de octubre de 1879, el entusiasmo que había despertado en Chile la guerra que se había visto "en la necesidad de declarar primero a Bolivia y después al Perú", y le informaba como su hijo había caído prisionero cuando el transporte en el que navegaba había sido capturado al llegar a Antofagasta:

"por los dos buques de guerra más poderosos que tiene el Perú, esto causó una gran irritación en el pueblo de Chile y hubo algunos motines que se pudieron sofocar. Entretanto, mi pobre hijo permanece prisionero con todo su escuadrón y oficiales, que casi todos pertenecían a familias distinguidas, sin saber hasta cuándo Dios querrá hacernos sufrir. Ya ve Ud., mi amigo, que no se han escaseado las penas y que ellas me hacen pensar en el amigo ausente, aún a través de los mares y creer que compadecerá a la que en otro tiempo Ud. conoció feliz y rodeada de todo lo que embellece la existencia".

Por su parte Alberdi, en Buenos Aires, le escribía a Ambrosio Montt, el 6 de noviembre de 1879, para presentarle al hijo de su antiguo amigo y compañero de la Joven Argentina Miguel Cané:

> "Mi amigo y compatriota D. Miguel Cané me da el placer de poner en contacto a dos talentos que se aproximan por más de un aspecto, a dos oradores parlamentarios de mayor brillo, a dos escritores notables y por fin a dos amigos... Recién regresado a mi país después de 40 años de ausencia, el señor Montt que conoce las peripecias de mi peregrinación política tendrá gusto de saber como he sido recibido por mis amigos y por mis honorables antagonistas de otro tiempo; y nadie es más capaz de darle esa noticia que el Dr. Cané, la notabilidad popular de esta sociedad que mejor representa el espíritu moderno de Buenos Aires. Como mi recomendado debe regresar antes de cuatro meses del Pacífico, yo espero que en cambio de mis noticias que lleva al señor Montt me dará las suyas personales que tanto ansío recibir. Fuera de la recomendación que con su gran mérito personal lleva consigo el Dr. Cané, yo he querido recomendarlo a la amistad con que me favorece el señor Montt, desde tantos años y muy agradecido desde ahora de todo lo que haga por mi compatriota en su tránsito por Chile".

Marcial González, redactor de "El Siglo" y autor de un estudio, *La emigración europea y sus relaciones con el engrandecimiento de los países de América,* publicado en la "Revista de Santiago de Chile" del mes de julio de 1848, lo felicitaba desde Santiago el 20 de enero de 1880: "Por la feliz vuelta de Ud. al seno de su patria, tanto más que podrá combatir las pasiones odiosas y encaminar los espíritus por el camino de una buena política externa" que aconseja a los pueblos "a no reñir por bagatelas o superfluidades, sino de tratar de engrandecerse por el trabajo y la instrucción, que son riquezas, progreso y felicidad para las naciones".

Le describía la atmósfera trasandina de esos años:

"Me alegro por eso doblemente de su regreso a Buenos Aires y crease que en medio de las amenazas bélicas de estos últimos años, muchas y muchas veces me he acordado de las palabras de Ud. en Chile, cuando al iniciarse nuestra tonta cuestión de límites, decía Ud. y escribía siempre que el gran mal de nuestra América es el desierto; que el paño no es lo que falta sino lo que sobra entre nosotros y lo que conviene no es pelear por territorios despoblados, sino traer colonos y hombres útiles que den a estos pueblos la riqueza que tanto necesitan y la civilización que ha de engrandecerlos mediante la industria y el desarrollo intelectual y material de las masas... Desde mucho antes de nuestra guerra con el Perú y Bolivia y de los repetidos triunfos que Chile ha alcanzado en ella, nadie ha tenido ni tiene aquí codicias territoriales; nadie ha pensado apropiarse de la Patagonia, que nos ha parecido siempre un territorio estéril inadecuado para la colonización y pobre por naturaleza, puesto que a más de 3 siglos nada ha producido, ni han aumentado sus pobladores y con la enorme desventaja de distar tanto de nuestros centros comerciales e industriales. Y por eso es que un conflicto que arranque por semejante causa, nos parece aquí a todos una verdadera temeridad, una locura que nunca se lamentaría lo bastante por argentinos y chilenos; y así es muy de desear que todos los hombres que en ese o en este lado de los Andes, tenemos alguna influencia política, nos empeñemos porque esta pobre cuestión de límites, así como la libertad perpetua del Estrecho de Magallanes se arreglen amistosamente cuanto antes, para que podamos entregarnos a la grave tarea de consolidar la República por el trabajo y la instrucción, únicos elementos que pueden engrandecer y emancipar a nuestros respectivos pueblos".

Estas cartas forman una reducida colección, comparadas con los centenares de cartas de Echeverría, Cané, Frías, Gutiérrez, López, Villanueva y Borbón, que se encuentran en la biblioteca que fue del señor Jorge M. Furt, en Luján.

Su lectura revela sin embargo varias reglas. La primera es la camaradería con que actuaban los exiliados que formaban el núcleo central, Alberdi, Aberastain, Borbón, Frías, Piñero, Rodríguez Peña, Sarratea y Villanueva. La segundo es sus relaciones con las esferas superiores de la sociedad chilena, como muestran los altos cargos que ocuparon, sus matrimonios y especialmente las relaciones de Alberdi con la familia del General Bulnes, que se prolongó por tantos años. La tercera es la fraternal hospitalidad que las distintas clases de la población brindaron a los exiliados. La cuarta es la decisión espartana con que los exiliados afrontaron las penurias familiares y económicas en ese largo y a veces desalentador ostracismo y la fe que siempre conservaron en el triunfo final de su causa.

En brazos de la patria
Y en medio de la vida
Gutiérrez aún tenemos
Un voto hecho ante Dios
Tenemos que ser siempre
Para la tiranía
Proscriptos y poetas
Tal es nuestra misión [7].

Recuerdan también el latente conflicto de los límites, tan apasionadamente discutidos por algunos personajes, a pesar de que la mano de Dios ha clavado los hitos en la Cordillera y estos han sido confirmados por las constituciones chilenas de 1822, 1826, 1828 y 1833.

Así algunas veces, a pesar de tantos y meritorios esfuerzos, no se comprendió que entre vecinos una política de co-

[7] JOSÉ MÁRMOL, *Cantos del Peregrino*, 1964, 434.

operación es más fecunda que una política de confrontación y que el progreso de estos países depende ineludiblemente de su integración con la Banda Oriental, el Paraguay, Bolivia y el Perú porque es la única fórmula que puede darles el debido peso internacional y un mercado amplio y halagador.

Estrechados entre la Cordillera y el mar, "una geografía loca" no puede ser la fuente de resentimientos y un justificativo para emprender "por necesidad" campañas militares o caer en actitudes discordantes, que son incompatibles con los recuerdos de la historia y un genuino americanismo [8].

Afortunadamente figuras señeras, como fueron un ejemplo las hermanas Herrera, han tendido inmarcesibles lazos de comprensión y fraternidad, para bien del continente.

Esto no disculpa la errática diplomacia argentina, su candor, sus negligencias, su conducta pendular que ha fluctuado de la "Argentina Potencia" a la "Argentina Tercermundista" con sus inevitables fracasos. Estos imponen una severa rectificación, un más cuidadoso examen de los factores en juego y la vuelta a Occidente.

Este proceso también comprueba que el bienestar y la felicidad de los pueblos es a menudo un espejismo, que no puede alcanzarse con fervientes arengas, sino con el trabajo solidario y persistente.

En nuestros días las corrientes ideológicas y las corrientes económicas se precipitan en un tormentoso remolino y las marejadas suelen rebasar los fundamentales preceptos constitucionales y si no se las encauza arrollarán los basamentos de la República.

A su vez la personalidad de los gobernantes, su capacidad y su visión del panorama influyen profundamente. Basta comparar en esos años la personalidad del General Bulnes con la personalidad del General Rosas y el balance de sus gobiernos para comprobarlo. Claro que si se levanta la máscara de algunos mediums políticos, se descubren los motivos reales que los animaban y que no siempre mueren con ellos.

8 MANUEL E. MALBRÁN, *Bases necesarias para una mejor relación argentino-chilena*, 1970, 19, la política acre.

La sedición del 11 de septiembre nos señala todavía hoy las fuerzas miméticas de las doctrinas económicas del rosismo, la dominación económica y financiera de Buenos Aires sobre las provincias, la ley del embudo, que aún pervive.

Pasan los años, mueren y se olvidan los protagonistas, cambian las ambiciones y los acrósticos, pero la única brújula valedera es el respeto por la Constitución, la libertad y el bienestar de los pueblos.

ELOGIO DE LA CRISIS

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer

La crisis económica que hiere la República agobia a todos sus habitantes, salvo unas privilegiadas excepciones. El Estado se ve trabado por una deuda externa que pasa los 62 mil millones de dólares y una deuda interna de 700 mil millones de australes.

Hay un millón de analfabetos, la deserción escolar alcanza al 50 %. Los hospitales públicos están en ruinas, carecen de drogas y de instrumental. La escasez de alimentos y la falta de trabajo han difundido la tuberculosis, el alcoholismo y la mortalidad infantil ha crecido en un 50 %. UNICEF denuncia que, en la década del 90, morirán 100 mil niños menores de 5 años, por deficiencias alimentarias y asistenciales.

En 193 ciudades de más de 10 mil habitantes el 42 % carece de servicios de agua y el 64 % de servicios cloacales, ha desaparecido la seguridad en las calles y en los hogares.

En 1989 la desocupación llegó al 15,8 % y los salarios cayeron en un 35 %. El salario medio de un operario no calificado cubría el 39 % de la canasta familiar y el salario medio de un obrero calificado apenas alcanzaba al 78 %. El nuevo Presidente ha definido este panorama de "tétrico".

La Argentina que ocupaba con orgullo en el año 1940 el 6º lugar en el concierto mundial, se ha desplomado al 56, al mismo nivel de Cuba y de Marruecos.

Hacer ante este cuadro el elogio de la crisis parece una paradoja. Pero ya hizo Erasmo, hace muchos años, el *Elogio*

de la locura, que podría aplicarse paralelamente a nuestro caso. En efecto, el análisis de esta crisis permite descubrir algunas inesperadas y valiosas secuelas.

Hasta 1940 nos considerábamos los más sensatos habitantes del orbe y observábamos con una desdeñosa indulgencia una frívola Europa, envuelta en los conflictos dinásticos y una endémica inflación. Generosos e intachables, se abría románticamente ante nosotros un porvenir feliz y perenne. Privilegiados y protegidos, sin razones muy claras, por la mano de Dios.

Éramos la cesta del mundo, destinados a proveer de alimentos a los pueblos desidiosos y hambrientos. Los errores de los gobernantes eran entonces pocos y podían corregirse fácilmente, con una buena cosecha.

Pero el desarrollo patológico de las estructuras burocráticas asfixió en pocos años al país y agotó las riquezas legendarias, han pasado los días en que embarcábamos generosamente trigo y toda clase de auxilios a los países devastados por la guerra. La cesta del mundo se vació, a tal punto, que tuvimos que importar 200 mil toneladas de cereales de Estados Unidos y consumir pan de mijo.

Un país pequeño, como Francia, produce actualmente 25 millones de toneladas de trigo y 3.800.000 toneladas de carne, y la Argentina apenas 14 millones de trigo y 3 millones de carne.

La tierra de Promisión que cantaba Rubén Darío es sólo un recuerdo. Las industrias trabajan angustiadas al 60 % de su capacidad. El 45 % del parque térmico se halla indisponible por errores de administración, las quiebras y los despidos se multiplican.

Los ciudadanos arruinados por la inflación contemplan estupefactos los trenes y los colectivos que se detienen, los cortes sorpresivos de la luz, los caminos y las veredas horadados y reclaman imperativamente una administración más cuidadosa.

Varios síndromes han afectado la parábola del adelanto argentino y entre otros menores, sobresalen el borbo-

nismo, el tribalismo, el financierismo y una deficiente educación.

En la actualidad el más grave es el borbonismo. Estamos atrasados en 50 años. Los virus son antiguos, nacen en la Colonia. Se infiltraron a través de las sucesivas capas ayudadas por los cambios heterogéneos de las poblaciones. Las oposiciones doctrinarias son visibles. Si en un gobierno republicano los gobernantes son los servidores de los pueblos, en los regímenes borbónicos los pueblos son los servidores de los gobernantes. Las características de los regímenes borbónicos son el personalismo y la prepotencia de los funcionarios, la formación de una casta burocrática que administra el país en beneficio propio, el lujo y el dispendio de los fondos públicos y a veces la venalidad.

El borbonismo engendra el fetichismo, los gobernantes reaparecen cubiertos con el manto de Pacha Mama. Se espera de los nuevos hechiceros, padres de los pobres, que distribuyan sus dones a manos llenas, preferentemente entre sus adeptos, y que el bienestar se difunda sin esfuerzos por toda la República.

Por su propia naturaleza, una consecuencia del borbonismo ha sido la expansión de los lindes burocráticos y particularmente la estatización de los servicios públicos.

Las ambiciones sectoriales, los esquemas quiméricos, la ley de Parkinson, actúan con una inaguantable eficacia. La estatización de los servicios públicos fue vista inicialmente con favor, porque los ciudadanos creyeron que así podrían disponer de más puestos y las ganancias quedarían en el país. Pero si algunos sectores pudieron disponer de más puestos, el deterioro de los servicios fue urticante y muchos los arrepentidos.

En el año 1920 el sector público alcanzaba el 11 % del Producto Bruto, de 1940 a 1944 llegó al 19,5 %, de 1945 a 1949 en una incontenible curva ascendente alcanzó el 29,4 %y hoy traspasa el 65 %. Allí se encuentra la rebelde causa de los disgustos y no podrá lograrse una sana recuperación hasta que esa cifra descienda al 30 %.

Las consecuencias del borbonismo han sido catastróficas. El Ministro de Economía Erman González censuraba el sobredimensionamiento irracional de las empresas públicas, su atraso tecnológico y sus incontables pérdidas.

Yaciretá, tan enojosamente condenada por el Presidente, Somisa, desfondada, que sólo podrá funcionar positivamente con la mitad de su capacidad, Hipasam, mal planteada, con un mineral inferior y Zapla, obsoleta, causan desgarradoras inquietudes a aquellos que confiaron en su porvenir.

La experiencia fue concluyente, el reajuste de estas empresas causará graves privaciones a su personal, como ocasionaron muchos años antes el ferrocarril, cuando substituyó a las postas, y los telares mecánicos a las tejedoras manuales. Es el precio del progreso. Pero existen alternativas, se puede emplear la mano de obra desplazada en tareas más útiles, como son la construcción de los 2 millones de unidades habitacionales que faltan y el entubamiento de las aguas que inundan periódicamente vastas zonas de las provincias de Buenos Aires y el Chaco.

Esto no es todo, los ferrocarriles del Estado pierden 3 millones de dólares por día, Aerolíneas perdió entre 1982 y 1984, 565 millones de dólares. Entel perdió en 1989 unos 1.480 millones de dólares, Somisa perdió en el último ejercicio 384 millones de dólares, Inder pierde 400 millones de dólares. El servicio energético estatal pierde otros 400 millones de dólares por año. Desde 1946 los gobiernos se incautaron de los fondos aportados por sus afiliados a las Cajas de Jubilaciones, para cubrir sus apremios financieros, y han rebajado a los ilusos afiliados al nivel de los intocables de la India.

Según el Ministro Cavallo el sector de transportes (ferrocarriles, carreteras y puertos) pierde 150 millones de dólares por mes y según el Ministro Dromi, las empresas públicas perdieron en 1989 más de 3.980 millones de dólares. Además, se deberá invertir en 1992 unos 200 millones de dólares en Piedra del Águila, 120 millones en Atucha II

y otros 120 millones en el famoso Yaciretá, hasta alcanzar en una ronda fantástica, los 2 mil millones de dólares.

En cambio, los servicios que prestan estas empresas al público son cada día más deficientes. El Presidente los ha calificado de "horrendos". No se han realizado prácticamente servicios de mantenimiento desde 1945. Los cables han pasado el límite de su vida útil y se encuentran podridos, las cañerías se hallan obstruidas y las inundaciones devastan los hogares modestos.

El segundo síndrome es el tribalismo, la casa dividida por tribus rivales, dispuestas a devorarse las unas a las otras, como en las selvas del Camerum. Sus orígenes son lejanos, aparecen con las bandas de los conquistadores, que no cabían en los inmensos desiertos, Hernando Pizarro y Diego de Almagro, Almagro el Mozo y Francisco Pizarro. Caudillos, encomenderos y traficantes, sobrevivientes de la Edad Media argentina y de las luchas entre federales y unitarios, logistas y apóstatas, y después entre gringos y carcamanes, chupandinos y pandilleros, crudos y cocidos, rochistas y roquistas, personalistas y antipersonalistas empaparon de sangre las llanuras argentinas.

Por añadidura, las corrientes sociales se anulan en esos choques, en vez de conjugarse hacia una meta común de bienestar y progreso y el país se estancó.

Una definición del Presidente Yrigoyen es reveladora. Eligió en 1916 para desempeñar la Presidencia del Departamento Nacional de Higiene a un acreditado profesional. Éste pasó la tarde preocupado en seleccionar a quienes podían serle los más eficaces colaboradores en esa tarea. Le presentó la lista al Presidente, éste la leyó y le respondió: "mi amigo, Ud. se equivoca, me ha traído una lista de buenos médicos cuando necesitamos buenos radicales".

Otras consecuencias del tribalismo han sido el maniqueísmo de los dirigentes y el narcisismo de los partidos, los presupuestos como trofeos electorales, lo conflictos artificiales y el atraso en un mundo cada día más exigente.

El tercer síndrome que ha causado el actual empantana-

miento aparece en el equivocado criterio con que se han encarado las fallas que minan el bienestar económico del país.

Se eligió, casi sin excepciones, los malabarismos financieros, papeles y papeles, la música celestial que tanto censuraba Carlos Pellegrini.

En cambio se desdeñaron los objetivos básicos de orden económico y éste ha sido el gran error y la causa del fracaso de tantos funcionarios meritorios. Las finanzas son como la nafta que mueve el motor de un automóvil, pero si el carburador está obstruido y las bujías están sucias, si el ventilador está roto, si las gomas están pinchadas, no se moverá por más nafta que se le inyecte.

El remedio no se encuentra en la aplicación de planes financieros, ingeniosos y estériles, que fracasan invariablemente a los pocos meses porque no actúan sobre las causas reales. El único remedio es tapar los ruinosos boquetes de las administraciones oficiales y eliminar las pérdidas de las empresas públicas, que recaen diariamente sobre las espaldas de los pueblos, agobiándolos con reclamos y nuevos impuestos.

Nuestro Estado es un barco, con grandes rumbos en el casco, que es imperativo achicar, antes de que se hunda.

La teoría colonialista de la apertura de los mercados, el nuevo nombre del hinterland, cuando Europa y los Estados Unidos cierran herméticamente los suyos, es una candidez. El primer resultado será destruir la industria textil local y vestir a los argentinos con ropa usada de otros países, como si viviéramos en el fondo del Sahara.

Hemos visto recientemente que los planes de apertura económica han sido fríamente burlados por los dumpings y las subvenciones de algunos gobiernos amigos, cuando les convenía.

El financierismo ya desembocó hace unos años en un vaudeville, la plata dulce, las bicicletas, los intereses al 20 % mensual, el ocio y al abandono de las empresas productivas y no sería sensato repetir el ensayo.

El abuso del crédito, exterior e interior, para cubrir las falencias de los presupuestos y las pérdidas de las empresas estatales, nos han endeudado inexcusablemente. Los empréstitos sólo pueden justificarse para iniciar concretamente determinadas obras públicas, diques, puentes, usinas, que con sus beneficios cubrirán los intereses y la amortización del capital.

Fuera de estos requisitos, las consecuencias de estos préstamos recaen irreflexivamente sobre los ahorros y el hambre de los pueblos. Hace años Alberdi censuraba severamente los abusos del crédito público, a que eran tan proclives los gobiernos de la América del Sur, y enseñaba: "Tomar capitales a préstamo para reemplazar los capitales destruidos por la crisis, no es remediar la pobreza sino agravarla, la riqueza de otros no es la riqueza del país, la deuda representa más la pobreza que la riqueza. Endeudarse no es enriquecerse sino exponerse a empobrecerse, por la facilidad con que siempre se gasta lo ajeno".

En unos países nominalmente tan celosos de su soberanía, no se advierte que los compromisos financieros actúan como un yugo, y privan a los gobiernos de la facultad primaria de decisión hasta en los asuntos corrientes, como vemos actualmente en los imperativos proyectos de patentamiento de las especialidades medicinales, con tufos de Drácula.

El resultado del financierismo ha sido que la deuda pública llegó a 62 mil millones de dólares y el Banco Central, el mágico defensor de la moneda, perdió en los últimos 10 años, con el más sapiente tecnicismo, 67 mil millones de dólares y el peso argentino dejó de existir.

Nada es nuevo bajo el sol, el Banco Central, politizado y sin autonomía, es un rebrote de la Casa de Contratación de Sevilla y de las doctrinas monetaristas de Felipe II, con resultados igualmente macabros. Con "más poderes que el Sha de Persia", ha creado una original figura jurídica, la legislación por teléfono, con más fuerza que el Congreso

y la Constitución Nacional. Puede cambiar la fortuna de los argentinos, arruinar o enriquecer a determinados sectores, por su sola decisión y sin control alguno.

Por su parte, el Banco Nacional de Desarrollo concedió préstamos a 58 empresas, por un monto de 1.286 millones de dólares de los que actualmente deben 870 y el Banco Hipotecario ha caído en escombros.

Con sus ilusiones perdidas 2.500.000 ciudadanos han emigrado en busca de mejores horizontes y han girado al exterior 30 mil millones de dólares. Ésta es la más acabada condena de un financierismo masoquista.

El problema económico es sin embargo sencillo de resolver y para hacerlo bastaría elegir como Ministro de Economía a un buen administrador de edificios de departamentos. No se necesita nada más, ni mayores talentos. Sería suficiente ordenar los ministerios, eliminar las oficinas superfluas, suprimir sin vacilaciones las empresas públicas descalabradas, cortar implacablemente los gastos suntuarios, los contratos de asesoramiento, los estudios de factibilidad, las auditorias externas, los viáticos, las prebendas, las jubilaciones privilegiadas, el turismo oficial, reducir los simpáticos ñoquis y los automóviles oficiales.

Se ha dicho que si la Reina Isabel hubiera comenzado por encargar un estudio de factibilidad, Colón nunca hubiera zarpado para América. Pero en nuestros días les hubiera ido peor, porque hubieran debido pagar un honorario sideral por esa consulta, para advertir luego, en viaje, que sus estimaciones estaban equivocadas.

El cuarto síndrome en una sociedad laxa y en emulsión ha sido la crisis educacional o más bien la mala educación.

Desde 1852, el país bajo la inspiración del General Urquiza y del General Roca, de Alberdi y de Sarmiento, dio un salto asombroso, se eliminaron los viejos caciques y las instituciones anacrónicas. Se pasó de las leyes de Indias al Código Civil. Los pueblos aprendieron a leer, los ferro-

carriles reemplazaron a las diligencias, los molinos a los jagüeles, los alambrados a las cinacinas, la electricidad a las velas de sebo, el telégrafo a los chasques.

La cultura del país sufrió dos serios contrastes. El primero fue la sanción de la ley 1420, del 8 de julio de 1884, que impuso la escuela laica y anticlerical, bajo la inspiración de Eduardo Wilde y de las doctrinas positivistas francesas. Deseaban mostrar un espíritu de adelanto al mundo y de tolerancia a las masas de inmigrantes, que desbordaban sobre el país y nunca habían reclamado esa medida.

El artículo 2º estableció que la instrucción primaria debía ser obligatoria, gratuita, gradual y conforme a los preceptos de la higiene. El artículo 8º agregó que la instrucción obligatoria comprendería la lectura y la escritura, la aritmética, la geografía, la historia, el idioma nacional, la moral y la urbanidad, nociones de las ciencias matemáticas y culturales, de dibujo y de música, gimnasia y el conocimiento de la Constitución.

La enseñanza religiosa sólo podía ser impartida, por los ministros autorizados de los diferentes cultos, a los niños de su respectiva comunión, asépticamente antes y después de las horas de clase y un daltónico "libre pensamiento" la suprimió pronto totalmente.

Las consecuencias más tangibles fueron despojar a la vida institucional de un irremplazable respaldo y abrir las puertas anchas a las licencias y a las entelequias.

El segundo contraste fue la llamada reforma universitaria, derivada en parte de la revolución bolchevique de 1917, que algunos vieron como "un lucero que anunciaba la aurora de un mundo mejor". Irrumpió en la Universidad de Córdoba en 1918, contra los profesores en nombre de la libertad intelectual, la intolerancia y los amuletos. Basada en las ilusiones juveniles fue "un movimiento romántico, anticlerical y generacional". Con un ideario entusiasta y confuso, se proponía generosamente "acompañar a los grandes sectores populares en su lucha por las reivindica-

ciones económicas y sociales". Con ese propósito destrozó los muebles claustrales, la gramática y la mente de muchos jóvenes. No alcanzó a proponer un plan concreto de reformas, como la generación de Mayo en el *Dogma Socialista*, su propuesta más conocida fue la reforma agraria del Yucatán.

Se substituyó el rigor de Descartes por el teologismo de Marx, la fraternidad de los pueblos por la lucha de clases.

En cambio, en Occidente, se desecha hoy el estilo retórico y la instrucción se ha vuelto cada vez más técnica y precisa. Las altas matemáticas, la microbiología, la informática y los ordenadores, han abierto nuevos y revolucionarios mundos.

Mayor importancia tiene, para el progreso, la inteligencia, los descubrimientos de Fulton y Fermi y el minucioso adiestramiento de los especialistas que el esfuerzo de millones de coolis mal pagos. La aritmética es siempre la condición primaria de una buena administración.

El progreso se vio además trabado por una política internacional incoherente. Los sucesivos gobiernos transitaron a los tumbos por el romanticismo, que nos valió el reproche de imprevisibles e inconfiables, con enormes quebrantos comerciales y financieros.

La complejidad de los estambres inmigratorios, las diferencias centrífugas de las ideas y de las ambiciones, en un país en constante mutación, acentuaron la declinación económica.

La austeridad de los principios republicanos, la sobriedad del lenguaje, fue substituida por un verbalismo emotivo, el régimen falaz y descreído y la causa redentora de los pueblos, el contubernio, las patéticas miserabilidades, los destinos esplendorosos y las efectividades conducentes.

Los estudios serios y metódicos, la disciplina y las pacientes investigaciones, la pulcritud del idioma perdieron prestigio. Eran preferibles los reclamos nebulosos y la inspiración, si no Divina al menos tribal. Un nuevo romanticismo eliminó las reglas de la lógica y las admoniciones de la experiencia.

La enseñanza oficial cayó a niveles que habrían desesperado a Sarmiento. Un club de fútbol merecía un mayor apoyo financiero que la Biblioteca Nacional. Un profesor gana menos que un estibador.

Las huelgas endémicas recortaron los cursos. Creció el ausentismo, el 30 % de los alumnos de las escuelas primarias deben repetir sus grados y ha aparecido el neoanalfabetismo cibernético.

Las Universidades oficiales envueltas por las tornadizas corrientes políticas han perdido fe y trascendencia. Como consecuencia han surgido las Universidades privadas dotadas de planes eficaces. Hoy tiene más prestigio un Master extranjero que un título nacional.

Desapareció el respeto por las cifras en los presupuestos oficiales y en los balances de las empresas públicas. Se creyó que todo era cuestión de imaginación y de tiza y los frutos fueron fastidiosamente instructivos.

La "sensibilidad" de los gobernantes pasó a ser una virtud más apreciada que la razón. Un prestigioso dirigente proponía resolver la crisis eléctrica a punta de corazón, fórmula que habría asombrado a Volta. Un conocido Presidente designó para Ministro de Hacienda a un poeta, a pesar de los reparos del mismo candidato. Con prudencia el artículo 16 de la Constitución exige como condiciones para los empleos la indoneidad del candidato y ese olvido ha sido la fuente de graves trastornos.

Los resultados descorazonan al público, el empobrecimiento lo exaspera. De 1983 a 1988 el P.B.I creció globalmente en el 4,6 % y la población en un 8,3 %. El P.B.I. cayó a 115 dólares anuales por cabeza y los salarios sufrieron en la última década una caída del 27 % en términos reales.

Pero esta crisis, someramente descripta, a pesar de tantas y amargas realidades, nos ofrece desde otro ángulo una saludable e inolvidable lección y por eso le tributamos este inesperado elogio. En efecto, nos ha presentado un convincente tratado de Economía Política. Nos ha enseñado con

puntualidad todo lo que no debe hacerse, les ha abierto los ojos a vastos sectores y a muchos incautos.

Ha actuado como un depurativo, ahora sabemos que nada se consigue sin capacidad y trabajo, en el orden público y en la vida privada. La experiencia ha sido penosa, pero ilustrativa.

Nos ha madurado, ha desgarrado el velo de las ficciones en que vivía adormecida la sociedad. La Argentina protegida por la Divina Providencia, de las cosechas ubérrimas, la cesta del mundo, El Dorado de los inmigrantes, donde las riquezas llovían sobre los pueblos, desapareció.

Los giros de la economía, la producción y la distribución de los bienes, la prestación de los servicios sociales, se han vuelto más complejos y costosos. Los desfasajes no se subsanan más con una buena cosecha ni con diez.

Ha surgido una nueva Argentina, en el Cono Sur de la América del Sur, pobre, con sus campos desabridos, con sus industrias quebradas, sin recursos para pagar sus deudas, conmovida por las diferencias políticas, corroída por los espectáculos televisivos y a menudo una literatura gerundiana.

Con una población de 7 millones de habitantes a principios de siglo y abundantes cosechas, en una sociedad patriarcal y culta, la vida económica era sencilla y flexible. Pero con el aumento de la población a 33 millones, que hay que alojar, educar, vestir y alimentar, los problemas sociales se han complicado y las reformas que deben emprenderse son más hondas.

A principios del siglo los errores de los gobernantes tenían poco influjo sobre las grandes masas de las poblaciones, la vida era barata y pocos leían las cotizaciones de la Bolsa, pero actualmente el menor error repercute agudamente en todo el país, en el costo de los alimentos y de los servicios.

En 1989 se contaban 19 mil villas miserias con 4 millones de habitantes, que vivían en condiciones infrahumanas y se estima que 4.500.000 padecían hambre, en el país del buen trigo y el buen vino.

La solidaridad cívica nos obliga a asistir a esos sectores, puesto que son nuestros conciudadanos y habitamos en la misma casa. Es difícil suponer que aceptarán resignadamente morirse de hambre, en homenaje a una ambigua economía de mercado.

Debemos abandonar la retórica y volver a la realidad, no somos un país subdesarrollado, sino un país que ha sido varias veces subgobernado en los últimos cinco decenios. Mecidos entre las ilusiones y los espejismos que se han desvanecido. Esta crisis nos enseña que debemos, en un mundo escabroso, basarnos en nuestra fuerza y no en los *stand by*.

Nos ha enseñado además que la capacidad de los funcionarios influye decisivamente en la vida de los ciudadanos. Poco valen los buenos sentimientos, si no se hallan respaldados por el carácter y los conocimientos idóneos. Las falencias de los administradores de muchas empresas públicas, elegidos por razones tribales, han sido en gran parte la causa de las pérdidas.

No bastan la sensibilidad, el buen corazón, los mejores propósitos. En un mundo cada vez más complejo, de su acierto dependen los pormenores de nuestra vida diaria, desde la luz, el agua, el tránsito callejero y hasta el precio de los zapatos.

Alguien ha proclamado que en la Argentina la plata no se hace trabajando y ésa ha sido la condena espontánea y definitiva de la economía que hemos padecido tantos años.

Los abusos fiscales de la burocracia, la dilapidación de los dineros de los contribuyentes por un Estado adiposo e ineficiente, el *tax payers money*, los malos negocios y los gastos suntuarios son los causantes en gran parte de la crisis. Han provocado el disgusto público y la creciente rebelión de los vecinos que se sienten defraudados.

Los pueblos han sufrido en carne propia la lección y ahora exigen de los funcionarios una inversión más cuidadosa de sus fondos y un manejo más acertado de la administración pública. Ese resquemor conlleva el requisito de

una mejor cultura cívica y la elección de los candidatos mejor preparados.

Se ha aprendido, con golpes y lágrimas, que no es posible burlarse de las leyes económicas, y que los gobiernos deferentes y manirrotos, después de las doradas promesas sólo brindan privaciones.

Es urgente perfilar las estructuras del Estado y modernizar los planes de educación, enseñar a los alumnos que el futuro está en sus manos, en su capacidad y no en una jubilación. Alentar a los argentinos para que trabajen, se enriquezcan y progresen en bien de todos.

Debemos recuperar la fe de los pioneros que abrieron las pampas y los montes, que fundaron colonias y poblaron los desiertos entre el asedio de los indios. La Patagonia y el norte son campos inmensos de explotación de riquezas. Los yacimientos de petróleo, libremente perforados por los argentinos, podrán transformar las áridas laderas de la Cordillera en una nueva Tejas.

Alberdi lo enseña. "Para salir de la pobreza no hay más que un camino, dar media vuelta y desandar el camino que nos ha conducido a ella. Si la ociosidad forzada o voluntaria y el dispendio por vicio o por error nos ha conducido al empobrecimiento, el camino natural y único para salir de ese estado y llegar a la riqueza, es el camino diametralmente opuesto, es decir el trabajo y el ahorro. Todas las teorías que pretenden explicar la producción de la riqueza por otros medios que el trabajo y el ahorro, son teorías falsas, de engaño y de ruina, que lejos de servir para remediar las crisis, sólo sirven para agravarlas".

El manejo del Estado se ha vuelto más prosaico. Los reclamos se han vuelto más concretos y diarios. Los pueblos, los ciudadanos ricos y pobres, están hartos de discursos y de anuncios, que las escuelas no enseñen, que los hospitales no tengan vendas, que los colectivos no circulen, que sea necesario esperar 10 años para conseguir un teléfono y cuando se consigue se deban pagar tarifas caníbales, que los cor-

tes de luz nos dejen a obscuras o atrapados en un ascensor, que encuentren al llegar a sus casas un telegrama de despido, que el Fisco confisque sus ahorros y que sean aventados por una insaciable burocracia.

La crisis nos obliga a ser realistas y modestos. No somos "El Dorado", el primer país del mundo, protegido por la mano de Dios. Debemos afrontar las molestas realidades y los porfiados factores económicos.

El cambio ha templado el carácter de las nuevas generaciones que deben luchar para conseguir un empleo, fundar un hogar. Hemos atravesado una prueba de fuego, la misma prueba que sufrieron otros pueblos, en una forma más cruenta, a través de las grandes hecatombes bélicas.

El plebiscito celebrado el 5 de agosto de 1990 en la Provincia de Buenos Aires para reformar la Constitución y permitir la reelección del Gobernador, ha marcado un saludable hito. A pesar del apoyo de los dos partidos mayoritarios, el 66 % de los ciudadanos decepcionados votaron en contra. Los movía un nuevo acicate, una nueva conciencia de sus derechos, perdieron vigencia las divisas de los partidos, los emblemas tribales, el viejito de la barba o de la boina. Los pueblos después de esta experiencia quieren resueltamente una administración honorable y capaz, que les brinde buenos servicios, escuelas, hospitales, trabajo y seguridad.

Ya no es posible deslumbrar a los electores con frases melodiosas, las realidades cotidianas son irreductibles. Sería inútil para un nuevo mago anunciar que transformará el país en pocos meses, que 2 más 2 no son 4 sino 6. Los pueblos se han vuelto más críticos.

La vida cara ha difundido las reglas aritméticas. Hemos llegado al fin a la mayoría de edad. Nos falta librarnos de algunos espectros coloniales y de las supersticiones borbónicas. Sólo con capacidad y buen sentido podremos remover los actuales estorbos y levantar las vallas que cierran nuestro porvenir.

La tarea es larga, todavía nos falta bastante para recuperar nuestro viejo prestigio. Pero contamos con una excelente población y un suelo fecundo para lograrlo. Comencemos por las bases, encendamos nuestro espíritu, reparemos nuestra descalabrada casa y cultivemos nuestro huerto.

La redención está dentro de nosotros, como en 1810, en 1852, en 1880, en nuestras cabezas y en nuestras manos.

TENDENCIAS DEL DERECHO MARÍTIMO CONTEMPORÁNEO

Trabajo sobre la base del cual el académico Dr. José D. Ray expuso en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (noviembre de 1990) y en el Curso de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), en la ciudad de Río de Janeiro (julio de 1991)

El siglo xx se caracteriza por la gran transformación técnica y en los últimos años se ha producido un "shock de cambio" en los negocios y en la política, con gran influencia en las comunicaciones y la informática.

Estamos en el umbral de un nuevo siglo y frente a los grandes cambios y a la evolución de la técnica, en algunos países como en el nuestro se ha producido una paralización, un retroceso que nos preocupa y que en forma imperativa debemos revertir.

No obstante esa involución, hemos podido recibir en buena parte el reflejo de la transformación de la técnica en el mundo y de los efectos que se manifiestan en el campo de los negocios y, desde luego, en el marítimo.

Después de una breve referencia histórica nos proponemos señalar las nuevas tendencias que encontramos en el derecho marítimo contemporáneo, por el reflejo que ellas tendrán en países como el nuestro.

1. LA HISTORIA Y EL DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

En la historia de la navegación cabe distinguir netamente dos épocas, la de la navegación a vela y la de la navegación a vapor [1].

[1] Ver J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, 1964.

La navegación a vela

En el período de la navegación a vela, el casco y la arboladura de los buques era de madera y su velocidad estaba limitada por la acción de los factores climáticos, en especial del viento, fuerza impulsora por excelencia; se carecía de medios de comunicación con tierra y los viajes no tenían duración fija.

Como resultado de esos caracteres, el viaje y la expedición se constituyen en el centro de referencia de todas las normas jurídicas. El buque se equipaba y se armaba para cumplir con un viaje determinado, alrededor del cual se concentraban una serie de intereses, y concluido ese viaje, generalmente redondo, es decir, con regreso al puerto de partida, el buque entraba en desarme.

Los grandes capitales que se necesitaban para llevar a cabo la expedición y los riesgos enormes a que se encontraba sometida, determinaron la aparición de diversos medios tendientes a disminuir esos riesgos, tratando de descargarlos sobre un tercero o repartiéndolos entre los distintos intereses vinculados a la aventura. Al primer criterio respondían el préstamo a la gruesa y el seguro, al segundo las formas asociativas y específicamente la echazón para los casos en que se ponía en peligro el buque y la carga.

La navegación a vapor

A principios del siglo XIX se produce una revolución trascendental, con la aplicación del vapor y el carbón en la navegación.

Desde entonces los progresos técnicos han sido incesantes; las ruedas a paletas de los primeros vapores fueron reemplazadas por las hélices y posteriormente se inventó la turbina. Estos progresos traen como consecuencia una mayor velocidad y hacen posible determinar con cierto grado de certeza el tiempo de duración de un viaje.

Por otra parte, el modo de construcción de los buques

sufre también una importante transformación. Desde 1820 se utiliza el hierro como material de construcción, con la ventaja de su mayor resistencia, su menor volumen para igual desplazamiento y menores gastos de conservación, determinando el constante aumento de las dimensiones y tonelaje de los buques.

También se opera una especialización en los buques que se dedican al transporte de pasajeros, mixtos o de carga general o específica, como los petroleros, frigoríficos, etc.

Existen otros progresos que, sin estar directamente vinculados a la navegación, han pesado en la transformación de las normas que la regulan. La telegrafía sin hilos y los demás medios modernos de comunicación han tenido una gran influencia en esta materia.

Como consecuencia de estas transformaciones aparecen las líneas regulares de navegación. Ya no es el viaje, con el consiguiente armado al principio y desarme al final, la unidad sobre la cual se concentran todas las normas legales. Las líneas prestan servicios con varios buques que tienen itinerarios e inclusive fechas preestablecidas de partida y llegada a puerto. Estas líneas hacen posible el desarrollo del contrato de transporte de mercaderías por agua, previsto a través del "fletamento a carga general" en los códigos antiguos.

El fletamento total o parcial queda en cambio reservado a los buques "tramps" o vagabundos, que toman carga marginal y hacen competencia en cierta forma a los buques de línea. Aparecen además otros contratos de utilización, como el "time charter", en el que se desdobla la empresa de navegación y la de transporte o la llamada gestión náutica y comercial, respectivamente.

Se perfilan tres sujetos distintos, el propietario, el armador y el transportador, que pueden encontrarse reunidos, o no, en una sola persona. El primero, sujeto del derecho de propiedad sobre el buque, el segundo, titular de la empresa de navegación, es decir, la persona por cuenta de quien navega el buque, y el tercero, titular de la empresa de transporte, o sea, quien se compromete a entregar la mercadería

en el puerto de destino tal como la recibió en el lugar de origen.

El capitán ve disminuidas sus extraordinarias facultades. Sus plenos poderes quedan afectados por el desarrollo de las comunicaciones y la celeridad con que deben cumplirse los viajes determina la aparición de otro sujeto: el agente marítimo, quien se hace cargo de las funciones relacionadas con la llegada, permanencia y partida del buque, en los distintos puertos.

Las complicaciones técnicas que ofrecen los buques hacen necesaria una preparación especializada para el personal de a bordo.

Junto a los oficiales peritos en el arte de la navegación, aparecen los maquinistas desde ingeniero a fogonero, el personal de servicio, médicos, enfermeros, etc. El desarrollo del derecho laboral ha modificado igualmente los beneficios acordados a la tripulación, superando a las antiguas leyes, precursoras en la materia. Ha desaparecido también prácticamente el ajuste a la parte, que subsiste para algunos casos específicos, como por ejemplo para la navegación pesquera.

Mientras que la industria del seguro va cobrando una importancia cada vez mayor, desaparece el préstamo a la gruesa, conservado en la legislación sólo por tradición.

El contrato de pasaje adquiere una importancia tal, que algunas líneas se dedican exclusivamente al transporte de pasajeros, y se contempla así el régimen de responsabilidad del transportador en forma particular. Se desarrolla el remolque, en sus diversas modalidades, por el cual buques con características especiales prestan su propulsión a otros.

J. M. Ruiz Soroa, en su *Manual de Derecho Marítimo* publicado en 1990, dice que "el protagonismo del buque como figura central de la economía marítima ha ido desapareciendo aceleradamente a lo largo del último siglo" y que "la empresa marítima, encuadrada en los amplios moldes que ofrece el Derecho Mercantil, ha suplantado al buque como centro de imputación de la actividad. El sujeto del Derecho Marítimo ha pasado a ser el naviero y el buque se

ha visto relegado a un papel más humilde, el de mero objeto o vehículo de la actividad".

No hay duda alguna de que ha evolucionado la explotación de la actividad navegatoria con el desarrollo de los "liners" y con la superación del viaje como centro de la actividad navegatoria y del buque armado para la expedición y que entraba en desarme al finalizar la misma. Así también las nuevas formas del ajuste de la gente del mar, el embargo de los "sistership", las nacionalidades transitorias y los dobles registros, son demostración de nuevas modalidades de las instituciones. Sin embargo, pese a ello, el buque sigue ocupando un lugar de privilegio y esto se pone de manifiesto al estudiar las instituciones del derecho de la navegación.

Es llamativo que todas las normas de los códigos latinoamericanos y podríamos decir iberoamericanos, con excepción de las leyes de la Argentina de 1973 y de Chile de 1986 y 1989, regulen las instituciones como en la época de la navegación a vela y que su actualización se haya obtenido, parcialmente, a través de la ratificación de las convenciones internacionales. El ejemplo revelador lo brinda España, como se puede apreciar al pasar revista a las convenciones aprobadas y a las leyes y decretos dictados en los últimos cincuenta años como consecuencia de esa ratificación, frente a un Código de Comercio de 1885.

La navegación nuclear

Con la incorporación de la propulsión nuclear a la navegación se habría podido pensar en la aparición de un nuevo período, pero por el costo y el riesgo del combustible nuclear no se ha configurado tal cosa.

Cabe la mención del buque norteamericano "Savannah" destinado al transporte de carga y de pasajeros, el rompehielos soviético "Lenin" y el alemán "Otto Han" que visitamos años atrás; pero hasta hoy los grandes buques tanques, buques de línea y changadores (liners y tramps), los

"porta-containers" y los buques "lash" siguen usando los medios de propulsión convencionales.

2. LAS TENDENCIAS DEL DERECHO MARÍTIMO CONTEMPORÁNEO

Así como sería exagerado hablar, entonces, de un nuevo período en la historia del derecho de la navegación, sí es posible señalar algunas tendencias del derecho marítimo internacional contemporáneo y nos proponemos destacar las más notorias, sin perjuicio de algunas referencias al derecho comparado.

Sintéticamente, esas tendencias son las siguientes:

a) El predominio de los organismos de Naciones Unidas en la elaboración de las normas internacionales.

b) La aparición de una nueva sistematización dentro del concierto del derecho internacional, el derecho del mar, codificado en la Convención de Montego Bay de 1982.

c) La protección ecológica, es decir, las medidas que se han adoptado para prevenir o remediar la contaminación por hidrocarburos y las que se están estudiando para paliar las consecuencias que pueden derivar del transporte de mercaderías nocivas y peligrosas.

d) Las medidas de seguridad y la represión de actos ilícitos en el mar, en especial, del terrorismo.

e) El desarrollo del transporte multimodal y de nuevos personajes en el campo del derecho de los transportes como, por ejemplo, el "forwarding agent" o agente de remisión de mercaderías.

f) La influencia de las nuevas concepciones jurídicas, consecuencia de un afinamiento en el tema de la responsabilidad civil y la pretensión de buscar nuevas fórmulas para distribuir el riesgo marítimo y las causales de exoneración y de limitación de responsabilidad en caso de pérdidas y de

averías por daños y gastos que inciden en las mercaderías transportadas.

g) Las nuevas modalidades y las nuevas fórmulas de contratación y de documentación, como consecuencia de la necesidad de precaver contra el fraude marítimo y las características impuestas por la informática y la computación.

h) La intervención estatal, en la instrumentación de una política de marina mercante a partir de 1960, que hoy se está poniendo en crisis, ante la tendencia de estos últimos años a la desregulación y cuyo ejemplo se da en forma acentuada en el derecho aeronáutico. En el Perú se ha dictado el mes pasado un decreto suprimiendo la reserva de cargas para los buques nacionales y proclamando la libertad de navegación.

i) Estas tendencias —que no excluyen otras que se puedan señalar, como por ejemplo, la explotación del mar, con las operaciones "off-shore", así como la influencia que éstas tienen en el derecho de la navegación— caracterizan el derecho marítimo actual y la evolución de los últimos treinta años.

3. LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO MARÍTIMO Y LA LABOR DE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES DE LAS NACIONES UNIDAS

1) La navegación internacional relaciona a personas vinculadas a ordenamientos jurídicos distintos y de aquí la conveniencia de una legislación uniforme y la consagración de normas de solución de conflictos legislativos y jurisdiccionales.

En esa obra de unificación y de soluciones se distinguieron tradicionalmente dos instituciones nacidas en Bélgica, en Amberes, la International Law Association y, fundamentalmente, el Comité Marítimo Internacional.

La primera de esas organizaciones, fundada en 1873, con

el nombre de "Association for the reform and codification of the Nations", en 1895 adoptó su denominación actual: "International Law Association" y realizó una obra importante, por ejemplo, las célebres "Reglas de York-Amberes", en sus distintas versiones hasta la de Estocolmo de 1924. En los últimos años trata incidentalmente algunos temas de derecho de la Navegación por haber cedido la primacía en esa tarea al Comité Marítimo Internacional, fundado a fines del siglo pasado por Louis Franck, Carlos Lejeune y Augusto Bernaert.

2) El Comité Marítimo Internacional trabajó sobre la base de elaboración de proyectos de convención, en función de la información suministrada por las Asociaciones Nacionales, y estos proyectos se aprobaban primero en conferencias privadas y, luego, en las diplomáticas convocadas por el gobierno belga, en la ciudad de Bruselas. Así se sancionaron, entre otras, las Convenciones de Abordajes y la de Asistencia y Salvamento en 1910; la de unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos, en 1924; la de inmunidad de buques del Estado en 1926; las de limitación de responsabilidad del propietario de buques de mar, en 1924 y en 1957; las de hipotecas y privilegios en 1926 y 1967; la de embargo de buques y de competencia civil y penal en casos de abordajes en 1952; la de pasajeros en 1961 y 1974; la de responsabilidad en la explotación de buques nucleares, en 1962.

3) En esa tarea, entre principios del siglo y la década de 1961, no puedo dejar de recordar la labor de la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, fundada por Estanislao Zeballos en 1905 y presidida por Leopoldo Melo, Atilio Malvagni y Alberto Cappagli sucesivamente. La Asociación Argentina fue la primera en Latinoamérica y ha trabajado activamente en la segunda mitad de este siglo, es decir, desde 1952 hasta la actualidad.

4) Esa tarea que tenía a su cargo el Comité, con las Asociaciones afiliadas al mismo, y constituidas por armado-

res, aseguradores, liquidadores de avería gruesa, abogados y profesores de derecho y que se reunía en Conferencias privadas realizadas desde 1897 hasta la última de París, de junio de 1990, debió ceder su labor protagónica en la sanción de los textos internacionales, a las organizaciones de las Naciones Unidas, fundamentalmente a la Organización Marítima Internacional (O.M.I.), a la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (United Nations Conference for Trade and Development U.N.C.T.A.D) y a la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (U.N.C.I.T.R.A.L., United Nations Commission of International Trade Law).

Desde 1969 el Comité se ha convertido en un organismo de carácter asesor de esas organizaciones internacionales y —con independencia de los proyectos que les hace llegar— realiza seminarios y publicaciones y elabora normas, que pueden tener valor si las partes las adoptan voluntariamente en sus convenios o como simple orientación doctrinaria. En este sentido podemos mencionar las Reglas de York-Amberes en sus versiones de 1950, 1974 y 1990; las Reglas de Lisboa sobre indemnizaciones de daños y perjuicios en casos de abordajes y las Reglas sobre Way-bills y documentación del transporte en materia electrónica, a que más adelante nos referiremos. En síntesis, los organismos de Naciones Unidas han asumido la labor que tenía el Comité.

En primer lugar mencionamos la Organización Internacional del Trabajo, creada por el Tratado de Versalles y que, al desaparecer la Sociedad de las Naciones, entidad madre, debió reajustar sus actividades, conforme a la nueva estructura establecida en la Carta de San Francisco.

Excede los límites de este panorama entrar a detallar el origen, la constitución y la labor de los organismos mencionados y basta con señalar que en las Conferencias convocadas por Naciones Unidas, a instancias de O.M.I., U.N.C.I.T.R.A.L y U.N.C.T.A.D. se han sancionado convenciones que tienen suma importancia en el derecho de la navegación y en el comercio internacional. Podemos mencionar, a

título de ejemplos, las Convenciones sobre responsabilidad civil e intervención en el mar libre en casos de contaminación por hidrocarburos, Bruselas 1969; sobre el Fondo Internacional de Garantía sobre el mismo tema de 1971, con sus protocolos de 1984; sobre limitación de responsabilidad por créditos marítimos de 1976; sobre transporte de mercaderías de Hamburgo de 1978; la de Transporte Multimodal de Ginebra de 1980; la referente a Compraventas Internacionales de Viena de 1980; sobre un Código de Conducta de 1974; la de matriculación de buques (1986); la de Salvamento de 1989 y las referentes a seguridad de la navegación y represión de ilícitos en el mar, esta última de Roma, después del célebre caso del "Achille Lauro".

4. EL NUEVO DERECHO DEL MAR

a) Después de la Conferencia de Ginebra de 1958, en la que se aprobaron 4 convenciones sobre mar territorial y zona contigua, sobre alta mar, sobre plataforma continental y sobre pesca y conservación de los recursos vivos de alta mar —y después del fracaso de la Conferencia de 1960 para determinar la extensión del mar territorial— no es exagerado decir que a partir de 1969 se ha producido una verdadera transformación en el derecho internacional y se ha estructurado un nuevo sector del ordenamiento jurídico: el derecho del mar.

Ese derecho se nutre con los temas de Derecho Internacional Público y los de la Navegación referidos a los buques y espacios marítimos y con todo lo que hace a prevenir o a subsanar la contaminación y a la explotación de las riquezas del mar.

b) A comienzos de la década de 1970, el Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, René Jean Dupuy, señalaba que se había producido una revolución en los principios tradicionales del derecho del mar.

Esa afirmación que pronunciara en el seno de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, la precisó en su obra, publicada en 1979, titulada *L'Ocean Partagé*, diciendo que el derecho del mar ha evolucionado y de un derecho unidimensional ha pasado a ser pluridimensional y del derecho del movimiento y de la circulación se convierte en el derecho de la empresa, tipificado por la influencia de la costa hacia el mar.

Emmanuel du Pontavice —sucesor de George Ripert y René Rodière en la cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de París—, refiriéndose precisamente a la evolución del derecho del mar, nos dice que éste ya no es sólo una superficie para la circulación, sino un volumen a explotar. En el pasado el mar era un lugar de pesca y una vía de comunicación; hoy los fondos marinos adquieren un relieve inusitado por las posibilidades que se presentan para su industrialización.

c) Du Pontavice afirma que la conjunción entre los institutos del derecho del mar y de la navegación importa volver a la vieja concepción de la célebre Ordenanza para la marina mercante de Colbert, de 1681.

Sin perjuicio de la coincidencia de algunos temas, consideramos que ambas sistematizaciones se centran alrededor de puntos distintos. La Ordenanza de 1681, en la navegación, los sujetos, el almirantazgo, los puertos, las costas y la pesca; el derecho del mar y la Convención de 1982 que lo estructura se refieren al ámbito en que esas actividades se realizan con todo lo referente a la regulación de la jurisdicción y legislación de los Estados sobre los espacios marítimos y al aprovechamiento de los espacios acuáticos y de los fondos marinos.

d) La Convención suscripta en 1982, en Montego Bay, quizás es el tratado internacional que más demoró en su elaboración y de los más extensos; codifica el derecho del mar. Más de 10 años desde que la Asamblea General adoptó la decisión de realizar los trabajos preparatorios y ocho años desde la primera sesión de Caracas, en 1974, hasta la de

abril de 1982 en New York, para culminar con la firma del texto en la mencionada ciudad de Jamaica a fines de ese año 1982.

Es también el más extenso Tratado de Derecho Internacional por el número de artículos, trescientos veinte, divididos en diecisiete partes, a los que deben adicionarse nueve anexos.

La simple lectura de los títulos de esas partes ilustra sobre el contenido de la Convención.

e) La Convención es un tratado y se ocupa de todos los temas del derecho del mar: espacios marítimos, sus límites, la jurisdicción y ley aplicable al buque; la protección y preservación del medio marino, el imperativo ecológico, la lucha contra la contaminación; la investigación científica, e incorpora el concepto de "patrimonio común de la humanidad" con respecto a los fondos marinos en "la Zona", la autoridad internacional sobre estos fondos y la creación del tribunal del Derecho del Mar.

f) No podemos dejar de recordar que con anterioridad a la primera sesión oficial de la Conferencia, en Caracas, Jorge Aja Espil en 1973, en su obra *Las nuevas cuestiones del derecho internacional marítimo*, destacaba que el mar era un escenario de una profunda revolución tecnológica y económica y comentaba la resolución del "Comité Jurídico Interamericano del 9 de febrero de 1975". Es interesante la lectura de esa resolución por la coincidencia que presenta con las soluciones incorporadas en la Convención.

g) En la Conferencia se reflejó la influencia de los Estados costeros, con amplio litoral marítimo, la de los industrializados y de los que están en vías de desarrollo, así como la confrontación "Norte-Sur", que no coincidió necesariamente con la posición de esos Estados.

La Convención fue aprobada por 130 votos a favor, 4 en contra (EE. UU., Turquía, Israel y Venezuela) y 17 abstenciones. Hasta 1984 obtuvo 159 firmas y según la información 42 Estados adhirieron a la ratificación y se espera que en un futuro no lejano, alrededor de 3 ó 4 años, entrará en

vigencia, porque sólo faltaría la decisión de 18 Estados a ese efecto.

Es importante destacar que más de 80 Estados han adoptado sus soluciones con respecto al mar territorial de 12 millas y que la tesis de la zona económica exclusiva es un principio admitido en el derecho internacional contemporáneo [2].

h) La República Argentina superó la posición que en un principio se planteó con motivo de una resolución que figuraba en el acta final (sobre el tema de las Islas Malvinas) y antes de la fecha límite, final del año 1984, firmó la Convención. En la Cámara de Diputados, el Dr. Jorge Vanossi presentó un proyecto proponiendo su ratificación.

La Convención no ha entrado en vigencia, pero no se puede desconocer que hasta la fecha es una obra de doctrina importante y que se refiere a temas fundamentales del derecho de la navegación.

i) Ahora bien ¿en qué medida puede considerarse que muchas normas de la Convención son una codificación de la costumbre internacional o de nuevos principios, que dependen de la ratificación por los Estados?

¿La Convención es fuente de derecho, es decir, la Convención es fundamento de validez para la decisión de los problemas que se planteen en algunos o en muchos de los numerosísimos temas que ella contempla?

Hay algunas normas de la Convención que para entrar en vigencia dependen de la actitud futura de los Estados, pero aquellas otras que traducen principios que están siendo aceptados en forma pacífica por los Estados ¿pueden considerarse que son codificación y expresión del derecho vigente?

2 El 27 de diciembre de 1988 el Presidente de EE.UU. firmó la providencia Nº 5928 diciendo que EE.UU. tiene un mar territorial de 12 millas.

Ver: BRUCE E. ALEXANDER, de la Universidad de Virginia, *The Territorial Sea of the United States: Is it twelve miles or not?*, en "Journal of Maritime Law and Commerce" (vol. 20, Nº 4, octubre de 1989, p. 449).

El autor destaca: a) que la proclama es algo más que una declaración de política exterior; es proclamar el ejercicio de la soberanía en un nuevo territorio, lo que no es atribución del Presidente, b) que el titular del Poder Ejecutivo puede ejercer jurisdicción, pero no ejercitar la soberanía en nombre de los EE. UU., para lo cual se requiere la decisión del Congreso.

Hugo Caminos, en el *Traité du Nouveau Droit de la Mer,* dirigido por René Dupuis y Daniel Vignes, en el capítulo II se refiere a las fuentes del derecho del mar y comenta los artículos de la Convención que se relacionan con el tema y las consecuencias que pueden derivarse para los Estados que no aprueben el nuevo Estatuto respecto de la costumbre y los principios del derecho internacional que el mismo incorpora a su texto [3].

[3] 1º) Con respecto a la primacía de normas en el derecho internacional el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dice que los textos aplicables son los siguientes:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o especiales, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados en litigio.

b) La costumbre internacional, como constancia de una práctica general aceptada jurídicamente.

c) Los principios generales del derecho, reconocidos por las naciones civilizadas.

Por último, ese art. 38, señala las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más calificados de las diferentes naciones, como medio auxiliar de la determinación de las reglas de derecho aplicables.

Ese art. 38, formulado en el año 1920, ha tenido eco y sirve de orientación a los estudios y, a pesar de las críticas, la mayoría imputables al clima de la época de su sanción, no ha perdido su prestigio. Es mencionado en numerosos tratados de arbitraje y ha servido en general de fundamento a las decisiones de los tribunales internacionales.

2º) La Corte Internacional de Justicia ha dicho que los términos y principios del derecho internacional en su uso general no significan otra cosa que el derecho internacional tal como está en vigor entre todas las naciones.

3º) De la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados deben tomarse en cuenta tres disposiciones fundamentales con respecto a las relaciones entre la costumbre y los tratados internacionales.

La primera está enunciada en el art. 38 del Tratado en cuanto una disposición de un tratado se convierte para un tercer estado, es decir para el que no es parte contratante, en regla obligatoria, en tanto traduzca una regla consuetudinaria reconocida como tal por el derecho internacional.

La segunda se encuentra en el art. 43, en tanto y en cuanto la nulidad, la exclusión, la suspensión o la denuncia de un Tratado no libera al Estado que invoque esa circunstancia de la aplicación de las disposiciones del Tratado en cuanto se encuentre sometido a la misma en virtud del derecho internacional vigente, independiente del tratado (coincide con el art. 317 de Montego Bay).

La tercera está consagrada en el art. 53 que dispone que una norma imperativa del derecho internacional, aceptada y reconocida por la comunidad internacional, no puede ser dejada de lado salvo por otra norma del derecho internacional general que no tenga el mismo carácter.

Se dio como ejemplo el principio de la utilización pacífica de los fondos marinos y de aquí lo establecido en el art. 311 de la Convención de Montego Bay.

4º) Aunque no está mencionado en el art. 38 de la Corte algunas resoluciones de las organizaciones internacionales son admitidas como fuente del derecho internacional.

5º) Se ha dicho que la realización de los objetivos de la convención de

Se ha dicho "que no es una canasta de frutas de la cual cada Estado puede elegir la que más le gusta y desechar la que no le satisface, porque las soluciones se aprobaron sobre la base del sistema del 'Package deal', es decir, de un acuerdo global y como una transacción de principios encontrados".

Es cierto que hay normas de la Convención que para entrar en vigencia dependen de la actitud futura de los Estados, pero hay otras que traducen principios aceptados pacíficamente y que pueden considerarse que son codificación y expresión del derecho internacional vigente [4].

j) La Comisión Económica para América Latina y el Caribe, la CEPAL, destacó el aporte de América Latina para

---

1982 contribuirá a poner en juego un orden económico internacional, justo y equitativo, en el que se tendrán en cuenta los intereses y necesidades de la humanidad.

6º) Las condiciones geográficas de los países latinoamericanos se han considerado como algo particularmente propicio al desarrollo del derecho de mar (Ricardo Mónaco, *Mesa Redonda sobre Derecho del Mar*, Roma, Instituto Italo Latinoamericano, p. IX).

7º) John Colombos destaca que la costumbre es la fuente más importante del derecho del mar y que en el sentido clásico tradicional derivaba de las prácticas de las poderosas flotas mercantes y militares. Sin embargo, la reacción de los países en vías de desarrollo ha sido muy grande y parte de sus aspiraciones han sido reconocidas en la Convención de Montego Bay (p. 53).

8º) El art. 300 de la Convención es de carácter innovador en tanto y en cuanto habla del abuso de derecho y dispone que los Estados-partes ejercerán sus derechos, su competencia y la libertad (facultades que la Convención les reconoce) de una manera que no constituya un abuso de derecho y se ha entendido que esta expresión debe ser interpretada como aplicándose a los derechos de otros estados. (Ver "Anexo".)

9º) En su trabajo, Caminos hace referencia a la jurisprudencia internacional que ha servido como forma de interpretar las reglas internacionales (p. 97) y desde el célebre caso del buque francés "Lotus" en el abordaje con el buque "Bozkourt", fallado por la Corte permanente de Justicia Internacional en 1926, se refiere a los posteriores del actual tribunal en que se han descartado problemas de las pesquerías y de las plataformas continentales, entre otros casos (p. 99) (RENÉ-JEAN DUPUY, DANIEL VIGNES, *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, París-Bruselas, 1985, Capítulo II, *Les Sources du Droit de la Mer*).

4 En las clases que dictamos en Río de Janeiro, en el "Curso de Derecho Internacional", de la Organización de Estados Americanos, tuvimos oportunidad de intercambiar puntos de vista sobre el futuro de la Convención y se ha pensado, para obtener la ratificación o adhesión de las grandes potencias, que por vía de la reglamentación se flexibilicen algunos principios, como los referentes a transferencia de tecnología y utilización de los fondos marinos.

el nuevo Derecho del Mar, que debe desempeñar un papel pionero para imprimir la vitalidad necesaria a este nuevo orden de los océanos.

En un comunicado dice que es una manifestación concreta del Nuevo Orden Económico internacional, más justo y equitativo, y que el Grupo Latinoamericano, el GRULA, influyó en todos los sectores tradicionales del Derecho del Mar y, en especial, en el referente a las áreas oceánicas y en la regulación de la pesca más allá de la jurisdicción nacional.

Fue importante la intervención del GRULA en todo lo relacionado con que los fondos marinos y océanicos se declararan *patrimonio común de la humanidad* y con la precisión de su contenido, así como con la creación de un órgano de la organización que tendría por cometido la realización directa de la extracción, el procesamiento y la comercialización de los minerales en la llamada "Zona", que no está sometida a ningún Estado del concierto internacional.

Se concreta así la idea de un derecho internacional promotor del desarrollo real más que de regulación y limitación de los poderes estatales.

5. LA PROTECCIÓN ECOLÓGICA. CONTAMINACIÓN

a) Una de las preocupaciones fundamentales en la segunda parte de este siglo es la protección al medio que nos circunda, la solución de los problemas ecológicos. La protección del planeta tierra y la ecología se desarrollan en la segunda mitad de este siglo [5].

[5] Ver el Seminario que organizamos sobre contaminación, en 1983, con el patrocinio del Instituto de Derecho de la Navegación de la Facultad de Derecho y el Comité de Armadores de Buques Tanques.

Gregorio Timagenis, en su obra publicada en el Pireo, en 1987, después de puntualizar que la prevención y represión de la polución es uno de los temas importantes en el derecho del mar, distingió dos períodos en su evolución: uno desde 1954 hasta 1971 inclusive y, otro, desde entonces hasta la publicación de su trabajo en el año 1980.

El primero (1954-1971) se caracteriza porque la preocupación por la protección al medio ambiente se limitó a la prevención de la contaminación por

Dentro de esa corriente es importante señalar las nuevas tendencias en materia de responsabilidad por la contaminación a consecuencia de los derrames de hidrocarburos.

La labor protagónica, en ese sentido, ha estado a cargo de la O.M.I. que tiende a proyectar las normas internacionales referentes a la seguridad de la navegación y a la protección ecológica.

b) Prescindiendo de las medidas adoptadas en el marco de "Marpol" para evitar la contaminación de las aguas por los desechos de los buques, el tema adquirió relevancia con motivo de las tragedias del "Torrey Canyon" y del "Amoco Cadiz".

En efecto, el derecho marítimo internacional fue influido por esos dos accidentes: el caso del "Torrey Canyon", en 1967 y, once años después, el del "Amoco Cadiz". Como consecuencia de la fractura del casco de los buques se produjo una contaminación muy grande y dio motivo a varios juicios.

Hemos tenido oportunidad de referirnos a estos accidentes en varias oportunidades y sería interesante puntualizar las características de cada uno de ellos, las circunstancias en que se produjeron los fallos citados por los tribunales, pero lo importante es que dieron motivo a varias convenciones internacionales.

---

hidrocarburos y porque las normas de las convenciones aprobadas en ese período se encuadraban en el Derecho Internacional tradicional.

Se prohibieron las descargas internacionales de petróleo y en la Convención de 1969 se previó la intervención de los Estados en alta mar, fuera de las aguas jurisdiccionales, lo que, en nuestra opinión, podría justificarse por el estado de necesidad.

En el ámbito del Derecho Privado se adoptó la Convención de 1969 sobre responsabilidad civil por contaminación derivada de hidrocarburos y la de 1971 sobre establecimiento de un fondo internacional para hacer frente a esos daños.

En el segundo período (1972-1980) —dice— se han intensificado los estudios para la protección del medio ambiente susceptible de ser afectado por cualquier tipo de sustancias contaminantes. Nuevas reglas internacionales se dictaron, con diferencias radicales respecto de los tradicionales conceptos del Derecho Internacional, lo que se puso de manifiesto tanto en la Conferencia de Estocolmo en 1972, como en la de Londres de 1973 y en los Acuerdos Regionales del Mediterráneo, de Kuwait y del Norte de Europa.

Ver G. J. TIMAGENIS, *International Control of Marine Pollution*, 1980, vol. 3, p. 4 y ss.

El caso del "Exxon Valdez", accidente producido en marzo de 1989 en Bligh Reef (Alaska), fue el determinante de una legislación muy severa en EE. UU. (Oil Polution Act 1990), y se plantearon complejos litigios ante los tribunales federales de Anchorage, algunos de los cuales podrían llegar a la Corte Suprema de EE. UU.

c) A consecuencia del accidente del "Torrey Canyon", la O.M.I. se ocupó del tema y se sancionaron dos convenciones en 1969 y una tercera en 1971.

Las de 1969 son la de responsabilidad civil del propietario del buque por las consecuencias de los daños producidos por la contaminación de hidrocarburos y la de intervención del Estado costero fuera de las aguas jurisdiccionales para prevenir daños al "environment", término que se traduce por "medio ambiente", a pesar de que se dice que entraña una redundancia.

La tercer convención, de 1971, es la que crea un fondo internacional de garantías para complementar la de 1969, en cuanto al límite de las indemnizaciones, a los casos de insolvencia de los responsables y a las medidas que se deben tomar después de producido un accidente.

La Convención de 1969 consagró un régimen de responsabilidad objetiva con algunas excepciones.

d) Después del naufragio del "Amoco Cadiz", se consideró la conveniencia de revisar las convenciones sobre responsabilidad civil de 1969 y la del Fondo de 1971, así como también la de Asistencia y Salvamento de 1910, para estimular las tareas de asistencia y salvamento y contemplar las indemnizaciones que deben abonarse para proteger, evitar o disminuir los daños al medio ambiente, es decir, tomar muy en cuenta lo que indican los ecologistas.

Esas revisiones se concretaron en 1984, con la sanción de los protocolos a las convenciones de responsabilidad civil de 1969 y a la del Fondo de 1971, y en 1989, con la nueva convención sobre asistencia y salvamento a la que nos referimos en una sesión pública a fines de 1989 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Sobre las otras convenciones hemos constituido un grupo de trabajo con las autoridades públicas y representantes de empresas petroleras para analizar la conveniencia o no de que la Argentina se incorpore a esos estatutos internacionales. El tema se complementa con el de transporte de materias nocivas y peligrosas y se han planteado serias dificultades para plasmar en un texto internacional la responsabilidad emergente de este transporte.

e) Cabe reiterar que el papel de asesor asumido por el C.M.I. se puso de manifiesto con los trabajos realizados para la elaboración de esos textos internacionales.

f) Tanto en esas convenciones y sus protocolos como en la de Montego Bay de 1982, la protección al "medio ambiente" es la finalidad que caracteriza la preocupación de los Estados y Organismos Internacionales, principalmente de la O.M.I.

g) La Sección 6 de la Convención de 1982 se refiere a la adopción por los Estados de las medidas de ejecución respecto de las contaminaciones mencionadas precedentemente y a la responsabilidad del Estado respecto del cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

La Convención posibilita la futura celebración de acuerdos sobre el tema y establece que las obligaciones específicas contraídas por los Estados en virtud de convenciones especiales sobre protección y conservación del medio marino deben cumplirse de manera compatible con los principios y objetivos generales de la Convención (art. 237).

h) Sobre este tema, debemos señalar que, a instancias de la O.M.I., en 1990 se sancionó una nueva Convención sobre la preparación, la lucha y la cooperación en materia de contaminación por hidrocarburos.

i) Como consecuencia de los artículos de la Convención sobre asistencia y salvamento de 1989, referentes a la protección al medio ambiente, se modificó la Regla VI de York Amberes y llama la atención la reciente interpretación de quienes inspirados en intereses particulares no han entendido bien el sentido de las nuevas normas de la Conven-

ción de 1989 y la mencionada modificación a la Regla VI de York Amberes.

j) Por último, el accidente del "Exxon Valdez", ocurrido el 24 de marzo de 1989, ha sido de tal importancia que en EE. UU. se dictó la Oil Polution Act 1990.

Esta ley tiene una importancia fundamental, con normas para prevenir y combatir la polución y un severo sistema de responsabilidad objetiva.

Para el año 1992 el C.M.I. ha convocado a un seminario sobre contaminación y transporte de mercaderías peligrosas por la importancia que el tema reviste en materia internacional.

6. SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN

Después de la tragedia del "Titanic", ocurrida en 1912, la preocupación fundamental de los Estados fue la sanción de Convenciones y resoluciones para asegurar en lo posible la seguridad de la navegación.

Así, finalizada la primera guerra mundial, podemos mencionar la Convención sobre Seguridad de la Navegación de 1929 y la de Líneas de Carga de 1930. De aquí que Francesco Berlingieri dijera —en 1928— que la tendencia a buscar la seguridad en la navegación era uno de los rasgos característicos de la navegación moderna.

Esas Convenciones fueron reformadas posteriormente así como también el Reglamento para prevenir colisiones en el mar.

En cuanto a la prevención de accidentes y consideración de las condiciones meteorológicas, señalamos que con fines publicitarios y algo de sensacionalismo se habla de una nueva era en la navegación por la influencia técnica del sistema de los satélites. En pocos meses el primer sistema posicional estará en condiciones de ser utilizado para los distintos intereses comprometidos en el negocio marítimo, autoridades portuarias, practicaje, servicios de rescate, pesca, etc.

Con independencia de las tareas realizadas para actualizar las convenciones sobre seguridad de la navegación, cabe destacar —por último— la sanción de la Convención en Roma de 1988 para reprimir los actos ilícitos en el mar, sancionada después del caso del "Achille Lauro".

No podemos dejar de mencionar los sistemas de tecnología espacial al servicio de la seguridad de la vida humana en el mar.

a) Desde la década del sesenta, distintos organismos internacionales, interesados en la protección de la vida del hombre en las aguas, han tenido en cuenta las técnicas satelitales y sus ventajas.

b) Resulta fundamental para el navegante ver satisfechos requerimientos tales como conocer el lugar en que él se encuentra con precisión, contar con buenas comunicaciones y poder, en caso de emergencia, ser localizado en el menor tiempo posible.

c) A partir del año 1964 comenzó a funcionar en EE. UU. el sistema Transit, con aplicación en el campo civil a partir de 1967, como antecedente del NAVSTAR. Este sistema es más evolucionado, sin perjuicio de otros de navegación satelital, que pueden llegar a brindar posiciones exactas de manera prácticamente continua.

El INMARSAT (Organismo Internacional de Comunicaciones Marítimas por Satélite) fue establecido en 1976, a iniciativa de la O.M.C.I., al firmarse el Acuerdo de Explotación y el Convenio Operativo —vigentes desde 1979—. Es un organismo intergubernamental comercial, con sede en Londres, que tiene a su cargo un sistema con cobertura global y del que participan Estados de Oriente y Occidente. Su funcionamiento operativo comenzó en 1982. Ha significado un avance, mejorando la confiabilidad, calidad y celeridad de las comunicaciones marítimas.

En 1985 se realizaron enmiendas a la normativa a efectos de permitir el suministro de comunicaciones aeroterrestres, firmándose un Acuerdo de Cooperación entre el

INMARSAT y la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI).

d) A partir del año 1970, autoridades canadienses realizaron experimentos con técnicas de localización utilizando satélites, estableciéndose en 1979 el sistema SARSAT (Search and Rescue Satellite Aided Tracking), proyecto experimental integrado por Canadá, EE.UU. y Francia.

En 1980, se unen los esfuerzos realizados con fines semejantes por la URSS, firmándose un Acuerdo de Cooperación Mutua entre los integrantes del SARSAT y el COSPAS. En 1985, el COSPAS-SARSAT es declarado sistema operativo con el objeto de servir a todo organismo responsable de operaciones de búsqueda y rescate (SAR), en el aire, agua o tierra, estableciéndose su Secretaría, en 1987, en la sede del INMARSAT.

Desde la primera histórica misión del 9 de setiembre de 1982 fueron salvadas más de 1.000 vidas humanas, debido a las oportunas alerta y localización brindadas por el sistema satelital. Resultan beneficiosas principalmente la rapidez y la amplitud de cobertura con independencia de las condiciones meteorológicas; además, cabe destacar la reducción de costos que implica en relación con la búsqueda por los medios tradicionales.

e) A partir de 1978 se comenzó a planificar el denominado sistema de socorro a "largo plazo" (SMSSM) a cargo de la OMI, con la colaboración de la UIT, la Organización Meteorológica Mundial (OMM), el INMARSAT, la Organización Hidrográfica Internacional (OHI) y los participantes del COSPAS-SARSAT.

El Sistema Mundial de Socorro cuya entrada en acción —conforme a información de la OMI— se prevé para el año 1992, permitirá que un buque en peligro envíe su mensaje por diversos conductos, pudiendo ser recibido por buques en zona, estaciones costeras o por los sistemas INMARSAT y COSPAS-SARSAT [6].

6 Ver GRACIELA ARROLA DE GALANDRINI, *Sistemas satelitales al*

f) Conforme a lo expuesto, si bien los satélites desempeñan una función muy importante, no reemplazarán por completo a los sistemas de radiocomunicaciones convencionales.

7. EL TRANSPORTE MULTIMODAL. LOS "CONTAINERS"

Hace muchos años surgieron los "through bills of lading", conocimientos directos que cubrían el transporte de mercaderías de un lugar a otro por distintos transportadores y, como evolución de este documento, aparece el "documento de transporte multimodal", que cubre el realizado mediante la utilización de diversos medios, sean terrestres, aéreos o marítimos. Se configura así el transporte llamado multimodal y se habla de transporte integrado, sucesivo y combinado o acumulativo.

El transporte del lugar de origen, del exportador o fabricante, al de destino final, del importador, conocido con el término "house to house", se ha visto favorecido por la utilización de los "containers", los contenedores, que son un medio de transporte y que pueden ser desde un camión o un vagón de ferrocarril hasta un simple elemento de madera o de metal en el cual pueden estibarse mercaderías por parte del cargador o del mismo transportador, cuando consolida mercaderías de distintos cargadores.

La aparición del "container" importa una verdadera transformación en el transporte de mercaderías, que ha determinado el diseño de nuevos buques, los "porta-contenedores" que imponen modificaciones en las regulaciones aduaneras, las inspecciones con respecto al contenido de las mercaderías estibadas en esos elementos de transporte y en la responsabilidad de las distintas partes relacionadas con el transporte multimodal.

---

servicio de la humanidad, Revista "Quórum" (Colegio de Abogados de Mar del Plata, noviembre de 1985); *Los Satélites y el Mar*, "Boletín Centro Naval", nº 736, Buenos Aires, septiembre de 1983, pp. 261 y ss.

Para tener una idea de la importancia del container basta con señalar que en la ruta de Europa hacia el Sur y Este de África, 14 buques porta-containers, reemplazan a más de 100 buques de línea convencionales para realizar el mismo transporte de cosas.

Se explica así el sistema del transporte de "ligther on board the ship", denominado "lash" y "roll-on roll-of" (ro-ro) que son nuevas variantes del transporte de mercaderías.

El documento que cubre el transporte puede ser emitido por distintas personas, por el armador del buque o el transportador marítimo, por un operador de transporte multimodal, por un "forwarding agent" o "freight forwarder" o agente remitente de las mercaderías, con las diversas modalidades que pueden configurarse en los más diversos casos.

En nuestro medio se les denomina agentes de carga, de embarque, de fletes, que podrían transformarse en "operadores" del transporte multimodal, es decir, en verdaderos transportadores con las responsabilidades que caracterizan al transportador multimodal.

Se plantean diversas hipótesis acerca de si deben consagrarse normas imperativas o no, la responsabilidad del emisor del documento y de los transportadores efectivos que pueden no coincidir con el contractual y si debe aceptarse el sistema "unimodal" con una fórmula única de responsabilidad para el "operador" o el "network", el sistema "red", según el cual prevalece el criterio de responsabilidad que impera en el medio de transporte en que se produjo el daño. El sistema "red" supone la localización del lugar donde se produjo la avería de las mercaderías, complementado con una fórmula genérica para la hipótesis de que no pueda efectuarse esa localización y con una garantía para la hipótesis de que en algún sistema de transporte los medios de exoneración y la limitación sean muy favorables para el transportador.

En nuestro Código de Comercio el art. 171 se refiere al transporte acumulativo consagrando la responsabilidad del acarreador por los transportes sucesivos.

En la conferencia convocada por Naciones Unidas, que se celebró en 1980 en Ginebra, se aprobó un convenio sobre transporte multimodal, calcado sobre el sistema de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo a que más adelante nos referimos y que no ha merecido la aprobación de la comunidad internacional.

En nuestra Ley de Navegación, proyectada en la década de 1961 y aprobada en 1973, no hay una regulación expresa del transporte multimodal, pero las referentes al "conocimiento directo", al transportador contractual y al efectivo, así como la norma genérica proyectada para el transporte en contenedores, señalan una orientación que brinda las soluciones hasta que se dicte una regulación expresa y que contemple adecuadamente los distintos intereses en juego.

8. LOS RIESGOS Y LA RESPONSABILIDAD

a) En la Conferencia de Nueva Delhi, en 1968, convocada por UNCTAD, los países en vías de desarrollo plantearon la necesidad de revisar algunos conceptos tradicionales del derecho marítimo privado y la conveniencia de instaurar un sistema más justo en la distribución de los riesgos marítimos, señalando como temas prioritarios: la responsabilidad del transportador de mercaderías, los contratos de fletamento, las averías gruesas y los seguros que deben cubrir tanto los intereses de la carga como los del buque y de quienes asumen la cobertura de los riesgos.

De esos temas, el prioritario fue la revisión de la Convención de Bruselas sobre Conocimientos de 1924-1968 (las célebres "Reglas de La Haya-Visby) y entre 1972 y 1978 se plasmó un nuevo estatuto, aprobado en la Conferencia Diplomática de Hamburgo de 1978, convocada por Naciones Unidas, a instancias de UNCITRAL.

b) El nuevo estatuto se denomina "Convención de Naciones Unidas sobre el transporte de mercaderías por mar" y se conoce con el nombre de Reglas de Hamburgo.

Es una de las convenciones más polémicas y, a pesar del tiempo transcurrido, no ha entrado en vigencia aunque es posible que obtenga el número de ratificaciones necesarias en un futuro muy próximo. Es difícil que desplace a las Reglas de La Haya-Visby y si subsisten los dos sistemas se plantearán más dificultades de las que hoy existen para alcanzar la uniformidad en el derecho marítimo internacional.

c) Los otros temas han sido materia de estudio por parte de los funcionarios de la Secretaría de UNCTAD y se han concretado en algunos proyectos que han dado y pueden dar lugar a la elaboración de formularios, cuya vigencia depende de que las partes los acepten y los utilicen al formalizar sus contratos.

Estos trabajos son útiles como divulgación de los temas marítimos en los países en desarrollo y en este sentido los referentes al fletamento y al seguro han servido como orientación para redactar nuevas pólizas.

d) En materia de responsabilidad no podemos dejar de mencionar la convención de limitación de responsabilidad por créditos marítimos de 1976 que cambia el sistema tradicional de la limitación de la responsabilidad refleja por los hechos de los dependientes, capitán y tripulación, por la limitación de los créditos marítimos en general, con la excepción de los casos de culpa temeraria equivalente al llamado "dolo eventual".

e) La consideración de estos temas nos permite afirmar que han aparecido nuevas fórmulas en materia de responsabilidad y nos preocupa que, tras algunas cuestiones semánticas, se oculten algunas cuestiones de fondo que consideramos que merecen una reflexión especial.

Se habla de una responsabilidad de pleno derecho, de una estricta u objetiva y de una responsabilidad por culpa presunta que suscita algunos comentarios.

En nuestro trabajo publicado en la revista "La Ley" sobre el Coloquio de Venecia (2-8-84), refiriéndonos a la responsabilidad del transportador señalamos que es de carácter contractual y que el obligado es quien debe demos-

trar que el incumplimiento no le es imputable, acreditando que se han configurado algunas de las causales de exoneración que consagran la Convención de Bruselas de 1924 y las leyes que se inspiran en la misma, porque es un régimen de orden público, que no admite otras causas de exclusión de la responsabilidad que las legales.

De la circunstancia de que el régimen sea de orden público, es decir, inderogable contractualmente, no cabe deducir o afirmar que es de tipo objetivo o de pleno derecho, como afirmó el profesor Bonassies en la relación presentada al Coloquio, refiriéndose tanto al sistema de la Convención de Bruselas de 1924 (ADLA, XX-A, 181), como al de las Reglas de Hamburgo.

Esas causales de exoneración de la Convención de 1924 y de nuestra ley de la navegación consagran casos específicos de fuerza mayor, caso fortuito, culpa del cargador, vicio propio de las mercaderías y algunos otros exclusivos del derecho marítimo, como las culpas náuticas de los dependientes, el incendio e intentos de salvación de personas o cosas en el mar. Esos casos que excluyen la responsabilidad se coronan con el de la irresponsabilidad si el transportador prueba que no hubo culpa suya ni de sus dependientes.

La responsabilidad del transportador marítimo no puede calificarse de estricta, objetiva o de pleno derecho, porque ésta se caracteriza por la obligación de responder con independencia de la culpa, es decir, que en el tipo de responsabilidad objetiva es suficiente con acreditar la relación de causalidad entre el daño y el hecho por el cual se debe responder.

La responsabilidad del transportador marítimo no se debe confundir con la responsabilidad objetiva o aquella que se establece para determinados casos, prescindiendo de la culpa, como, por ejemplo, en los casos de la responsabilidad del explotador en el derecho aeronáutico frente a los terceros de la superficie, la responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo de sus dependientes y la respon-

sabilidad del explotador de buques nucleares o en ciertos casos de contaminación por petróleo.

La circunstancia de que estén previstas las causales de exoneración no cambia el fundamento de la responsabilidad y no se trata de una cuestión terminológica, porque el planteo teórico, la calificación de la responsabilidad de pleno derecho, puede tener repercusión en la prueba y en la interpretación de las circunstancias del caso.

f) En el derecho inglés, según Lord Denning, la legislación reciente y la jurisprudencia muestran una tendencia a introducir la teoría del riesgo en el criterio de responsabilidad en los hechos ilícitos.

Pero hay una reacción en contra de esta idea según la cual cualquiera que sufre un daño estaría en condiciones de obtener compensación de algún otro, y por ello se ha dicho que no debe ser estimulada. Lord Goddard dijo que en su opinión se estaba yendo muy lejos y que debía considerarse la responsabilidad por el riesgo como una excepción al principio de que no hay responsabilidad sin culpa. En casos de daños a las personas se llegó a una responsabilidad casi objetiva, por ejemplo, en el caso de daños causados por no haberse reparado las auto-rutas (highways) (liability for the non repair of roads).

En Inglaterra, teniendo en cuenta la evolución del derecho, los cambios sociales y las circunstancias económicas, se tratan de combinar los principios del "common law" sobre los hechos ilícitos, fundados en "la culpa", con la idea del "Welfare State y el Seguro" que cubre los riesgos en la industria, accidentes de trabajo y algunos sectores específicos, para admitir que, en ciertos casos, la responsablidad es independiente de la culpa.

g) A su vez, tampoco podemos dejar de mencionar la evolución sobre el concepto de culpa y negligencia.

En este tema, dado que muchos de los casos sobre responsabilidad marítima se deciden en Londres, es conveniente una referencia al derecho inglés.

Cabe la mención al fallo dictado años atrás en el caso del "Lady Gwendolen".

En ese caso se consideró que había habido una falta del "gerente" por no haber tenido el cuidado debido y que la misma era atribuible a la firma armadora y no se admitió la limitación de responsabilidad que supone la ausencia de culpa del propietario.

El principio del "duty of care" del gerente se convirtió en el principio rector en materia de responsabilidad.

Recordando la opinión del distinguido jurista americano Prosser, Salmon destaca que el "standard" de la conducta a seguir depende del balance entre el riesgo y el bien a proteger. Debe considerarse: a) la magnitud del riesgo, b) la importancia del objeto que se puede dañar y c) el cargo de tomar las precauciones adecuadas. Recordando palabras de Lord Asquith, agrega Salmon que no es lo mismo el "gran riesgo de daño" que el "riesgo de un gran daño" y que el primero es relevante para la responsabilidad.

Lord Denning dijo que en cada caso de previsibilidad del riesgo la cuestión es hacer un balance entre el riesgo y las medidas que deben adoptarse para eliminar el mismo.

A ese tema nos referimos en un Seminario en Perú en el año 1979, señalando algunas pautas para el "standard" de la negligencia, en función de las Reglas de Hamburgo.

La nueva regulación sobre la responsabilidad del transportador se vincula fundamentalmente con el régimen de los seguros e importa una transferencia de riesgos del seguro de la carga a del transportador y tiende a modificar el principio de que el buque y la carga y los respectivos seguros se encuentran vinculados y soportan el riesgo de las faltas náuticas de la tripulación, del personal dependiente del armador o transportador por errores en la navegación y en los casos de incendio que pueden afectar tanto a la carga como al buque.

9. LAS NUEVAS FORMAS DE CONTRATACIÓN Y DE DOCUMENTACIÓN

En las nuevas formas de contratación influyen varios factores importantes: a) La necesidad de reducir los gastos y de asociarse los armadores y transportadores para una racionalización del servicio; b) La necesidad de responder a las exigencias de financiación y de algunos países respecto a la política de marina mercante; c) Las características impuestas por la informática y la computación; d) La necesidad de precaverse contra el fraude marítimo.

Se han desarrollado las joint ventures, ha resurgido el "bare-boat charter", la electrónica se utiliza en el control de las mercaderías en tránsito y se prevé el acceso de los interesados a la red de computación.

a) Se considera que para el financista, los bancos en especial, la propiedad con un contrato de "bare-boat charter" a favor del explotador es más conveniente que una hipoteca.

b) En Europa se han popularizado los "way-bills", con la finalidad de superar los inconvenientes en los puertos de destino, cuando las mercaderías llegan antes que la documentación y, por sobre todo, para imposibilitar los fraudes marítimos, cuando no es necesario recurrir a los conocimientos si no se piensan negociar las mercaderías en tránsito.

En la Conferencia de París —la 34ª convocada por el C.M.I.— se aprobaron un conjunto de normas para la regulación convencional de los "way-bills" y para la documentación del transporte de mercaderías por medios electrónicos [7].

[7] En la revista "La Ley", 6 de junio de 1991, publicamos la traducción de ambas reglas efectuada sobre la base de los textos francés e inglés que no son coincidentes.

10. LA INTERVENCIÓN ESTATAL Y LA POLÍTICA DE MARINA MERCANTE

A partir de la década que termina en 1961, en la República Argentina se puso de manifiesto una fuerte intervención estatal en lo referente al transporte.

Con anterioridad existía la regulación del cabotaje y actividades conexas; en 1941, durante la presidencia del Dr. Ramón Castillo, se creó la Flota Mercante del Estado y, luego, la Dirección Nacional de Marina Mercante. Sin embargo, prevalecía la tesis de libertad de navegación en el tráfico de ultramar.

Desde la época de Cromwell y a pesar de la diferencia del contenido, en los últimos años, los Estados han dictado leyes de promoción de sus marinas mercantes, creando un impuesto sobre los fletes para constituir un Fondo de estímulo y reservando en unos casos para la bandera nacional y, en otros, para los armadores nacionales, el transporte de determinadas mercaderías.

En este sentido mencionamos la ley 18.250 sobre reserva de cargas de 1969, modificada en varias oportunidades, y la 20.447 que sentó las bases programáticas para el desarrollo de nuestra marina mercante.

Se han creado las Conferencias de Fletes que constituyen agrupaciones sin personalidad jurídica, establecidas por armadores que tienden a regular las condiciones del transporte para defender el valor del flete, en relación con áreas geográficas determinadas.

Se habla de modificaciones en el registro de buques y en el otorgamiento de nacionalidades transitorias y en ese sentido en el Seminario de Knokke Zoute (Bélgica), organizado por el C.M.I., se hizo referencia expresa al problema de los dobles registros y de las nacionalidades transitorias.

El Consejo de la Comunidad Europea, en 1986, dictó una reglamentación sobre prácticas injustas en materia de precios en el transporte marítimo.

En enero de 1989, a Hyundai, un armador de la Repú-

blica de Corea, se le impuso un cargo con respecto a todas la mercaderías contenerizadas y embarcadas en sus buques, en cualquier puerto de la Comunidad Europea y destinada a Australia. El cargo se aplicó por un período de 5 años, después de una investigación de 16 meses, por considerar que Hyundai estaba realizando competencia desleal al cobrar fletes inferiores a los del mercado, sobre la base de los privilegios que le otorgaba el Gobierno de Corea.

Hyundai se vio obligado a suspender sus servicios y una compañía francesa, Sofrana, charteó los buques de Hyundai y comenzó a prestar un servicio similar entre los mismos puertos y con las mismas fechas de salida de los buques, es decir, sustituyendo a la firma sancionada.

Las autoridades de la Comunidad consideraron que Sofrana era la máscara de Hyundai y le impuso los mismos cargos que se habían establecido para los embarques de esta firma. Después de varias batallas legales en los tribunales ingleses y alemanes, el conflicto concluyó con una transacción mediante la cual Sofrana convino con la Comisión Europea incrementar el precio de los fletes y colocar los buques bajo la bandera francesa.

Hyundai ha apelado al Tribunal Europeo de la resolución que le impuso el cargo y la decisión no sería dada antes de promediar el año en curso.

En la República Argentina se dictaron leyes sobre reserva de carga y hoy día la tendencia es a la desregulación y es difícil contestar el interrogante de cuál será la solución en un futuro próximo.

11. SÍNTESIS

1. La labor protagónica de Naciones Unidas se acentúa cada vez más en el campo del derecho internacional. Ello se ha puesto de manifiesto en la reunión de los países industrializados de pocos días atrás.

Los tres organismos, OMI, UNCTAD y UNCITRAL,

continuarán con sus proyectos de normas para obtener una mayor seguridad en la navegación y en lo referente a la protección ecológica.

2. En la década que se inició el 1º de enero de este año se resolverán algunos interrogantes y, posiblemente, se concreten algunas modificaciones a las normas vigentes.

Se afirma que en pocos años más entrará en vigencia la Convención del Mar. Desconocemos si en esta década se resolverá el conflicto entre la Convención de Bruselas de 1924-1968 y las Reglas de Hamburgo y, sin duda, se avanzará en el tema de la regulación y responsabilidad del transporte multimodal, sea contractual o legalmente.

3. Se presentan nuevas formas de contratación para superar dificultades y prevenir fraudes marítimos (way-bills); otras se deben a la evolución técnica (las reglas para la documentación electrónica del transporte de mercaderías por mar) y algunas responden a las exigencias del financiamiento en la construcción de buques y de la explotación del negocio marítimo (renacimiento del "bare-boat charter" y desarrollo de las joint-ventures).

El tema se vincula al de los seguros y a la repercusión que ello tiene en los países en desarrollo.

4. Nos encontramos en un mundo en plena evolución y con cambios fundamentales e impensables en plazos breves —como lo ocurrido en Europa últimamente—; de aquí la dificultad de prever lo que ocurrirá en la próxima década y en la primera del siglo XXI.

Cabe preguntarse si la tendencia a la desregulación que se presenta hoy día en el derecho aeronáutico se hará presente en el derecho marítimo y cómo se resolverá el enfrentamiento entre los diversos intereses que se encuentran en juego y, por sobre todo, en lo referente a la política de marina mercante.

5. En nuestros países debe haber un acuerdo entre los intereses de los armadores, de los cargadores y del personal dependiente y las autoridades deben evaluarlos para que se obtengan soluciones que consulten los intereses generales y no los particulares de un sector. Es interesante la mención de lo que ocurrió en la Comunidad Europea en defensa de sus flotas y cabe preguntarse sobre las consecuencias que tendrá después de la unificación que se concretará definitivamente a fines de 1992.

6. Hacemos votos para que en nuestros países se encaren los temas con un criterio realista y tomando en cuenta los intereses de nuestra comunidad, prescindiendo de aquellos que favorecen a un sector y se encuentran en conflicto con los generales que deben prevalecer.

No cabe duda de que es difícil superar las posiciones parciales para buscar y obtener el justo equilibrio, pero ésta es la estrella que siempre debe orientar la labor de los legisladores, de los jueces y de quienes tienen a su cargo las funciones de la administración pública.

PROBLEMÁTICA DE LA HORA OFICIAL Y LEGAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Trabajo realizado por el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Director: Dr. Miguel S. Marienhoff; Subdirector: Dr. Juan Carlos Cassagne

PROBLEMÁTICA DE LA HORA OFICIAL Y LEGAL EN LA REPÚBLICA ARGENTINA *

1. *Introducción*

El Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires no ha querido permanecer ajeno al tratamiento de un tema que, recientemente, ha provocado no sólo diferentes reflexiones sino incluso la sanción de normas legales dispares en los niveles nacional y provincial, incidiendo en el sistema de vida de los habitantes del país.

1.1. Trátase de la problemática de la hora oficial y legal, cuestión que aparentemente resulta simple y de escasa importancia, pero que al reparar en las consecuencias que puede aparejar, se nos muestra en su compleja amplitud y profundidad. Corresponde, entonces, sintetizar conceptos ya muy conocidos y divulgados desde antaño por la técnica, directa o indirectamente vinculados con el tema de los husos horarios.

1.2. Con el advenimiento y difusión del conocimiento en lo que es propio de la astronomía, ya desde antiguo se sabía qué cosa era un año, porque este tiempo es el que necesita la Tierra para dar una vuelta completa alrededor del Sol.

* Este estudio se realizó sobre la base de los trabajos presentados por los doctores Ismael Mata, Eduardo Stock Capella, Guillermo E. Rossi y Rafael M. González Arzac.

Sabían también nuestros antepasados cuánto duraba un mes, dado que la Luna emplea este período para dar la vuelta a la Tierra; y sabían cuánto duraba el día y la noche porque un día y una noche emplea la Tierra para girar sobre su eje.

Pero siempre ocurrió que fue necesario aplicar algún sistema que permitiera fijar la hora como unidad de ese tiempo a medir, en función del tamaño de la Tierra y las diferentes longitudes: de ese modo obtendríase la medición del lapso que media entre los distintos momentos de los períodos diurno y nocturno tomándose generalmente como base el mediodía o momento en que el Sol luce en el cenit.

1.3. Así, para conseguir ese objetivo y para evitar los inconvenientes derivados de la diferencia de hora que lógicamente se producía entre dos puntos de distinta longitud geográfica, se convino dividir la superficie terrestre en veinticuatro husos horarios iguales, a cada uno de los cuales corresponden quince grados ($15° \times 24 = 360°$).

Fue así que a partir de 1890 se generalizó este sistema de husos horarios.

1.4. La variación es entonces de una hora cada 15° de longitud, habiéndose convencionalmente fijado la primer zona como base universal o meridiano 0 (cero) la que pasa por el observatorio de Greenwich, situado en el condado de Kent, Inglatera. Se trazaron así sobre la esfera terrestre los distintos husos horarios, conforme a la Conferencia reunida en París en 1912.

1.5. Con ello se intentó ordenar los sistemas de vida en los diferentes países y regiones, dado que la luz natural regula las actividades básicas del ser humano. Con diferencias locales impuestas por el clima y viejos hábitos, los individuos se alimentan, trabajan o descansan en bandas horarias que guardan uniformidad.

1.6. De allí la gran importancia de las regulaciones horarias que justamente deben atender a esas particularidades para ser aceptadas y cumplidas por la población. De ahí que si una reglamentación contraviniere los usos y cos-

tumbres sociales de una localidad o zona, sin duda se convertiría en arbitraria en función de su irrazonabilidad.

2. *Situación en nuestro país.*

La República Argentina está comprendida en los husos —4 (Atlántico) y —5 (Este) con relación al 0 de Greenwich (GMT).

2.1. Por decreto del P. E. Nacional de fecha 25 de septiembre de 1894, nuestro país adoptó la hora única para regulación de los servicios de la República, tomando como base el meridiano de la ciudad de Córdoba.

Años después, por decreto del 24 de febrero de 1920 ("B.O.", 5-3-1920) y teniendo en cuenta "... lo manifestado por el Departamento de Marina sobre la conveniencia de que el país se adhiera al sistema internacional de hora adoptado por la casi totalidad de las naciones...", sobre la base de lo dispuesto por el citado decreto del 25-9-1894, se resolvió adoptar como hora oficial y legal de la República la correspondiente al huso horario de cuatro horas al Oeste del meridiano internacional de Greenwich, resolviéndose además que a la medianoche del 30 de abril de 1920 los relojes que regulaban servicios públicos fueran adelantados en dieciséis minutos y cuarenta y ocho segundos con dos décimos.

Asimismo se adoptó el criterio de numerar las horas de 0 a 24.

2.2. Posteriormente y basándose en un uso más adecuado de las horas de luz solar, se han concretado modificaciones a la hora oficial, tanto de carácter permanente como estacional.

En 1942, por ley 4977, la provincia de Buenos Aires declaró "hora oficial dentro del territorio de la provincia la dada por el Observatorio Naval del Ministerio de Marina". Ello, en concordancia con lo dispuesto a nivel nacional por decreto 114.554 del 25-2-1942 que prorrogara para el año

1942 lo establecido por el decreto 92.365 del 29-5-1941 por el que se fijaba como hora oficial la del huso horario n. 20 de cuatro horas al Oeste de Greenwich entre el 1 de marzo y el 14 de octubre.

Cabe, asimismo, recordar los decretos del Poder Ejecutivo Nacional 11.570 del 20-9-1946; 8057/63; 963 del 16-2-1967; 1215 del 30-3-1970; 231/74; 1792 del 19-7-1983; 1749 29-11-1988, y 295 del 1-3-1989.

2.3. Del mismo modo, y para completar el panorama de las normativas legales aplicables al tema en análisis, cuadra recordar *la ley 19.511 de marzo de 1972* que adoptó el "Sistema Internacional de Unidades", ampliando los alcances del sistema métrico decimal, a cuyas unidades fundamentales agregó el *"segundo de tiempo"*.

3. *Competencia nacional o provincial.*

Corresponde establecer, ahora, si dentro de nuestro sistema constitucional la facultad de regular lo atinente al huso horario le compete a la Nación o a las provincias.

Tradicionalmente, y conforme lo indicado precedentemente, la hora oficial ha sido fijada por el *Gobierno Nacional*, basándose inicialmente en la "organización de los servicios públicos, especialmente los que hacen a las comunicaciones".

Es a partir de los últimos años que la cuestión se ha agudizado, atento a que la mayoría de las jurisdicciones provinciales resolviera apartarse de la hora oficial fijada por el Gobierno Nacional.

Tal fue el caso del verano 1990/1991, en el que la hora oficial nacional fue observada sólo en la Capital Federal, provincia de Buenos Aires y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, mientras que en las restantes jurisdicciones la hora vigente tenía sesenta minutos de atraso con respecto a la anterior.

Las provincias han dictado las normas pertinentes in-

vocando las *facultades no delegadas al gobierno nacional,* conforme al principio expresado en el artículo 104 de la Ley Suprema.

Parece claro, no obstante, que la cuestión subexamen, por su importancia y consecuente influencia en la vida social, económica y jurídica del país, excede por completo las atribuciones provinciales o locales, resultando así que su regulación es del resorte exclusivo de la autoridad nacional, quien determinará la hora oficial y legal para todo el ámbito de la República sobre bases orgánicas y metódicas que evitarán actuaciones y comportamientos que pueden resultar contradictorios y perjudiciales.

Tratándose, en la especie, de una actividad administrativa trascendente, encuadrada entre las que la Constitución Nacional le atribuye al Presidente de la República (art. 86, inc. 1º), *mal pueden las provincias pretender que al respecto se han reservado, y no delegado a la Nación, la pertinente atribución.*

Sobre el particular no se ha producido ningún caso conocido que haya sido llevado a los estrados judiciales, por lo que al respecto no existe jurisprudencia, no obstante las alternativas que podrían darse atento lo dispuesto, por ejemplo, en los artículos 23 y siguientes del Código Civil y artículos 63, 66 y 77 del Código Penal, etc.

Sin perjuicio del expresado punto de vista sostenido por las provincias para estatuir sobre la hora oficial, para el análisis concreto de esta cuestión en cuanto tal atribución correspondería a la "*Nación*" se citan los siguientes textos de la Constitución:

a) La Ley Suprema ha establecido como atribución del *Congreso* el establecer un sistema de pesas y medidas (art. 67, inc. 10), y la medición del tiempo haría a un sistema de medidas.

b) Asimismo, la Ley Suprema ha asignado al *Congreso* de la Nación la facultad de dictar la legislación de fondo: Código Civil (art. 67, inc. 11). Y es en esta legislación (Tí-

tulo II: del modo de contar los intervalos del derecho) donde se dispone contar con el calendario gregoriano para los días, meses y años (art. 23) y donde se establece la duración del día como intervalo (art. 24).

c) Corresponde al *Congreso* de la Nación arreglar el comercio con las naciones extranjeras e interprovincial (art. 67, inc. 12). Hace pues al comercio, las comunicaciones ("correos", art. 67, inc. 13) y la organización interior y exterior del país el contar con un sistema coherente de medidas, entre ellas, las de tiempo.

d) Corresponde al *Presidente de la Nación* la administración general del país (Constitución, art. 86, inc. 1º), como así la atribución de reglamentar las leyes de la nación, cuidando de no alterar su espíritu (art. 86, inc. 2º).

Sobre la base de dichas normas constitucionales, la competencia para legislar sobre la hora oficial le correspondería a la *Nación*, no a las provincias.

4. *Órgano competente del Gobierno Nacional.*

Sentada la conclusión precedente, resta precisar qué órgano del Gobierno Nacional —legislativo o ejecutivo— está habilitado para ejercer su atribución en el tema en análisis. Al respecto cuadra tener presentes los artículos 67, inc. 10 y 86, incs. 1º y 2º, de la Constitución Nacional.

Pese a lo atrayente del argumento del citado artículo 67, inc. 10, que le atribuye al *Congreso* la facultad para adoptar un sistema uniforme de pesas y medidas para toda la Nación, y sin perjuicio de que dicho sistema, por mandato de ese texto de la propia Constitución debe ser "*uniforme*" para toda la Nación, lo que entonces excluye su regulación por los distintos gobiernos provinciales, consideramos que la fijación de la hora oficial es una cuestión que excede al concepto de "medidas", a que hace referencia el mencionado art. 67, inc. 10, de la Constitución, que más bien se refiere a "cosas" y no a otros valores o conceptos.

Establecer qué hora regirá en el país es por completo diferente la adoptación de un sistema de *"medidas"*. Por tanto, parece correcto desechar el expresado argumento basado en el artículo 67, inciso 10, de la Constitución, sin perjuicio de recordar que —por mandato de la Ley Suprema— incluso ese sistema de *"medidas"* debe ser *"uniforme"* para toda la Nación, excluyendo así la posibilidad de que ello sea materia propia de la legislación provincial. De modo que la regulación de todo lo atinente a la hora oficial del país, por parte del *Congreso*, no podría fundarse en el art. 67, inc. 10, de la Constitución, porque dicho precepto no es de aplicación en el caso contemplado.

En cambio, hay dos textos constitucionales que permiten sostener que la atribución para regular todo lo atinente a la hora oficial en el país es atribución del *Poder Ejecutivo de la Nación*. Ambas reglas corresponden al art. 86 de la Ley Suprema, incisos 1º y 2º.

De acuerdo con el inc. 1º de dicho artículo, el Presidente de la Nación tiene a su cargo la *administración general del país*; en su mérito, correspondería exclusivamente al *Poder Ejecutivo Nacional* fijar la hora oficial para toda la República, porque ello entraña una medida administrativa comprendida en aquel precepto. Tal sería el argumento básico para sostener que dicha atribución debe ser ejercida por el Presidente de la República, por el *Poder Ejecutivo*.

En nuestro país el Congreso ha dictado la ley nº 19.511, referente al Sistema Métrico Legal Argentino —en cuyo mensaje de elevación al Presidente de la República también se habla del "tiempo"—. Dicha ley faculta reiteradamente al *Poder Ejecutivo* para su reglamentación, la cual puede incluir o comprender lo relacionado con la "hora oficial", ya que esa ley habla del *"tiempo"*. De modo que la fijación de la hora oficial puede llevarla a cabo el Poder Ejecutivo, sea ejercitando esa disposición reglamentaria particular de la ley 19.511, o ejercitando su atribución general establecida en la Constitución para reglamentar las leyes.

En ese orden de ideas, por su interés y atinencia al caso de la hora oficial transcribimos el siguiente párrafo de la nota con que la comisión redactora de la ley 19.511 elevó el proyecto de ésta al Poder Ejecutivo de la Nación: "El Sistema Internacional de Unidades (SI), que se adopta, amplía los alcances del Sistema Métrico Decimal, a cuyas unidades fundamentales agrega el *segundo de tiempo*, el ampere, la candela, el kelvin y el mol, lo que permitirá reglamentar sobre base legal los instrumentos que miden energía eléctrica, luminosa o calórica, sin perjuicio de las demás magnitudes físicas que requieren la ciencia, la técnica y el comercio".

En síntesis, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 86, inc. 1º, de la Constitución, la atribución para reglar lo atinente a la hora oficial dentro de todo el territorio de la República le compete al *Poder Ejecutivo de la Nación*, por tratarse de una actividad administrativa trascendente encuadrada entre las que la Constitución le atribuye al Presidente en la norma citada, sin perjuicio de que idéntica atribución pueda corresponderle como consecuencia de su poder reglamentario de las leyes de la Nación (inc. 2º del citado art. 86).

5. *Conclusión.*

En mérito a las consideraciones que anteceden, consideramos que compete al *Poder Ejecutivo Nacional* la fijación de la hora oficial en todo el territorio del país, debiendo el Poder Ejecutivo tener en cuenta las particularidades regionales en cuanto algunas de éstas puedan requerir horas oficiales diferentes o particulares.

VI

HOMENAJES

HOMENAJE AL Dr. JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI

Palabras pronunciadas por el académico Presidente, Dr. Federico N. Videla Escalada, con motivo del fallecimiento del Dr. José María López Olaciregui, el 23 de setiembre de 1991

En nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires cumplo el doloroso deber de despedir los restos mortales de uno de los más preclaros y brillantes miembros de la Institución y uno de mis más queridos amigos.

Durante algo más de 60 años, fuimos amigos. Nos conocimos al comenzar los estudios secundarios y desde entonces pude apreciar sus extraordinarios méritos y sus sobresalientes condiciones.

Allí, en el Colegio del Salvador, supe el valor de su personalidad como estudiante y como compañero y a lo largo de tanto tiempo tuve oportunidad de ver cómo, en todas las circunstancias, aquellas cualidades tempranamente manifestadas de confirmaban en todos los campos en que le tocó actuar.

Con profundo interés por el Derecho, en la vieja Facultad de la cale Las Heras mostró toda su capacidad de estudio y su sobresaliente inteligencia. No la desperdició: sus apuntes de clase fueron modelo de método y, por su generosidad sin retaceos, sirvieron para que muchos de sus condiscípulos contáramos con elementos insuperables para aprender las diferentes asignaturas. Candidato a la medalla de oro desde las materias de primer año, nunca negó el préstamo de su espléndido trabajo aun a quienes podían representar una amenaza para sus legítimos deseos de alcanzar la meta

que, en definitiva, logró tras haber demostrado una amplia superioridad de su parte frente a todos los que tuvimos el privilegio de ser sus compañeros.

Finalizada su carrera y obtenido su título de abogado, comenzó su ejercicio profesional, en el cual se destacó, por la profundidad y amplitud de sus conocimientos, como un abogado brillante, justo y prudente.

Comenzó a trabajar al lado de un gran maestro y hombre de primera magnitud en el foro, el doctor Eduardo Busso, y culminó su actuación al frente de su propio bufete con tanta seriedad como eficacia.

Había elegido conscientemente su profesión con cabal idea de sus exigencias, de los sacrificios que impone, de la necesidad de poner a la ética como lineamiento inamovible de su conducta como abogado.

Durante los largos años en que desarrolló sus tareas en el Estudio, mantuvo siempre la misma línea, sin concesiones ni desviaciones, y fue un ejemplo para sus colegas, especialmente para los jóvenes.

Al mismo tiempo que comenzaba su carrera profesional, iniciaba una trayectoria de primer nivel desde el punto de vista de su labor doctrinaria, que habría de jalonar con notables realizaciones.

Al poco tiempo de graduarse, y mientras cursaba el doctorado, elaboró un brillante trabajo sobre la teoría de la Institución que le significó la justa conquista del Premio Mitre. Y en ese mismo tiempo comenzó su participación en una obra monumental y de la más alta calidad jurídica: el Código Comentado del doctor Eduardo Busso, en el que asumió la función de principal colaborador, tarea que cumplió con insuperable eficacia.

Como era de suponer, dada su vocación por el Derecho y su inclinación hacia la docencia, que había practicado en el nivel secundario en el Colegio del Salvador, donde él mismo se había educado, lo atrajo la cátedra universitaria y muy joven alcanzó por concurso el cargo de profesor titular en Derecho Civil, Parte General, que desempeñó hasta que

se alejó voluntariamente cuando consideró que las circunstancias reinantes en la Facultad le impedían desarrollar sus tareas con la dignidad que juzgaba indispensable para el debido ejercicio de la labor que le confiaba la Universidad, que más tarde lo designó Profesor Emérito.

Fue esta una línea de conducta de la que nunca claudicó: para él sus convicciones, en el campo de la ética y la religión, constituían algo fundamental que no admitía reflexiones.

Lo demostró acabadamente en todas las instancias de su vida, coherente y ejemplar.

Con ese mismo modo de pensamiento, se incorporó a la función pública en 1955, cuando aceptó el cargo de Subsecretario de Justicia. Su gestión fue excelente y en su transcurso se procedió, por ejemplo, a una tarea tan compleja como la reorganización judicial, conducida por él con un criterio inspirado por el más exigente sentido de justicia.

Su fecunda labor en el quehacer jurídico se puso también de manifiesto en trabajos de altísimo valor, como sus adiciones al libro del Dr. Salvat dedicado a la Parte General del Derecho Civil y su insuperable estudio sobre la responsabilidad civil, publicado en la Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, que ha llegado a ser un elemento indispensable para todos los analistas del resarcimiento de daños, uno de los temas de mayor interés en la sociedad contemporánea.

Por mérito propio, poco antes de cumplir cincuenta años, el 26 de junio de 1967, fue designado miembro de número de la Academia y desde su incorporación significó un aporte extraordinaio.

Cultor brillante del Derecho Civil, pero, fundamentalmente, hombre de Derecho, jurista en la más plena acepción de la palabra, su atención se extendió a temas que desbordaban los amplios límites de esa disciplina y abarcaban sectores de otros ámbitos jurídicos, en todos los cuales demostró el valor de su ciencia y de su criterio, siempre justo, sabio y ponderado.

Con la misma eficacia y el mismo espíritu de trabajo y de servicio a la Institución, ocupó cargos directivos: fue Secretario y Vicepresidente y el quebranto de su salud le impidió posteriormente aceptar la Presidencia de la Corporación.

En suma, todas las facetas de la vida de López Olaciregui constituyen muestras de una personalidad absolutamente excepcional y determinan, sin duda, que se deba considerar integralmente cumplida su misión sobre la Tierra.

Pero, además, es necesario decir, por su importancia, que toda ella se desarrolló en el marco del hogar ejemplar que formó muy joven y al que dedicó lo mejor de sus cualidades.

Sus hijos, en su casa, así como los jóvenes que tuvieron la fortuna de conocerlo y, más aun, los que fueron sus discípulos, pudieron recibir el mensaje fecundo que nace de un hombre que sintió sincera y firmemente su fe y obró siempre con total honestidad conforme a los mandamientos fundamentales del Cristianismo: amar a Dios sobre todo lo demás y al prójimo como a sí mismo.

HOMENAJE AL Dr. SEBASTIÁN SOLER

Disertación pronunciada por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 9 de mayo de 1991

Los "Anales" de nuestra Academia registran en sus páginas los homenajes tributados a los señores académicos después de su fallecimiento. Con idéntica finalidad, en ocasión de cumplirse el cincuentenario del decreto del Poder Ejecutivo que en 1925 dispuso la autonomía de las Academias Nacionales, publicó a su vez esta Corporación un conjunto de semblanzas para honrar a quienes la integraban en aquella fecha. Y es de estricta justicia recordar las conferencias que con su reconocida elocuencia pronunciara nuestro antiguo colega don Juan Silva Riestra en distintas tribunas sobre los señores Académicos Osvaldo Magnasco, Carlos Octavio Bunge, Luis María Drago, Vicente C. Gallo, Adolfo Bioy y Clodomiro Zavalía, incluidas todas en el libro *Académicos de Derecho y Hombres de Gobierno* que con el nombre del conferenciante como autor forma parte de la colección de obras de esta institución.

Y hoy, en este austero recinto, nos encontramos reunidos una vez más convocados por ese sagrado deber para honrar la memoria del señor Académico don Sebastián Soler.

Nuestro homenajeado, español de origen, se radicó en su juventud en ésta su definitiva patria de adopción en la ciudad de Córdoba, en cuya ilustre Universidad se graduó de abogado y donde dio comienzo a una destacada labor caracterizada por una vasta producción científica y por una brillante actuación en la cátedra y en la magistratura.

Soler cultivó en un principio el derecho penal, y lo hizo combatiendo la ideas positivistas que dominaban en ese entonces en la respectiva ciencia. Los fundadores de la así llamada Escuela Positiva fueron, en Italia, Lombroso, Ferri y Garófalo, autores en ese orden de *L'uomo delinquente, Sociologia Criminale* y *Di un criterio positivo di penalitá,* títulos con los que se aludía claramente a la orientación de las nuevas ideas, según las cuales el delito no era concebido como un ente jurídico, como lo entendía la anterior Escuela Clásica de la mano de Francesco Carrara, sino como un ente de hecho, producto de la peligrosidad del delincuente y no de la responsabilidad personal del autor fundada en el libre albedrío.

Entre los máximos representantes de esas ideas positivistas en nuestro medio científico figuraron los señores Académicos Juan P. Ramos, Jorge E. Coll, José María Paz Anchorena y Juan Silva Riestra, y a ellas se opuso Soler con su natural vehemencia, desde 1929, a través de las breves páginas de su ensayo titulado precisamente *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso,* teniendo en cuenta opiniones de penalistas nacionales y extranjeros y los proyectos de ley del Poder Ejecutivo de 1926 y 1928 sobre estado peligroso con y aun sin delito, y lógicamente lo escribió con vehemencia porque, como lo dijo en la Introducción, "el campo de las disciplinas penales es apasionante y en él la polémica está siempre en la punta de la pluma".

Sostuvo Soler que serían realmente graves para el derecho penal las consecuencias de la teoría del estado peligroso, y a su respecto dijo que "no se trata de simples modificaciones parciales e internas del derecho penal", sino que "se altera el mecanismo formal de la imputabilidad y, por tanto, las proyecciones del principio repercuten en la base misma de la disciplina penal y hacen variar de criterio en los puntos aparentemente más remotos". En su opinión carecería de sentido que los códigos penales contuvieran un preciso catálogo de delitos, pues señaló que para el positivismo "más interesa del hecho humano su valor sintomá-

tico como índice de una personalidad que su tipicidad delictiva" y que "si se admite que la defensa social es el principio supremo del derecho penal... al aplicar la sanción al delincuente no se le castiga en pago de lo que ha hecho, sino que se toma en cuenta lo que es".

Casi diez años después, en 1938, se celebró en Buenos Aires el Primer Congreso Latino Americano de Criminología, tocando a Soler actuar como relator del tema *La culpabilidad y la teoría de la imputabilidad legal,* el que expuso sobre la base de las respectivas disposiciones legales. Provocó así un duro enfrentamiento con algunos positivistas, lo que dio ocasión a que el Presidente del Congreso comentara con ironía al término del debate: "Soler, en los combates del espíritu, es un esgrimista hábil, penetrante, elegante y peligroso. Los que han leído su libro sobre el estado peligroso hacen este diagnóstico: es un jurista de gran talento y de alto índice de peligrosidad para los positivistas".

Pero faltaba en ese ámbito del derecho su contribución más significativa, su *Derecho Penal Argentino,* cuya Parte General en dos volúmenes apareció en 1940 y luego en cinco al añadir en 1945 la exposición de los delitos en particular.

En el prólogo a aquella primera edición, quien ejercía ya la docencia en Córdoba atribuye a los positivistas un propósito meramente crítico al tratar el examen del Código Penal, cuando lo que corresponde a su juicio es exponerlo sistemáticamente en la medida "en que parezca necesario para la reconstrucción dogmática de la ley'. Y agrega estos conceptos que es bueno releer: "Hay una razón, diremos, sociológica que nos ha determinado a realizar esta obra, adoptando dicho punto de vista: la necesidad de dar prestigio a la ley, de fomentar el sentimiento de respeto hacia ella. Las reiteradas críticas de la ley penal determinan cierta actitud de indiferencia, según lo hemos visto entre jóvenes alumnos. La ley aparece con frecuencia como una opinión más dentro de un conjunto de teorías, y esa opinión, por

añadidura, es generalmente tenida por poco sensata. De este modo, en vez de fomentarse el esfuerzo por presentar la ley en su mejor sentido, fructifica cierta inclinación demoledora, olvidando que entre el más gran tratado y la más modesta ley penal existe una diferencia cualitativamente insalvable" y agrega: "La ley es con frecuencia más sabia de lo que se supone, pero para entenderla es preciso estudiarla con ánimo prudente y buena voluntad".

Más adelante, en la Introducción, insiste Soler en la necesidad de recurrir al método dogmático para el estudio de la ley, dado que se trata, en definitiva, en el ámbito del derecho penal, de normas jurídicas que prevén la aplicación de una pena en presencia de la comisión de un delito, por lo cual es insuficiente definir el delito como una mera "acción punible", sino que por aplicación del método dogmático debe definírselo con arreglo a las condiciones que exige la ley para que el respectivo hecho sea punible, y así definió entonces Soler el delito dogmáticamente en su *Derecho Penal Argentino* como "una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura legal conforme a las condiciones objetivas de ella".

Soler pone el acento en el requisito de la culpabilidad, pues es a su respecto que se observa la mayor diferencia con los positivistas, para quienes la sanción, sea pena o medida de seguridad, se impone al autor de un delito por el solo hecho de vivir en sociedad y ser peligroso, mientras que para los dogmáticos es presupuesto ineludible de la pena la demostración de la culpabilidad, en orden a la cual, para decirlo con palabras de Soler, "para que pueda afirmarse que un sujeto es culpable se hace preciso que el hecho por él cometido sea valorado por el derecho como algo ilícito y que el sujeto que lo comete, partícipe de ese orden jurídico como sujeto capaz, haya conocido en concreto el significado de su acción como negación, concreta también, de ese valor", es decir, añade: "frente al valor contenido en el derecho el individuo afirma un disvalor, en un acto de menosprecio", pero desde el punto de vista del derecho, pues, según Soler,

"sólo puede hablarse de culpa cuando las acciones son referibles a una esfera de normas".

Al margen de esa actuación, se destacó también Soler en el ámbito de la reforma legislativa al colaborar en la redacción del Código de Procedimientos Penales de Córdoba, y en 1960 con su proyecto de Código Penal, iniciativa ésta que le brindó la oportunidad para publicar un breve ensayo que tituló *Bases ideológicas de la reforma penal.*

Nuestro homenajeado se desempeñó a su debido tiempo como profesor de derecho penal, primero en Córdoba, y años después también en Buenos Aires. Pero fue más que profesor, fue un maestro del derecho. Dice Osvaldo Loudet en *Política del Espíritu* al referirse a los que enseñan: "La altura máxima está ocupada por el maestro, la intermedia por el profesor y la última por el enseñante. El primero hace discípulos, el segundo tiene alumnos, el último instruye escolares. Hacer discípulos es tarea noble, generosa, magnífica. Es nada menos que hacer hijos de la inteligencia y del corazón, que no mueren como los hijos de la sangre porque en ellos se enciende y se transmite la luz del espíritu. Hacer discípulos es perpetuarse en el tiempo y traspasar la antorcha simbólica de una generación a otra. Hacer discípulos implica crear espíritus para una misión determinada, para una aventura superior, para un alto destino".

Y Sebastián Soler supo hacer discípulos. Lo hizo primero en el derecho penal, lo que destaqué en la conferencia que sobre "La ciencia penal argentina antes y después de Sebastián Soler" pronuncié el 14 de septiembre de 1981, en la Universidad Nacional de Córdoba, en homenaje a Soler, incluida oportunamente en el volumen 19 de nuestros "Anales". Y lo hizo también en el nivel superior de la filosofía del derecho, siendo prueba irrefutable de ello sus libros *Ley, Historia y Libertad, Los valores jurídicos, Fe en el derecho,* que vieron la luz en ese orden en 1943, 1948 y 1956, y *La interpretación de la ley,* editado en España en 1962.

Digamos algo sobre ellos con prudente brevedad.

El tema particular de *Ley, Historia y Libertad* no es

jurídico, sino filosófico. Según lo señala el autor del prólogo, que no era un jurista sino un filósofo, Francisco Romero, el tema versa sobre la crisis que entonces padecía nuestra civilización, y dice Romero: "Sebastián Soler se singulariza por un completo dominio de la vasta materia de historia de las ideas", y agrega que "esta noble virtud clasificatoria le ha permitido montar el problema sobre sus bases históricas, plantearlo eficazmente poniendo al descubierto sus supuestos, única manera satisfactoria de encarar la crisis actual y de extraer conclusiones y previsiones de su análisis, ya que parece indudable que esta crisis es la de un largo tramo histórico". Y cabe destacar entre los numerosos capítulos los que llevan por título "La concepción iluminista del derecho", "Los derechos naturales", "El derecho de resistencia a la opresión", "La concepción moderna del derecho" y "Libertad natural y libertad jurídica".

La tesis de Soler en *Los valores jurídicos,* que primero apareció como artículo en la "Revista Jurídica de Córdoba" y después como apéndice en *Fe en el derecho,* es que tales valores poseen objetividad y son recogidos así por la ley, a cuyo respecto dice: "Suponer que la norma es un mero esquema intelectivo que en el proceso de individualización es llenado de valoraciones por el juez en el acto de dictar sentencia importa torcer el concepto de norma jurídica hasta despojarlo de toda significación", y más adelante expresa: "Colocar los valores jurídicos fuera de la norma, sea en la mente personal e histórica del juez, sea en la vida, sea en la sociedad, sea en la cultura, sea en la justicia, importa un grave abandono de las exigencias derivadas de la estructura constitutiva del sujeto estudiado", el derecho, que se caracteriza por el deber ser, y de no ser así, añade, la ley se transformaría "en un acertijo indescifrable tanto para los ciudadanos como para los jueces".

Fe en el derecho comenzó a esbozarse antes de 1955, según su autor, "en la época de máximo escepticismo", como parte del ciclo de disertaciones proyectado por el Instituto Argentino de Investigaciones Jurídicas y Sociales bajo la

dirección del Académico Eduardo B. Busso, ciclo que al quedar interrumpido por decisión del gobierno de entonces, indujo a Soler en 1956 a sustituir por influencia de sucesivas reflexiones su original disertación relativa a la crisis del derecho por una que exaltara la fe en el derecho con el propósito, según lo destacó, de "contribuir a fortalecer la convicción de que el derecho es un instrumento insuperado de convivencia".

Por último, en *La interpretación de la ley* desecha Soler el método de la escuela de la exégesis porque da prioridad a la voluntad del legislador, los criterios de la jurisprudencia de intereses y del realismo jurídico y la opinión según la cual la ley debe adaptarse al caso concreto a resolver, considerando en cambio que el juez debe atenerse a los elementos que le ofrece el derecho positivo y los principios jurídicos de vigencia, de unidad sistemática, el dinámico y el jerárquico, y expresa: "la actitud correcta del intérprete, en particular la del juez, lejos de consistir en una acentuación de sus propias intuiciones de justicia debe centrar en un reconocimiento de la heteronomía de la ley".

En forma paralela a esas actividades actuó también Soler en la magistratura, primero como Camarista en la Provincia de Santa Fe y más tarde en esta Capital en el alto cargo de Procurador General de la Nación a partir de septiembre de 1955. Había renunciado en 1947 a su cátedra de derecho penal en Córdoba y al cargo judicial que desempeñaba en Santa Fe, como firme protesta frente al juicio político a que recurrió el gobierno de entonces para separar a los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación porque, como lo señaló Soler al incorporarse a esta Academia, la permanencia de esos jueces iba a ser "un obstáculo para los designios de un tirano", a quien, agregó, molestaría esa Corte como intérprete incorruptible de la Constitución porque la Constitución misma le molestaba.

Y fue esa noble actitud de renunciamiento una razón más para que el ex magistrado provincial regresara a la función judicial en un gesto personal que nuestro desaparecido

colega Mario Justo López, Procurador General entonces, calificara como "un acto de servicio ciudadano" al evocar la personalidad de Soler en la sede de la Procuración General con motivo de cumplirse un año de su fallecimiento. Dijo el doctor López que Soler "estaba hecho para otras cosas. Para el libro, para la cátedra, para el ejercicio vigoroso y sin reposo de la abogacía", pero que sabía también que "hay tiempos en que hay que recrear todo y regenerar todo. Tiempos fundacionales en los que es obligatorio el acto de servicio ciudadano más allá de las vocaciones", lo que no le impidió a Soler, según agregó López con la mirada en la intimidad del homenajeado, "elevar su espíritu con la lectura de alguna poesía, con la pintura de algún cuadro o con las notas de Juan Sebastián Bach que sus manos hacían brotar de la guitarra", palabras que se me permitirá compartir porque me unió a Sebastián Soler un auténtico afecto personal.

Poco tiempo estuvo Soler al frente de la Procuración General de la Nación, pues cesó en ese cargo a principios de 1958.

En la colección de "Fallos" de la Corte Suprema figuran sus numerosos dictámenes, algunos realmente importantes, pero sólo recordaré uno por su estrecha relación con la Constitución Nacional y el derecho penal. Raúl Oscar Mouviel y otros compinches habían sido condenados a penas de arresto por infracción a los edictos policiales sobre desórdenes y escándalo, y llegado el caso a la Corte produjo Soler su dictamen el 25 de abril de 1956 propiciando la revocación de la condena, a lo que adhirió la Corte con remisión, según lo consignó, "al meditado dictamen del Sr. Procurador General". Hasta entonces la jurisprudencia había admitido la validez de tales edictos, expresando entonces Soler que "tal es el grado de amplitud que ha llegado a cobrar en la actualidad el conjunto de las normas así dictadas, y tan fresco permanece todavía en la memoria el recuerdo de las funestas consecuencias que para el ejercicio de la libertad tuvo su aplicación en los últimos años, que

considero necesario examinar nuevamente la cuestión con la amplitud que su importancia exige". Y fue con evidente amplitud que se pronunció en favor de su inconstitucionalidad por ser violatorios del artículo 29 de la Constitución Nacional "y del principio de la separación de los poderes en que se funda el régimen republicano de gobierno". Citó en apoyo de su parecer fallos de la Suprema Corte de los Estados Unidos que contenían opiniones de los Jueces Hughes, Stone y Cardozo, "cuyos principios", destacó, "deben considerarse inconmovibles en materia penal y constituyen por lo tanto una guía segura para orientarse en la cuestión". No voy a extenderme en el análisis exhaustivo del dictamen, y sólo he de destacar, por un lado, la circunstancia a que alude Soler de que "la Capital Federal cuenta en la actualidad con un auténtico Código contravencional dictado por la sola voluntad del Jefe de Policía", quien "además reúne los poderes de ejecutar y juzgar en los mismos casos que legisla", y, por otro, las razones de orden superior que invalidan tales edictos con sustento en los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional relativos a la garantía de la ley previa y al derecho de todo habitante de no ser obligado a hacer lo que la ley no manda, por lo cual sostiene que "estos dos principios fundamentales y correlativos en el orden penal imponen la necesidad de que sea el Poder Legislativo el que establezca las condiciones en que una falta se produce y la sanción que le corresponde".

Sebastián Soler fue miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y se incorporó a esta de Buenos Aires el 20 de abril de 1972. El discurso de recepción estuvo a cargo del doctor Aquiles Guaglianone, quien dijo del nuevo Académico que se destacaba como "defensor de prerrogativas legítimas y de situaciones directamente vinculadas con las garantías constitucionales" y como "un fervoroso defensor de la supremacía o exclusividad de la ley como reguladora de los hechos sociales", rasgos ambos de la personalidad de Soler que por nuestra parte también hemos destacado.

Le sucedió en el correspondiente sillón el 26 de noviembre de 1981 el doctor Julio César Cueto Rúa, cuyos conceptos en esa oportunidad sobre su antecesor merecen recordarse cuando lo caracterizó como "arquetipo de la justicia aristotélica: la justicia como racionalidad, la justicia de la igualdad y la justicia de la proporcionalidad" y como "un formidable ejemplo del poderío de la razón aplicada a la interpretación y desarrollo del derecho, para hacer de él un sistema coherente, consistente, carente de fisuras por las que pudiera penetrar sibilinamente la arbitrariedad o el discrecionalismo".

En aquel 20 de abril de 1972 el nuevo Académico disertó sobre "El derecho y los hechos". Volvió a ocupar nuestra tribuna el 12 de noviembre de 1973 para hablar del "Significado de la obra de Hans Kelsen en la teoría del derecho" en ocasión de tributarse un homenaje a la memoria del ilustre jurista y filósofo del derecho recién fallecido. Y lo escuchamos aquí por última vez el 1º de julio de 1976 con motivo de recordarse el bicentenario de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, episodio del que destacó su sentido histórico-político después de haberse referido el Académico Alberto Padilla a sus antecedentes y repercusiones.

Soler dejó de lado en sus dos primeras conferencias todo tema vinculado con el derecho penal, y prefirió dirigir su atención a cuestiones de nivel superior.

La primera de ellas la tituló, como hemos visto, "El derecho y los hechos", revelando así su preocupación por haber advertido, según lo señaló, "cierta declinación valorativa experimentada por el derecho en general frente a la opuesta exaltación de los hechos como tales". Mucho antes, en 1949, Georges Ripert había escrito agudas observaciones sobre *Le déclim du droit,* pero en su opinión esa declinación no se debía a la exaltación de los hechos sino a las leyes que no se inspiraban en la justicia. Luego de pasar revista el disertante con sentido crítico a algunas teorías de raíz sociológica, ve el origen de la apuntada declinación en la

tendencia a considerar como objeto de la ciencia jurídica no a las normas sino a los hechos a los que las normas se refieren, sustituyéndose así a la ciencia estrictamente jurídica y normativa por una sociología del derecho y al método normativo por uno propio de las ciencias de la naturaleza, conceptos con los cuales, al ser así reiterados, fue consecuente en un plano superior y nunca abandonado con cuanto había sostenido en 1940 en el ámbito del derecho positivo en su *Derecho Penal Argentino.*

Esa postura jusfilosófica quedó una vez más confirmada en su ulterior conferencia en ocasión del homenaje rendido aquí a la memoria de Hans Kelsen. No es el caso evidentemente de ocuparse ahora de la teoría que Kelsen llamó "teoría pura como teoría del derecho positivo", sino sólo de destacar la adhesión a dicha teoría que Soler expuso sin reservas en esa oportunidad. Se refirió nuestro colega en primer término a sus antecedentes históricos, fijándolos en tiempo de los glosadores, para destacar fundamentalmente más adelante la contribución de Kant en su *Crítica de la razón práctica,* dado que, en su opinión, la tesis sustentada en esa obra era un buen punto de partida "para los que querían reivindicar el valor de las normas jurídicas frente a la prepotencia orgullosa de la ley de los hechos". Seguidamente dedicó algunos comentarios a dicha teoría pura, la que cumplió a su juicio una labor histórica, "especialmente en la dignificación de la dogmática jurídica y en la moderación de las antiguas tesis jusnaturalistas excesivamente ambiciosas". Y concluyó sosteniendo que la perfecta y completa estructura del sistema kelseniano era razón suficiente por sí misma para que una Academia de Derecho, como en esa ocasión, rindiera homenaje al jurista que la concibió.

Y bien, señoras y señores, hay también razón suficiente para que esta misma Academia rinda hoy a su vez un merecido homenaje al jurista que tuvo una actuación tan destacada como la que he aspirado a recordar y que honró con altura el sitial que aquí ocupó.

HOMENAJE AL Dr. JOSÉ BENJAMÍN GOROSTIAGA

Palabras del académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, Presidente de la Comisión de Homenaje a José Benjamín Gorostiaga en el Centenario de su Muerte, abriendo el acto público de homenaje, en el Colegio de Abogados de Buenos Aires, el 3 de octubre de 1991

Tengo el singular honor de abrir este acto público, organizado por la Comisión de Homenaje a José Benjamín Gorostiaga en el centenario de su fallecimiento, cumpliendo un elemental deber de gratitud cívica con uno de los grandes próceres civiles que con su sacrificio, talento, dignidad y patriotismo, contribuyeron a la organización constitucional definitiva de la República.

Jurisconsulto, constituyente, legislador, ministro del Poder Ejecutivo Nacional, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y académico, Gorostiaga brilló por sus excepcionales condiciones morales e intelectuales en las múltiples y elevadas funciones que le correspondió desempeñar, distinguiéndose por su inteligencia, conocimientos, rígida austeridad y límpida conducta cívica, que lo erigen en genuino paradigma para las sucesivas generaciones de la Patria.

De antecesores vascos, Gorostiaga —que recién cumplió los treinta años de edad durante las sesiones del Congreso General Constituyente— tuvo una actuación descollante y decisiva en el proceso de la elaboración y redacción del texto constitucional, hasta el extremo de que Groussac pudiera considerarlo como el autor de la Constitución de 1853. Por su parte, al despedir los restos de Gorostiaga, Benjamín Victorica, su sucesor en el Alto Tribunal, lo calificó como "uno de los autores de la Constitución vigente", y dijo que Gorostiaga "era el comentario vivo de la letra del Código Fundamental que garante todas las libertades y todos

los derechos. Tenía el espíritu de los primeros hombres de la República; era un maestro, era un apóstol de la ley y del derecho".

El ejemplar ciudadano y eminente constitucionalista que fuera Carlos Sánchez Viamonte ha señalado que Gorostiaga "pertenece a la generación de 1837, juntamente con otros personajes de nuestra historia cultural, entre los que se hallan Echeverría, Alberdi, Sarmiento, Juan María Gutiérrez y Mitre, nacidos de doce a diecisiete años antes que él".

Si los hombres de Mayo, con Alberdi a la cabeza, fueron los inspiradores ideológicos de la Ley Fundamental del país, no cabe duda de que Gorostiaga fue su arquitecto y redactor por excelencia, que supo traducir en normas magistrales la doctrina constitucional de Mayo.

Nunca será suficientemente ensalzada, a la vez que agradecida, la magnífica obra de los Constituyentes de 1853 y 1860, que consagraron, con sabiduría y prudencia notables, a la vez que profundo patriotismo, la Constitución fundacional e histórica de la República Argentina.

En su esencia, las bases de la organización constitucional argentina fueron establecidas por la Revolución de Mayo de 1810, por lo que puede afirmarse que la Constitución de 1853-1860 no ha hecho sino institucionalizar —o sea, traducir en instituciones y normas jurídicas que incorporó a su texto— ideas y principios fundamentales que nacieron con la Nación misma, con los cuales el pueblo argentino está consustanciado, y por cuya vigencia ha luchado, lucha y sin duda continuará luchando en tanto conserve el alma y el estilo de la estirpe. Pudo así sostener, desde su banca ilustre en el Congreso General Constituyente, Juan María Gutiérrez, que "la Constitución... es el pueblo, es la Nación Argentina hecha ley".

La Constitución Argentina es una de las más sabias, prudentes y perfectas constituciones del mundo y desde luego, la más humanitaria y generosa. Bien dijo Joaquín V. González que ella "es uno de los instrumentos de gobierno más completos, más orgánicos, más jurídicos, sin ser por eso

estrecho ni inmóvil, que hayan consumado los legisladores de cualquier país y época". Dijo también que la Constitución "como instrumento escrito de la unión nacional y su gobierno, en cuanto ha sido establecida para nosotros y nuestra posteridad, ha sido declarada perpetua e indestructible".

Nuestra Constitución no es el resultado de una elucubración genial de sus autores. Es el fruto laboriosamente gestado en largos años de lucha y sacrificio. Cada uno de sus artículos, cada una de sus cláusulas, tienen raíces profundas en el pasado histórico de la Nación, que se confunden con el origen mismo de la nacionalidad. Es por eso que la Ley Fundamental y Suprema de los argentinos ha podido perdurar tantos años sin envejecer, resistiendo incólume las vicisitudes del país y hoy, como siempre, señala a nuestro pueblo el rumbo que le permitirá reanudar su marcha ascendente en el concierto de la naciones libres y civilizadas de la tierra.

A su amparo, ningún ideal superior es irrealizable, ninguna idea noble deja de tener cabida, ningún propósito de bien queda sin protección. Toda institución o medida que se oriente al bienestar del individuo y de la sociedad, respetando la libertad y la dignidad del hombre, tiene lugar en nuestra Ley Suprema, aun cuando su articulado no la contemple expresamente. Es por eso que, sin necesidad de reforma, la Constitución Argentina puede cobijar en su seno la más progresista legislación que la mente del estadista pueda concebir.

Como dijera Mitre, en el discurso que pronunció como Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, en la jura de la Constitución Nacional, el 21 de octubre de 1860, "esta Constitución satisface vuestras legítimas esperanzas hacia la libertad y hacia el bien; ella es la expresión de vuestra soberana voluntad, porque es la obra de vuestros representantes libremente elegidos; es el resultado de las fatigas de vuestros guerreros y de las meditaciones de vuestros altos pensadores; verbo encarnado en nosotros, es la palabra viva de vuestros profetas y de vuestros mártires políticos".

VII

DECLARACIONES Y DICTÁMENES

UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL

Nota enviada al Señor Presidente de la Nación

Señor Presidente
de la Nación Argentina
Dr. Carlos S. Menem
S./D.

De mi consideración:

Tengo el honor de dirigirme al Señor Presidente en cumplimiento de lo resuelto por unanimidad por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la sesión del día de ayer, con relación a la decisión del Honorable Senado de la Nación, al sancionar con fuerza de ley el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

En razón de lo expresamente establecido en el art. 2º, inc. 3, del Estatuto de la Academia, al señalar entre sus fines, "propender al progreso del país, mediante el perfeccionamiento de su régimen legal", la Corporación ha considerado su deber dirigirse respetuosamente al Señor Presidente, a fin de hacerle conocer su punto de vista sobre los efectos negativos que resultarían de la entrada en vigencia del texto aprobado por el Honorable Congreso de la Nación.

Es evidente que la unificación y la reforma sorpresiva

de dos leyes fundamentales, como son los Códigos Civil y de Comercio, pasando por alto las numerosas objeciones formuladas por serias instituciones que se han pronunciado al respecto, afectan la seguridad y el orden jurídico de nuestro país.

En apoyo de lo dicho cabe recordar que el texto de la nueva ley prescinde de las observaciones formuladas en las reuniones de la Comisión Asesora designada oportunamente por la misma Cámara que lo ha aprobado a libro cerrado e inclusive de las correcciones propuestas por los redactores del texto original, todo lo cual resta jerarquía a las normas sancionadas.

Por otra parte, es necesario destacar que la aprobación de muchos de los artículos objetados implica modificaciones sustanciales a las normas sancionadas últimamente en materia económica y, específicamente, a la ley Nº 23.928, de convertibilidad del Austral. En efecto, hay cambios medulares en el régimen de las obligaciones y contratos, algunos de los cuales han merecido críticas fundadas de la doctrina más autorizada y, por otra parte, alteran la actual política económica de nuestro país.

Esta Corporación, desde que se conoció el Proyecto de Unificación, realizó estudios intensivos y se pronunció al respecto, según se informa en la documentación que se adjunta.

Sobre la base de lo expuesto, la única alternativa constitucional para evitar la entrada en vigencia de un texto que traerá consecuencias sustancialmente desfavorables, consiste en el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de la facultad conferida en el art. 72 de la Constitución Nacional.

Saludo al Señor Presidente con mi consideración más distinguida.

Federico N. Videla Escalada
Presidente
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

FACULTADES CONSTITUCIONALES SOBRE EDUCACIÓN

Consulta del Señor Ministro de Cultura y Educación de la Nación

Señor Ministro
de Cultura y Educación
Profesor Antonio Salonia
S./D.

De mi consideración:

Tengo el agrado de dirigirme al Señor Ministro con referencia a su solicitud de asesoramiento acerca de las facultades del Gobierno Federal en materia educativa y de la posibilidad de delegación en el Poder Ejecutivo de atribuciones que por la Constitución Nacional corresponden al Legislativo.

Al respecto, deseo informarle que esta Academia encomendó a la Sección de Derecho Público, que preside el doctor Segundo V. Linares Quintana, la elaboración de un dictamen sobre el tema.

En la sesión privada del día 28 de noviembre, la Academia tomó conocimiento y aprobó ese dictamen, que le hago llegar junto con esta nota.

Saludo al Señor Ministro con distinguida consideración.

Federico N. Videla Escalada
Presidente
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

DICTAMEN DE LA SECCIÓN DE DERECHO PÚBLICO

1. *Atribuciones del Gobierno Federal en materia educativa en todos los niveles y modalidades.*

a) La facultad que le acuerda a la Nación el art. 67, inc. 16, de la Constitución Nacional, a dictar planes de "instrucción general" comprende a la enseñanza primaria, secundaria y especial.

b) Cabe al Gobierno Federal el dictado de normas generales que establezcan fines y objetivos comunes, con vigencia en todo el territorio de la Nación, y un planeamiento cuya administración y aplicación corresponderá a las provincias en sus respectivas jurisdicciones.

c) Surgen entonces en esta materia facultades propias, tanto del Gobierno Federal como de las provincias, así como competencias concurrentes o sea las que pertenecen al Gobierno Federal y a las provincias en virtud de la materia que las respectivas legislaciones determinen, tales la facultad de establecer programas de capacitación y actualización, programas educativos especiales, o de asistencia técnica a las provincias que lo soliciten.

2. *Posibilidad de delegación en el Poder Ejecutivo Nacional de las atribuciones que por la Constitución Nacional pueden corresponderle al Poder Legislativo Nacional.*

De acuerdo con el sistema de la separación de los poderes que consagra nuestra Constitución Nacional, el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de hacer la ley.

Sin embargo, dentro de la política legislativa que el Congreso determine al efecto, el Poder Ejecutivo se halla constitucionalmente facultado (art. 86, inc. 2º, C. N.), para dictar las normas necesarias para la aplicación de la ley.

Segundo V. Linares Quintana
Miguel S. Marienhoff
Enrique Ramos Mejía
Horacio A. García Belsunce
Alberto Rodríguez Galán
Juan Carlos Cassagne
Jorge A. Aja Espil

REGLAMENTACIÓN DE LA INTERVENCIÓN FEDERAL EN LAS PROVINCIAS

Consulta de la Comisión de Asuntos Constitucionales del H. Senado de la Nación

Visto la consulta del H. Senado de la Nación acerca de la reglamentación de la Intervención Federal,

Aconsejamos:

No se considera procedente la reglamentación por el Congreso de la intervención federal en las Provincias, por ser una atribución específica de dicho órgano de gobierno, establecida por la Constitución Nacional por disposiciones de carácter operativo (arts. 5º, 6º y 67, inc. 28).

Este criterio, coincidente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la doctrina de los autores, resulta abonado por la experiencia institucional, que evidencia que en la historia legislativa del país, ninguno de los proyectos de leyes sobre la materia fue en definitiva aprobado y los dos únicamente sancionados por el Congreso fueron vetados por el Poder Ejecutivo.

Fortalece esta opinión la tendencia al empleo restringido de tan extrema medida durante los últimos gobiernos constitucionales.

Segundo V. Linares Quintana
Miguel S. Marienhoff
Jorge A. Aja Espil
Horacio A. García Belsunce
Alberto Rodríguez Galán

VIII

MEMORIA Y BALANCE

MEMORIA 1991

En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 28 del Estatuto, someto a la consideración del H. Cuerpo la Memoria de las actividades y el balance del año 1991.

Una vez más debo comenzar este documento con una mención referida al espíritu de entrega y servicio y la invariable largueza con que los Señores Académicos han aportado a la Academia su ciencia, su prudencia y su labor constante, que permitió a la Corporación desarrollar una tarea intensa y eficaz para dar cumplimiento a sus finalidades específicas.

No sería justo omitir que hubo también un gran sentido de colaboración de parte de los integrantes de sus institutos, algunos de los cuales han publicado obras de alto valor, de los miembros del personal administrativo y de muchas personas que, con una clara manifestación de solidaridad con la Academia, la han acompañado en sus esfuerzos y han aportado sugestiones positivas con manifiesto beneficio para la realización de su obra cultural.

Estimé necesario cumplir con un verdadero deber de justicia al destacar estas realidades, tras lo cual, procedo a referirme a los principales temas vinculados con el trabajo realizado en 1991.

I. *Duelo de la Academia.* — En primer término, debo recordar que el 22 de septiembre falleció el Señor Académico de Número, Dr. José María López Olaciregui. La Institución sintió profundamente la pérdida de uno de sus miembros más brillantes y, en apenada demostración de pesar, acompañó sus restos al Cementerio de Olivos, donde el suscripto hizo uso de la palabra para despedir sus restos en nombre de la Academia y también pronunció una sentida

oración fúnebre la doctora Nelly Louzan de Solimano, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Es innecesario destacar los méritos del doctor López Olaciregui: su inteligencia excepcional, la amplitud y solidez de sus conocimientos, su admirable voluntad de trabajo, su espíritu de sacrificio en la función docente, su preciso criterio jurídico, su decisión para luchar por la justicia, su constante apoyo al bien común, su solidaridad social, su fundamentada y esperanzada vida cristiana, confluyeron para conformar en su persona un valor humano absolutamente extraordinario.

La Corporación le rindió emocionado homenaje en la primera sesión que celebró después de su fallecimiento, es decir, en ocasión del acto público realizado el día 10 de octubre.

Otro acontecimiento doloroso fue el deceso del Académico Correspondiente, Dr. Jesús Abad Hernando, jurista de primera línea, de relevante perfil humano y muy unido a la Academia, especialmente después de haber trasladado su residencia a la Ciudad de Buenos Aires, motivo por el cual se intensificó su relación con los integrantes de nuestra Corporación.

Como el hecho ocurrió antes del comienzo de la actividad académica, el suscripto informó al Cuerpo y éste le rindió su sentido homenaje.

II. *Incorporación de Académico de Número.* — En acto público celebrado el 13 de junio, se incorporó el Académico de Número, Dr. Antonio Vázquez Vialard.

El discurso de presentación estuvo a cargo del Académico Dr. Roberto Martínez Ruiz, quien efectuó una magnífica semblanza del nuevo miembro de la Corporación.

El Dr. Vázquez Vialard, por su parte, tras recordar y rendir homenajes al Titular del Sillón que le toca ocupar, el Dr. Juan A. Bibiloni, y a su antecesor directo, el Dr. Mario Justo López, desarrolló con plena autoridad, enjundioso conocimiento científico y meditado criterio jurídico, el tema "Desafíos actuales al Derecho del Trabajo", ante un público altamente calificado.

III. *Reuniones de la Mesa Directiva.* — De acuerdo a lo acostumbrado, la Mesa Directiva se reunió semanalmente y también lo hizo cuando algunos asuntos requirieron especial atención.

En todos los casos, sus integrantes, los Señores Académicos Enrique Ramos Mejía, José Domingo Ray, Jorge Aja Espil y Juan Carlos Cassagne, aportaron su talento y su voluntad de servir a la Academia, con el consiguiente provecho para la marcha de la Institución.

El espíritu de colaboración entre todos los componentes de la Mesa facilitó en forma notoria su funcionamiento y permitió que se analizaran, con amplia comprensión y eficacia, las cuestiones sometidas a su consideración.

Creo mi deber poner de manifiesto esta realidad por la inestimable colaboración recibida de todos ellos y por el espíritu de amistad puesto de relieve en el trabajo común.

En oportunidad de haberse acordado licencia al suscripto, el Académico Dr. Enrique Ramos Mejía desempeñó con total dedicación y su habitual aptitud, la Presidencia del Cuerpo.

IV. *Reuniones ordinarias del Cuerpo.* – Tal como estaba previsto, durante el año transcurrido se llevaron a cabo todas las reuniones ordinarias de la Academia, tanto las sesiones públicas como las privadas.

El trabajo fue en este período particularmente intenso, ya que, además de las exposiciones de diversa índole de los Señores Académicos, se registraron, como se dirá más adelante, importantes consultas de organismos oficiales, que requirieron la opinión de la Corporación sobre temas vinculados con el bien común de la República.

Esta tarea de asesoramiento a las autoridades, especialmente mencionada en el Estatuto de la entidad, dio lugar a importantes elaboraciones ante requerimientos provenientes de diversos Organismos Oficiales como Comisiones del H. Senado, los Ministerios de Relaciones Exteriores, Cultura y Educación, Salud y Acción Social, la Secretaría de Cultura, etc.

En oportunidad de prepararse las respuestas a dichas consultas, la Corporación utilizó diversas metodologías de trabajo. Así, en determinados casos, recurrió a la convocatoria a la Sección de Derecho Público, como lo hizo respecto a un pedido de dictamen por parte del Ministerio de Educación relativo a las posibilidades de delegación de facultades del Poder Legislativo al Ejecutivo, relacionado con el tema de la transformación educativa y la transferencia a las Provincias de establecimientos de distinto nivel.

En otras ocasiones se solicitó la opinión de alguno de los Institutos de la Academia o se formaron Comisiones integradas por varios Señores Académicos o se encomendó a alguno de los integrantes del Cuerpo la tarea de informar para que el plenario contara con mayores elementos para pronunciarse.

Invariablemente, la respuesta de los miembros de la Corporación fue sumamente positiva: la generosidad con que trabajaron las Secciones, los Institutos, las Comisiones o los miembros individualmente, mostró una dedicación y un espíritu de servicio realmente admirables, lo cual, sin duda, fue substancial para que la Institución pudiera cumplir más eficazmente las valiosas finalidades que la inspiran y motivaron su creación.

Fue, además, sumamente destacable el sentido de colaboración y el entendimiento entre los Señores Académicos con el natural beneficio que se deriva de la realización de un esfuerzo común emprendido sobre bases tan constructivas.

V. *Comunicaciones en sesiones privadas.* — Salvo cuando alguna sesión privada estuvo dedicada a la consideración de un tema especial, que requería un tratamiento extenso y absorbente, en cada una de esas sesiones se produjeron comunicaciones a cargo de uno de los Señores Académicos, las que versaron sobre temas novedosos o de particular interés o complejidad y se complementaron con importantes cambios de opiniones entre los miembros del Cuerpo, diálogos que contribuyeron eficazmente a la profundización de los análisis de esas cuestiones dignas de preferente atención.

La lista de las comunicaciones y las fechas en que se expusieron es la siguiente:

El 25 de abril, en la primera sesión ordinaria del año, la comunicación versó sobre "Reflexiones en torno a la ley de convertibilidad del Austral" y estuvo a cargo del Académico Dr. Jorge Bustamante Alsina.

El 23 de mayo, el Académico Dr. Juan Carlos Cassagne se refirió a la "Ley de convertibilidad del Austral", desde un punto de vista diferente.

Y el 25 de julio el Académico Dr. Julio César Cueto Rúa expuso sobre "El conocimiento del Derecho".

Para poder difundir sin mayor demora las comunicaciones realizadas, se editaron las separatas correspondientes, como anticipos de la publicación que se hará en los "Anales".

VI. *Sesiones públicas.* — En el año transcurrido, fue notorio el crecimiento de las sesiones públicas, que atrajeron a un público interesado que siguió con marcada atención las exposiciones de los disertantes, las cuales alcanzaron un alto nivel de jerarquía científica y calidad oratoria.

Excluidos los actos del Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional, a los que habré de referirme más adelante, las sesiones públicas conforman la nómina que se incluye a continuación, en la cual se menciona asimismo la fecha de su respectiva realización.

Como anticipé, el 13 de junio se realizó la incorporación del Académico de Número, Dr. Antonio Vázquez Vialard, a quien presentó el Académico Dr. Roberto Martínez Ruíz.

El 9 de mayo se realizó un homenaje al Académico fallecido, Dr. Sebastián Soler, en el que usó de la palabra el Académico Vicepresidente Dr. Enrique Ramos Mejía y del que me ocuparé más adelante.

El 8 de agosto un panel integrado por los doctores Luis García Martínez, Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Económicas, el Dr. Germán Bidart Campos, miembro de Número y el Dr. Néstor Sagüés, Académico correspondiente, ambos de nuestra Corporación, coordinado por el Académico de ambas Corporaciones, Dr. Horacio García Belsunce, trató el tema "El plan Bonex y los derechos adquiridos (caso 'Peralta Luis A. y otros c/Estado Nacional')". Al término de las exposiciones de los panelistas, algunos destacados juristas que integraban el numeroso público asistente formularon preguntas y reflexiones que enriquecieron aun más el tratamiento de la cuestión, que había sido profundamente analizada por los nombrados Académicos.

El 22 de agosto, el Académico correspondiente Dr. Francisco Uriburu Michel pronunció una conferencia sobre "Los derechos de las Provincias a las minas de sus territorios".

El 24 de octubre el Académico de Número Dr. Carlos Manuel Muñiz disertó sobre "Nuevo rol de las Naciones Unidas en la consolidación del orden jurídico internacional".

Todos los actos tuvieron como marco la presencia de un público calificado, que siguió con permanente interés las exposiciones de los oradores.

Tal como se hizo con las comunicaciones desarrolladas en las se-

siones privadas, las conferencias pronunciadas en las públicas fueron editadas en separatas que permitieron una más temprana difusión.

VII. *Sesión extraordinaria.* — Por las especiales circunstancias que durante los primeros meses del año vivió nuestro país, a lo cual se agregó la sanción de la ley 23.928 de convertibilidad del Austral, la Mesa Directiva consideró conveniente convocar al Cuerpo a una sesión extraordinaria y así lo hizo el suscripto, en uso de la facultad que le acuerda el artículo 21 del Estatuto. La respuesta de los Señores Académicos fue muy positiva, tanto por el número de miembros presentes, como por la atención con que fueron tratados los diversos temas planteados.

VIII. *Homenaje al Académico fallecido Dr. Sebastián Soler.* — Con motivo de cumplirse el décimo aniversario del deceso del Académico de Número Dr. Sebastián Soler, la Corporación efectuó el día 9 de mayo un acto público para rendir un justo homenaje a quien fue uno de los más brillantes juristas de nuestro país y una de las figuras orientadoras de mayor valía en el campo del Derecho Penal.

El discurso del caso estuvo a cargo del Académico Vicepresidente, Dr. Enrique Ramos Mejía, quien, con gran conocimiento y fluida palabra, explicó las facetas más sobresalientes del recordado maestro.

Entre los asistentes, que compusieron un público numeroso y calificado, se contaron los dos hijos del ilustre homenajeado, otros familiares y personas allegadas a él y los más destacados discípulos de quien supo formar una escuela y marcar un rumbo en el pensamiento jurídico argentino.

IX. *Reuniones con Presidentes de Academias Nacionales.* — En diversas oportunidades y para tratar temas de interés general, se efectuaron reuniones de Presidentes de Academias Nacionales, que se desarrollaron en un ambiente de leal colaboración y pusieron de relieve la sana preocupación de los Señores Presidentes por el bien común de las Instituciones.

Entre esas reuniones, debe mencionarse en primer término a la que se efectuó en la Residencia Presidencial de Olivos por invitación del Señor Presidente de la Nación, Dr. Carlos Saúl Menem, a compartir un almuerzo con él y algunos de los Señores Ministros, Secretarios y Subsecretarios de Estado.

El acto merece ser destacado, no sólo por la atención hacia las Academias Nacionales que refleja la iniciativa del primer mandatario, sino por la amable acogida que dispensó a sus invitados y por el clima de cordialidad que reinó en la reunión.

También merecen ser puestas de relieve las expresiones del Señor Presidente referidas a la importancia de la labor académica desde el punto de la cultura y el valor que le asigna dentro del conjunto de la acción de Gobierno y en beneficio del país.

Desde otro punto de vista, salió asimismo de lo habitual la reunión de los Presidentes de las Academias Nacionales que se realizó en la sede de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba, la más antigua del país, el día 4 de octubre, con motivo de la celebración del cincuentenario de la fundación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de aquella ciudad.

Esa reunión fue presidida por el Presidente de la Academia donde se realizó, el Dr. Telasco García Castellanos y todas las Academias Nacionales estuvieron representadas por sus Presidentes o por Señores Académicos especialmente designados.

En otro encuentro se procedió a determinar a qué Académico sería dedicado el homenaje anual y la elección recayó en el Dr. Osvaldo Loudet. El acto se desarrolló en el salón de actos de la Academia Nacional de Medicina e hicieron uso de la palabra los Señores Académicos Dres. Alejandro Maccagno, Federico Peltzer, Alberto Benegas Lynch y Alberto Rodríguez Galán, todos ellos miembros de las Corporaciones a las que había pertenecido el homenajeado, las Academias Nacionales de Medicina, Letras, Ciencias Morales y Políticas y Ciencias de Buenos Aires.

X. *Reuniones de Presidentes de Academias con Autoridades Nacionales.* — La invitación del Señor Presidente de la Nación a los Señores Presidentes de las Academias Nacionales a almorzar en la Residencia Presidencial de Olivos fue, sin duda, la más importante reunión mantenida con autoridades Nacionales. Como anteriormente me he referido a este acontecimiento, no estimo oportuno reiterar el comentario.

Pero cabe recordar que, en esa ocasión, estuvieron presentes los Señores Ministros de Educación, Profesor Antonio Salonia y de Salud y Acción Social, Dr. Avelino Porto y el Señor Secretario de Cultura, Profesor José María Castiñeira de Dios, con quienes, más tarde, los Presidentes de Academias Nacionales tuvieron contacto.

El 27 de junio, éstos fueron convocados por el Señor Ministro de Cultura y Educación, Profesor Antonio Salonia, a fin de tomar conocimiento de algunas medidas de carácter presupuestario y de la buena disposición de los altos funcionarios del Ministerio respecto a las actividades que cumplen las Academias Nacionales.

Cabe señalar que se encontraba presente el Secretario de Cultura, Profesor José María Castiñeira de Dios, además del Dr. José Luiz de Imaz, en ese momento Subsecretario de Asuntos Universitarios.

Con motivo de la creación de la Comisión de Transformación Educativa, el Poder Ejecutivo dictó el pertinente Decreto, en el cual dispuso que debería contar entre sus integrantes con tres Presidentes de Academias Nacionales, cargos para los que fuimos designados por el Señor Ministro de Cultura y Educación los de las Academias de Educación, Ciencias y Derecho.

En la sesión constitutiva de ese organismo, los representantes de las mencionadas Corporaciones, entre ellos el suscripto, tuvimos oportunidad de compartir el diálogo con el Profesor Salonia, el Secretario de Educación, Dr. Luis Barry y los demás componentes de la Comisión, entre quienes se cuentan varios Ministros de Educación provinciales y directivos de otras Instituciones.

Posteriormente, me citó el Licenciado Moisés Ikonikoff, Coordinador de la Comisión, para conversar sobre el método que había de regir el funcionamiento de la Comisión, en varias de cuyas reuniones fui reemplazado por el Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán, quien, como miembro alterno, representó, con su habitual capacidad y generosidad, a nuestra Academia.

Finalmente, en la reunión de Presidentes realizada el 25 de noviembre en la Academia Nacional de Ciencias Económicas, estuvo presente el Señor Secretario de Cultura, Profesor José María Castiñeira de Dios, quien había hecho saber a algunos de los Señores Presidentes su intención de compartir una reunión con el conjunto de quienes desempeñamos esos cargos y que hizo uso de la palabra para manifestar su profundo aprecio a la labor de las Academias y cambió ideas respecto a temas de interés común de los presentes, entre ellos las contribuciones que aún no habían sido entregadas a las Corporaciones, las que fueron puestas a su disposición antes de finalizar el año.

También considero conveniente mencionar que, en ocasión del almuerzo con el Señor Presidente de la Nación, se conversó sobre

el contrato de comodato de las sedes de las Academias instaladas en el edificio de Avenida Alvear 1711, pero de ello me ocuparé más adelante.

XI. — *Reunión conjunta con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.* — La tradicional reunión con la Academia hermana de Córdoba revistió este año características muy particulares, ya que coincidía con el cincuentenario de la Corporación cordobesa, fecha que motivó una fervorosa celebración, en la que nuestra Academia participó con sincero espíritu de confraternidad.

Por esa razón, su desarrollo mostró algunas variantes con relación a los esquemas utilizados en los anteriores encuentros.

La reunión se efectuó en los días 3, 4 y 5 de octubre.

El jueves 3 se llevó a cabo la primera sesión académica, en la que comenzó el tratamiento del tema elegido para el certamen, es decir, "El Derecho Argentino, 1940-1990". En esa oportunidad, tras las palabras iniciales de los Presidentes, se desarrollaron exposiciones de Académicos de ambas Instituciones, conforme al detalle que se incluirá más adelante.

El viernes 4 fue el día central de la celebración del cincuentenario. En primer término, los miembros de ambas Corporaciones y sus cónyuges participamos en una Misa en acción de gracias por el cincuenterio y en sufragio por los Académicos fallecidos celebrada en la Capilla de Lourdes, en la Iglesia de la Compañía de Jesús, por el Señor Cardenal, Raúl F. Primatesta, cuya homilía resultó una admirable exposición doctrinaria, perfectamente adecuada para la ocasión.

A continuación, en el magnífico Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, se cumplió un acto académico en homenaje a la Academia por su cincuentenario y a la Facultad por su bicentenario. Fue sumamente emotivo y en su transcurso hicimos uso de la palabra el Presidente de la Academia cordobesa, Dr. Pedro José Frías, el suscripto, el Decano de la Facultad, Dr. Rafael Vaggione y el Rector de la Universidad Nacional de Córdoba, Dr. Francisco Delich.

Posteriormente, se sirvió un almuerzo en el Museo de Arte Religioso, que tiene su sede en uno de los más tradicionales inmuebles de la ciudad de Córdoba, el Convento de las Teresas, magníficamente conservado, en cuyo claustro se colocaron las mesas para

los asistentes, a quienes el Dr. Carlos Luque Colombres brindó una interesante exposición sobre el Convento, su historia y demás datos vinculados con su valor como elemento representativo de la época inicial de la vida de la comunidad cordobesa.

En horas de la tarde, se desarrollaron simultáneamente dos reuniones diferentes.

En el local de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, se celebró la segunda sesión de la reunión conjunta de las dos Corporaciones, que fue presidida por sus Vicepresidentes, los doctores Luis Moisset de Espanés y Enrique Ramos Mejía, mientras que, en la sede de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba, como lo manifiesté anteriormente, se encontraron los Presidentes de las Academias Nacionales, que tuvimos también la oportunidad de visitar y admirar la extraordinaria biblioteca de la Institución anfitriona, cuyo Presidente, el Dr. Telasco García Castellanos, tras dar la bienvenida a los asistentes, puso a su consideración diversos temas de interés común.

Es de notar que estuvieron presentes todas las Academias Nacionales, algunas de ellas por intermedio de sus respectivos Presidentes y las demás a través de representantes especialmente designados a tal fin.

La jornada finalizó con una agradable función en el Teatro Provincial, donde se desarrolló un interesante programa musical.

La reunión conjunta de las Academias continuó el día sábado 5 en horas de la mañana con las últimas exposiciones a cargo de los relatores designados, uno de cada una de las Corporaciones participantes, y cuyos nombres y temas de sus disertaciones se enuncian a continuación, juntamente con los que disertaron en las sesiones de los días anteriores.

La nómina de los expositores y sus respectivos temas es la que sigue: de la Academia de Córdoba, los Académicos doctores Luis Moisset de Espanés, "El Derecho Privado"; Ricardo Haro, "El Derecho Constitucional"; Juan Carlos Palmero, "El Derecho Privado" y Olsen Ghirardi, "La Filosofía del Derecho", y por la Academia de Buenos Aires, los Académicos, doctores Roberto Martínez Ruíz, "Convenciones internacionales con incidencia en el régimen de capacidad de las personas y del derecho de familia"; Félix Trigo Represas, "Las obligaciones dinerarias"; Antonio Vázquez Vialard, "El Derecho del Trabajo"; Enrique Ramos Mejía, "El Derecho Penal" y José D. Ray, "El Derecho de la Navegación".

Además, varios miembros de una y otra Corporación presentaron sendos trabajos sobre diversos tópicos como adhesión a la celebración del cincuentenario.

Sobre el tema de las reuniones conjuntas, es conveniente anotar que, en la última sesión privada del año, la Academia consideró la propuesta formulada por el Señor Presidente de la Corporación cordobesa en el sentido de trasladar la fecha de aquéllas al primer semestre del año y decidió, para poder aceptar esa idea y con el fin de contar con mayor tiempo para la preparación de los trabajos que deberán exponerse en las sesiones, espaciar la realización de los encuentros, los cuales serían bianuales.

XII. *Seminario sobre el régimen económico de la Constitución Nacional.* — Durante el año 1991, continuó el ciclo de conferencias previsto en el marco de este Seminario, organizado por las Academias Nacionales de Ciencias Económicas, Ciencias Morales y Políticas y Derecho y Ciencias Sociales, ciclo que culminó con la disertación pronunciada el jueves 28 de noviembre en nuestra sede por el Dr. Segundo V. Linares Quintana.

En este período anual, fueron varios los integrantes de nuestra Corporación a quienes les correspondió usar de la palabra. Todos ellos lo hicieron, como es costumbre, en el local de la Academia a la cual pertenecen, de modo que varios actos públicos del Seminario se desarrollaron en el nuestro.

Dado el alto interés que revisten los aspectos de nuestra Constitución que fueron abordados en esas oportunidades y la calidad de los oradores, características que también se habían registrado en los años anteriores, consideramos que los trabajos cumplidos, divulgados en las correspondientes separatas de los "Anales", constituyen un acervo importante como aporte a la doctrina constitucional argentina, que habrá de incrementar su valor cuando se efectúe la publicación prevista como culminación de la labor emprendida casi tres años atrás y cuya elaboración será dirigida por nuestro Académico Secretario, Dr. Jorge Aja Espil.

Seguidamente se incluye la nómina de los conferencistas que tuvieron a su cargo las exposiciones de este último ciclo, los títulos de sus trabajos, la Academia en que fueron desarrollados y la fecha en que tuvieron lugar.

El 21 de mayo, en la Academia Nacional de Ciencias Econó-

micas, el Académico, Dr. Cayetano Licciardo disertó sobre "Presupuesto y ética política a la luz de la Constitución Nacional".

El 19 de junio, en la misma Academia, el Académico Dr. Enrique J. Reig se refirió a "Los recursos del Tesoro Nacional en la Constitución. Orígenes, principios, vigencia actual".

El 27 de junio, en nuestra sede, el Académico Dr. Horacio García Belsunce habló de "Los poderes tributarios municipales (autonomía o autarquía de los municipios)".

El 20 de agosto, en la Academia de Ciencias Económicas, el Académico Dr. Enrique J. Reig pronunció una conferencia cuyo tema fue "Los recursos del Tesoro Nacional en la Constitución Argentina. Limitación en razón de la unidad nacional. Empréstitos. Crisis del Federalismo. Limitaciones globales".

El 11 de septiembre, en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el Académico Dr. Diego Ibarbia disertó sobre "Inmigración: una experiencia provechosa" y el Académico Dr. Ezequiel Gallo sobre "La contribución de los inmigrantes a la agricultura argentina".

El 12 de septiembre, en nuestra Academia, el Académico doctor Juan Carlos Cassagne trató el tema 'La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos".

El 26 del mismo mes y en la misma sede, el Académico Vicepresidente Dr. Enrique Ramos Mejía disertó sobre "La protección penal del régimen económico de la Constitución".

El 30 de octubre, en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, el Académico Almirante Carlos Sánchez Sañudo analizó "El sistema económico en el orden integral de la Constitución".

El 14 de noviembre, en nuestra Academia, el Académico doctor José D. Ray habló sobre "El régimen económico de la Constitución Nacional y la libertad de navegación y de comercio".

Y el 28 de ese mes, como manifesté anteriormente, el Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana cerró el ciclo en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales con su conferencia sobre "Régimen Constitucional de las relaciones económicas entre la Nación y las Provincias".

Todas las disertaciones contaron con un público amplio y calificado que las siguió con evidente interés y fueron publicadas en separatas para que tuvieran rápida difusión.

XIII. *Declaraciones, consultas y dictámenes.* — Temas muy variados requirieron la atención de la Corporación a raíz de consultas formuladas por autoridades nacionales o de circunstancias relevantes de la vida del país.

Como en años anteriores, diversas instituciones solicitaron su reconocimiento en calidad de Academias Nacionales. Así ocurrió con las Academias Argentinas de Odontología y de la Paz.

En ambos casos, la respuesta de nuestra Academia fue negativa debido a que no estaban cumplidos los requisitos legalmente impuestos para otorgar ese reconocimiento o por no justificarse la creación de nuevas entidades de esta especie en el ámbito en que funcionaban los solicitantes.

El Señor Presidente del Consejo de Rectores de Universidades Privadas, doctor Guillermo Garbarini Islas, envió documentación y consultó a la Academia respecto al proyecto de creación de la Carrera de Abogacía en la Universidad de Palermo. Luego de un cuidadoso análisis, la Corporación manifestó en su respuesta que no se advertía la necesidad ni la conveniencia de ampliar el número de facultades de Derecho actualmente existentes en el ámbito de la Capital Federal.

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto hizo llegar una nota de la Organización de las Naciones Unidas, en la cual solicitaba al Ministerio que requiriese que entidades especializadas estudiaran los medios y métodos más adecuados para la solución de las controversias entre Estados y la preservación de la paz entre las Naciones. Se dio intervención al Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación y su Director, el Académico Secretario, doctor José D. Ray, encomendó a la Dra. Hortensia Gutiérrez Posse la preparación de los antecedentes que se enviaron acompañando la respuesta de la Academia.

El Ministerio de Cultura y Educación requirió la opinión de la Corporación referida al documento sobre "Transformación de la Formación Docente". El tema fue girado a una Comisión integrada por los Académicos, Dres. Alberto Rodríguez Varela, Elías Guastavino, Alberto Rodríguez Galán y Antonio Vázquez Vialard, la cual produjo un dictamen que el Cuerpo aprobó en su sesión privada del 10 de agosto y que se remitió al Ministerio.

El profesor Salonia continuó su política de consultar a la Academia en temas fundamentales de su tarea. Como antes se dijo, lo hizo respecto al Plan de Transformación Educativa e incluyó al

suscripto entre los Presidentes de Academias designados para integrar la pertinente Comisión, función en la cual, cuando no pude participar en algunas reuniones, fui reemplazado por el Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán, quien se desempeñó con su reconocida calidad y eficacia.

Finalmente, requirió el asesoramiento de la Corporación en lo atinente a cuestiones relacionadas con la transferencia de la prestación y administración de los servicios educativos a las Provincias. Específicamente, solicitó dictamen sobre dos puntos: a) Atribuciones del Gobierno Federal en materia educativa en todos los niveles y modalidades y b) Posibilidad de delegación en el Poder Ejecutivo de las atribuciones que, por la Constitución Nacional, corresponden al Congreso de la Nación. Dada la índole del tema, la consulta fue remitida a la Sección de Derecho Público, que produjo un dictamen que el Cuerpo trató y aprobó en la sesión privada del día 28 de noviembre y se hizo llegar al Señor Ministro.

El Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales del H. Senado de la Nación se dirigió a la Academia para requerirle su modo de pensar respecto a la Reglamentación de la Intervención Federal prevista en el artículo 6º de la Constitución Nacional. También sobre esta consulta se dio intervención a la Sección de Derecho Público, que preside el Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana, la cual, tras varias reuniones, elaboró un dictamen, que fue aprobado en la sesión privada del día 12 de septiembre y se envió a la nombrada Comisión de la Cámara Alta.

El Señor Ministro de Salud y Acción Social, en ese momento el Dr. Avelino Porto, solicitó la designación de un representante de la Academia para que actuase como jurado en el concurso para cubrir el cargo de Director Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio a su cargo. La solicitud fue tratada por el Cuerpo y se decidió enviar una nota informando que tradicionalmente la Corporación no designa representantes para integrar jurados destinados a dictaminar en la provisión de cargos administrativos, pero que, no obstante, esa tarea podría ser cumplida por Académicos a título personal. El Señor Ministro agradeció la sugestión y nombró al suscripto para integrar el jurado, función que desempeñé oportunamente.

Un importante trabajo elaborado por el Instituto de Derecho Administrativo, que dirige el Académico Dr. Miguel S. Marienhoff, acerca de la "Problemática de la hora oficial y legal en la

República Argentina" motivó un informe del nombrado Director al Cuerpo en la sesión privada del 28 de noviembre y la resolución de hacerlo llegar a las autoridades competentes, decisión a la que se dio cumplimiento sin demora.

Finalmente, en el mes de noviembre, la aprobación por el H. Señado de la Nación del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, remitido por la H. Cámara de Diputados en 1987, motivó la preocupación de la Academia, la cual, en la sesión privada del día 28 de ese mes, resolvió por unanimidad solicitar al Señor Presidente de la Nación que vetara dicha ley.

En una nota breve y fundamentada, se señaló que la sanción a libro cerrado y tras cuatro años de silencio de una ley que deroga el Código de Comercio y modifica otra base fundamental de nuestro ordenamiento legislativo, como lo es el Código Civil, implica afectar seriamente la seguridad jurídica, que el Proyecto aprobado mereció serias observaciones y objeciones de las instituciones más representativas del quehacer jurídico y que, inclusive, deroga disposiciones de la ley 23.928 de convertibilidad del Austral con la consiguiente lesión a la política económica del actual Gobierno Nacional.

Otras instituciones, como el Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires y los más prestigiosos órganos periodísticos del país, coincidieron con la posición adoptada por nuestra Corporación y el Poder Ejecutivo, con ponderable criterio, con fecha 24 de diciembre, dictó el decreto 2719, que vetó totalmente la Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial.

XIV. *Publicaciones de la Academia.* – Fue publicado el Nº 28 de "Anales" y durante el año comenzó la preparación del Nº 29, correspondiente a 1991.

Precisamente, los trabajos correspondientes a este volumen consistieron, además de lo atinente a dictámenes o respuestas a consultas elaborados y remitidos a sus destinatarios, en las separatas que conforman un anticipo y contienen las conferencias pronunciadas en los actos públicos, inclusive, los que se realizaron en el Seminario sobre el Régimen Económico de la Constitución Nacional y las comunicaciones expuestas en las sesiones privadas de la Academia.

Se han publicado o están a punto de publicarse las siguientes separatas:

J. H. BUSTAMANTE ALSINA: *Reflexiones en torno de la ley 23.928 llamada de Convertibilidad del Austral.*

J. C. CASSAGNE: *La propiedad de los yacimientos de hidrocarburos.*

J. C. CASSAGNE: *Sobre la fundamentación y los límites de la potestad reglamentaria de necesidad y urgencia.*

H. A. GARCÍA BELSUNCE: *Los poderes tributarios municipales. Autonomía o autarquía de los municipios.*

S. V. LINARES QUINTANA: *Régimen constitucional de las relaciones económicas entre la Nación y las provincias.*

R. MARTÍNEZ RUÍZ: *Convenciones internacionales con incidencia en el régimen de capacidad de las personas y del derecho de familia.*

J. M. MAYER: *Correspondencia alberdiana.*

J. M. MAYER: *Elogio de la crisis.*

C. M. MUÑIZ: *Nuevo rol de las Naciones Unidas en la consolidación del orden jurídico internacinal.*

E. RAMOS MEJÍA: *La protección penal del régimen económico de la Constitución Nacional.*

E. RAMOS MEJÍA: *Homenaje al doctor Sebastián Soler.*

E. RAMOS MEJÍA: *El Derecho Penal argentino. 1940-1990*

J. D. RAY: *El Derecho de la Navegación en la Argentina, de 1940 a 1990.*

J. D. RAY: *Tendencias del Derecho Marítimo contemporáneo.*

J. D. RAY: *El régimen económico de la Constitución Nacional y la libertad de navegación y de comercio.*

F. A. TRIGO REPRESAS: *La jurisprudencia de nuestros tribunales en materia de obligaciones dinerarias en los últimos cincuenta años.*

F. URIBURU MICHEL: *Los derechos de las provincias a las minas de sus territorios.*

A. VÁZQUEZ VIALARD: *Desafíos actuales al Derecho del Trabajo.*

A. VÁZQUEZ VIALARD: *Cincuenta años en la evolución del Derecho del Trabajo argentino.*

F. VIDELA ESCALADA: *El Derecho Aeronáutico en la Argentina. 1940-1990.*

Panel sobre "El plan BONEX y los derechos adquiridos."

Problemática de la hora oficial y legal en la República Argentina.

En el período analizado, la Corporación decidió crear una colección de Obras de los Institutos, lo cual permitirá dar a conocer mejor los trabajos de aquellos y facilitará que quienes se interesen particularmente en los temas especializados a que cada uno de ellos se dedica, tengan acceso a su producción sin tener que recurrir a los "Anales", donde, lógicamente, se refleja el conjunto de la actividad de la Academia.

En el transcurso del año 1991, se ha entregado a la imprenta el primer volumen de trabajos del Instituto de Derecho Civil y se cuenta con interesantes aportes del de Derecho Administrativo, que posibilitarán la edición de un volumen que verse exclusivamente sobre cuestiones relacionadas con esta disciplina jurídica, cuya importancia crece constantemente.

Se estima que los tomos que integrarán las nuevas colecciones han de ser recibidos con interés por los estudiosos y que podrán colocarse en las librerías dedicadas a la venta de libros de Derecho, como ha acontecido con varias de las separatas publicadas antes de los "Anales" donde están reproducidas.

XV. *Trabajos de la Sección de Derecho Público.* — La Sección de Derecho Público de la Academia, bajo la Presidencia del Dr. Segundo V. Linares Quintana, desarrolló una intensa tarea: continuó el estudio de temas constitucionales de diversa índole, que enriquecen el acervo de la institución en un campo de tan fundamental importancia.

Y, además, recibió para su análisis varias consultas de autoridades nacionales, que le derivó la Corporación, que consideró luego sus informes, los que sirvieron para elaborar las respuestas pertinentes en todos los casos, tal como se ha expuesto en la parte de esta Memoria referida a Declaraciones, Consultas y Dictámenes.

XVI. *La labor de los Institutos.* — Amplio y proficuo fue lo hecho por los Institutos de la Academia durante el año 1991.

A continuación se incluye una breve síntesis de los trabajos de cada uno de ellos.

Instituto de Derecho Civil:

En el año 1991, fueron entregados los trabajos que realizaron seis de los miembros del Instituto y se enviaron a la imprenta, por haber decidido la Academia su publicación. Dichos trabajos fueron

los de los doctores Ernesto Nieto Blanc, José P. Carneiro y Luis Bouzat, sobre Estado de Necesidad; del doctor Marcelo Salerno, sobre Legitimación en la acción de daños y perjuicios; del académico doctor Félix A. Trigo Represas sobre el mismo tema, y de la doctora María Luisa Casas de Chamorro sobre Aspectos generales de la responsabilidad por daños ocasionados por productos elaborados. Para el año 1992 se ha previsto un estudio sobre reformas parciales al Código Civil, desechada que ha sido la unificación con la legislación comercial, en razón del veto dispuesto a la ley 24.032 y teniendo presente lo expuesto en las consideraciones del decreto 2719/91 en que se fundó dicho veto, y en el que se menciona la necesidad de un análisis profundo y pormenorizado de las normas de las instituciones civiles y comerciales que se estime prudente modificar.

Instituto de Derecho Administrativo:

Bajo la dirección del Señor Académico Dr. Miguel S. Marienhoff y del Señor Académico Dr. Juan Carlos Cassagne, como Subdirector, el Instituto de Derecho Administrativo llevó a cabo diversas sesiones de trabajo donde, entre todos sus integrantes, se analizaron importantes temas vinculadas con esta rama del derecho público.

Entre ellos, merece citarse el examen del tema de los reglamentos administrativos que sigue concitando la atención de los especialistas. Se dedicaron tres sesiones al estudio de esta problemática analizándose en particular el tema de los Reglamentos de Necesidad y Urgencia, a propósito del fallo "Peralta" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

También se abordaron diversas cuestiones suscitadas a raíz del dictado de la Ley de Consolidación (Nº 23.928) y su incidencia en la ejecución de los contratos administartivos.

Otro de los temas analizados por los miembros del Instituto fue el de la constitucionalidad del peaje, en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Uno de los temas que concitó una profunda investigación e intercambio de opiniones fue el de la jurisdicción nacional o provincial para estatuir sobre el huso horario arribándose a una serie de conclusiones y propuestas, las que fueron elevadas al Pleno de la Academia, donde merecieron aprobación. Asimismo, el respectivo informe fue puesto en conocimiento de la Secretaría Le-

gal y Técnica de la Presidencia de la Nación y de las revistas jurídicas especializadas.

En la última sesión, los miembros del Instituto seleccionaron algunos temas de interés para su análisis en el año siguiente. Entre ellos cabe destacar: 1. Reglamentos de necesidad y urgencia: materias excluidas. 2. Policía de seguridad en las rutas y caminos. 3. Proyectos de ley sobre medio ambiente. 4. Legislación de la unificación de la legislación civil y comercial. 5. Integración y mercado de capitales.

Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación:

Con motivo de la consulta que formuló el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a la Academia, se requirió la colaboración del académico doctor José María Ruda quien se dirigió a la Dirección de este Instituto formulando algunas sugerencias y, a su vez, el académico doctor Cueto Rúa propuso la organización de un acto sobre Medios y métodos para el arreglo pacífico de controversias entre Estados. Al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto se le remitió el estudio realizado por la doctora Hortensia Gutiérrez Posse. En una sesión pública realizada en la Academia el 24 de octubre, el señor académico doctor Carlos Manuel Muñiz disertó acerca de "Nuevo rol de las Naciones Unidas en la consolidación del orden jurídico internacional", la introducción estuvo a cargo del académico doctor Julio César Cueto Rúa.

El Director del Instituto mantuvo reuniones con los integrantes del grupo de trabajo sobre contaminación marítima —compuesto por el doctor Bartoletti, de la Marina de Guerra, la doctora Marta Oliveros, de Relaciones Exteriores, y un representante del Instituto del Petróleo—. Lamentablemente no se llegó a una conclusión definitiva acerca de la conveniencia de ratificar o adherir —según el caso— a las Convenciones Internacionales sobre el tema.

En el seno del Instituto, el doctor Agustín Rodríguez Jurado culminó sus tareas sobre el derecho aeronáutico comparado con una obra que publicará la editorial Abeledo Perrot en el curso del año próximo y que se refiere a la codificación internacional y la uniformidad del derecho aeronáutico.

Se han propuesto diversos temas de trabajos a realizar por los colaboradores del Instituto pero todavía no se ha elevado a la Dirección el texto de los mismos. Entre estos trabajos figuran el

de la doctora Graciela Arrola de Galandrini sobre "Las cláusulas de derecho aeronáutico en la Convención del Mar" y el del doctor Oscar Fernández Brital acerca del transporte de mercaderías por vía espacial.

El director del Instituto ha enviado ya a la imprenta el tomo I y su Apéndice de la obra *Derecho de la Navegación* que se publicará en 1992.

Por último, cabe consignar que en el curso del año se incorporaron al Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación los doctores Graciela Arrola de Galandrini, Oscar Fernández Brital, Agustín Rodríguez Jurado, Eduardo Cosentino, Silvia Maureen Williams y Guillermo J. Bartoletti.

XVIII. *Premios de la Academia.* – De acuerdo con el llamado a concurso efectuado en 1990, durante el período a que se refiere esta Memoria, se pronunciaron los Jurados oportunamente designados y se entregaron los premios a los aspirantes que resultaron vencedores en cada una de las categorías.

Éstas, tal como lo establece la resolución pertinente, agruparon, por una parte, a obras editadas y, por otra, a trabajos inéditos.

Los autores de las primeras compitieron por el "Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales" y los de las obras inéditas por el "Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales".

El Jurado para el premio a los libros editados estuvo constituido por los Académicos Dres. Segundo V. Linares Quintana, Marco Aurelio Risolía, Miguel S. Marienhoff, Augusto M. Morello y Jaime L. Anaya y el de los trabajos inéditos por los Académicos Dres. Alberto Rodríguez Varela, Roberto Martínez Ruiz, Elías Guastavino, Alberto Rodríguez Galán y Lino E. Palacio.

De acuerdo al dictamen del respectivo Jurado, el "Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales" fue adjudicado al Dr. Alberto B. Bianchi por su libro *Competencia originaria de la Corte Suprema.* Además, el Jurado destacó la calidad de las obras *Juicio de insania y otros procesos sobre capacidad* de los doctores Santos Cifuentes, Andrés Rivas Molina y Bartolomé Tiscornia y *La notificación en el proceso administrativo* de los doctores David Andrés Halperin y Beltrán Gambier y uno de sus miembros, el Académico Dr. Marco Aurelio Risolía efectuó una mención de los li-

bros *Derecho Internacional Contemporáneo. La utilización del espacio ultraterrestre* de la doctora Silvia Maureen Williams y *Presunciones en el Juicio Penal* del Dr. Hugo Rocha Degreef.

En cuanto al "Premio Estímulo Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales" le fue discernido al Dr. Gustavo Ariel Kaufman, por su trabajo "Poder de Policía y Crisis del Derecho Constitucional".

La entrega de premios se realizó el día 10 de octubre en la sede de la Academia, en un acto al que fueron invitados los galardonados, sus familiares y personas más allegadas y al que asistieron los miembros del Cuerpo. Antes de la entrega, los Académicos Dres. Miguel S. Marienhoff y Roberto Martínez Ruiz, dieron lectura a los dictámenes de los Jurados que cada uno de ellos había integrado.

Como comentario final sobre el concurso, cabe decir que, tanto por la cantidad de participantes como —sobre todo— por la calidad de las obras presentadas, ha tenido éxito y ha significado un interesante aporte a la cultura jurídica actual.

En la última sesión privada del año, el 12 de diciembre, la Academia resolvió, como parte de los actos recordatorios del Quinto Centenario del Descubrimiento de América, instituir dos premios destinados a trabajos inéditos sobre "Influencia de la Legislación Hispánica sobre el Derecho Público Argentino" e "Influencia de la Legislación Hispánica sobre el Derecho Privado Argentino".

El concurso se regirá por el Reglamento establecido por la Academia, se convocó en el mes de diciembre de 1991 y los trabajos deberán presentarse hasta el 14 de diciembre de 1992.

En el referido al Derecho Público, el Jurado estará formado por los Académicos Dres. Segundo Linares Quintana, Miguel S. Marienhoff, Jorge M. Mayer, Enrique Ramos Mejía y Alberto Rodríguez Varela y el atinente al Derecho Privado lo integrarán los Académicos Dres. Marco Aurelio Risolía, Elías Guastavino, Jorge Bustamante Alsina, Félix Trigo Represas y Jaime Luis Anaya.

XVIII. *Reuniones de otras instituciones jurídicas realizadas en la sede de la Academia.* — El Instituto de Estudios Históricos, que preside el Dr. Isidoro Ruiz Moreno, realizó el 1º de mayo un acto público en nuestro salón de actos con el fin de conmemorar el pronunciamiento del 1º de mayo de 1851.

Y durante el año, se realizaron, también en este período, las

reuniones del Seminario de Derecho Administrativo que dirige el Académico Dr. Juan Carlos Cassagne.

XIX. *Biblioteca.* — La biblioteca se enriqueció con los correspondientes ejemplares de las colecciones a que la Academia está suscripta, así como con la incorporación de obras donadas por diversas personas y con las nuevas publicaciones de la Corporación.

En el aspecto técnico, tan valioso para que preste la mayor utilidad posible, es de señalar que la Dra. María Luz Rezk finalizó su tarea de inventariar, ordenar y fichar nuestro acervo bibliográfico e hizo entrega de un enjundioso informe y los correspondientes biblioratos donde se encuentra registrada la totalidad de los ejemplares que posee la Corporación.

No fue posible incluir ese trabajo en la computadora debido a que ésta carece de la capacidad necesaria para almacenar esa información.

Por consiguiente, para completar la tarea realizada, deberá adquirirse una con mayores posibilidades de incorporación de datos.

Con miras al futuro, se ha pensado, con el fin de prestar un mayor servicio a los estudiosos, en habilitar una biblioteca semipública, que funcionaría con un horario adecuado a las necesidades de quienes la consulten y en un local que no sea la sede de la Academia.

XX. *Trabajos en la sede.* — A raíz de un desperfecto producido en las cañerías del edificio de Avenida Alvear 1711, fue necesario proceder a un arreglo integral, que requirió el cambio total de una de las columnas de aquélla y obligó a inhabilitar uno de los baños, que, tras la realización de los trabajos correspondientes, ha podido ser rehabilitado.

XXI. *Donaciones recibidas.* — La señorita Ana María Luro Rivarola donó a la Corporación un retrato del Académico fallecido, Dr. Rodolfo Rivarola, dibujado por su hija, la señora Clelia Rivarola de Luro. La obra de arte adorna actualmente la sede de nuestra Institución.

Los Académicos Dres. Ambrosio Romero Carranza y Alberto Rodríguez Varela y el Dr. Eduardo Ventura donaron con destino a la Biblioteca de la Institución un ejemplar de su obra realizada

en conjunto, "Manual de Historia Política y Constitucional Argentina, 1776-1989".

La Academia Nacional de Bellas Artes hizo llegar a la Corporación un ejemplar de la obra del Académico Dr. Bonifacio del Carril, "El bautismo de América", magnífico trabajo editado en homenaje a los quinientos años del descubrimiento de nuestro Continente.

En todos los casos, se formularon los pertinentes agradecimientos.

XXII. *Actividades de Señores Académicos.* — Fueron varios los Señores Académicos que, además de cumplir su eficaz labor en la Institución, realizaron importantes actividades científicas u oficiales.

El Académico Secretario, Dr. Jorge Aja Espil, fue elegido Presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

El Académico Dr. José María Ruda continuó sus funciones en la Corte Internacional de Justicia de La Haya y pronunció diversas conferencias y disertaciones en países extranjeros.

El Académico Secretario, Dr. José Domingo Ray, dictó un Curso sobre el Derecho de la Navegación, en la Universidad Central de Venezuela.

El Académico Dr. Julio César Cueto Rúa impartió cursos universitarios en los Estados Unidos de América.

El Académico Tesorero Dr. Juan Carlos Cassagne participó del Congreso sobre Transformación del Estado que se realizó en Santiago de Compostela.

El Académico Dr. Augusto M. Morello participó en el IX Congreso Internacional de Derecho Procesal, realizado en Portugal.

El Dr. Lino E. Palacio asistió al Congreso Uruguayo de Derecho Procesal, que se realizó en Paysandú e inauguró, como Presidente, el XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal llevado a cabo en nuestro país.

Los Académicos Dres. Jorge Bustamante Alsina, Félix Trigo Represas y Augusto Mario Morello y el suscripto participamos en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil efectuadas en la ciudad de Buenos Aires.

El Dr. Alberto Rodríguez Galán y el suscripto integramos la Comisión de Transformación Educativa nombrada por el Señor Ministro de Cultura y Educación en cumplimiento del pertinente Decreto del Poder Ejecutivo.

Y el suscripto participó en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, que tuvieron lugar en nuestra Capital y en las Iberoamericanas, celebradas en Lisboa.

XXIII. *Recursos afectados.* — Como en años anteriores, y tal como lo presenta el Balance que se acompaña, se han afectado recursos para los próximos ejercicios destinados a los siguientes rubros: Publicaciones de "Obras" y "Anales", funcionamiento de los Institutos de la Academia, premios y distinciones, reparación del edificio, reestructuración de la biblioteca, compra de publicaciones y adquisición de muebles y útiles y equipos de computación.

XXIV. *Informe de Tesorería.* — Una cuidadosa administración de los recursos disponibles permitió a la Academia desenvolverse sin sobresaltos económicos.

Las partidas presupuestarias percibidas fueron utilizadas para cubrir gastos en remuneración del personal y cargas sociales, gastos generales, mantenimiento del edificio y publicaciones. Respecto de estas últimas, a las series de "Obras", "Anales" y "Comunicaciones" se añadió este año la edición del primer número de una colección nueva: "Obras del Instituto de Derecho Civil".

Asimismo, se continuó con la suscripción a revistas especializadas y se contrataron seguros contra robo e incendio. Cabe mencionar que en el momento de presentar esta Memoria se halla en trámite una solicitud de exención del Impuesto al Valor Agregado presentada ante la Dirección General Impositiva.

Con respecto al Presupuesto para el año 1992, su proyección se realizó sobre la base de las sumas fijadas en el presupuesto de la Nación para el funcionamiento de la Academia y los gastos realizados en 1991.

XXV. *Reflexión final.* — Considero indispensable, al finalizar esta Memoria, reiterar lo expresado al comienzo respecto a la colaboración prestada por todos los miembros de la Academia, que han hecho posible que ésta cumpla sus relevantes finalidades de bien público.

Precisamente, la capacidad y la voluntad de los Señores Académicos han sido el elemento decisivo para alcanzar los resultados que se reflejan en los documentos que hoy se someten a la consideración del Cuerpo.

Por otra parte, deseo reiterar algunas manifestaciones expresadas el año anterior respecto al actual momento que vive el país.

El acierto y el esfuerzo de las autoridades y de la sociedad argentina en general, han hecho posible alcanzar una sensible mejora en el terreno económico.

Pero, no se ha logrado igual avance en lo jurídico y, en general, en lo ético, falla señalada, inclusive, en expresiones del Señor Presidente de la Nación.

La Academia no puede permanecer en silencio en este campo y apoya todo esfuerzo tendiente a reafirmar la plena vigencia del estado de derecho, al afianzamiento de la Justicia y a la elevación del nivel moral en todos los sectores de los Poderes del Estado y de la población de la República.

BALANCE DEL EJERCICIO 1991

Tribunal de Cuentas: Ficha cuenta 8-65-684.

Nombre de la Asociación: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Domicilio: Avda. Alvear Nº 1711, Piso 1º, Capital Federal (1014).

Objeto: La investigación en el campo del Derecho y las Ciencias Sociales, el fomento y la difusión de tales estudios y el perfeccionamiento del régimen legal del país.

Fecha de Autorización del Poder Ejecutivo: 25 de octubre de 1940.

BALANCE GENERAL AL 31 DE DICIEMBRE DE 1991

A C T I V O	*Diez miles de ₳*	*Diez miles de ₳*
Capítulo I: Muebles, Útiles e Instalaciones		
Inmuebles (neto de amort.)	39.558,26	
M., Út. e Inst. (net. amort.)	29.246,64	
Biblioteca (neto amort.)	11.303,39	80.108,29
Capítulo II: Efectivo		
Caja	341,53	
Bco. Nac. Arg. cta. cte.	2.527,68	
Moneda Extranjera	38,92	2.908,13
Capítulo III: Créditos		
Bonos Externos - Afectación:		
Fondo Publicaciones	83.235,96	
Fondo Institutos	41.617,98	
Fondo Premios y distinciones	16.647,20	
Fondo Reparación edificios	16.647,20	
Fondo reestruct. Biblioteca	12.485,39	
Fondos Libros Biblioteca	12.485,39	
Fondo Muebles y Útiles	12.485,39	
Fondo Equipos computación	12.485,39	208.089,90
TOTAL DEL ACTIVO		291.106,32

P A S I V O		
Capítulo I: Fondos Sociales		
Capital Social	0,000943	
Ajuste del Capital	111.907,85	111.907,85
Capítulo II: Deudas		
Cuentas a Pagar		2.674,64
Capítulo III: Cuentas Varias		
Previsión para despidos	525,36	
Provisión para publicaciones	3.393,20	3.918,56
Capítulo IV: Resultados Acumulados		
Rtdo. ejercicios anteriores	83.317,82	
Rtdo. del ejercicio	89.287,45	172.605,27
TOTAL DEL PASIVO		291.106,32

CUENTA DE GASTOS Y RECURSOS AL 31-12-91

D E B E	*Diez miles de ₳*
Amortizaciones	9.773,45
GASTOS GENERALES DE ADMINISTRACION	
Publicaciones	25.978,46
Sueldos	26.268,10
Cargas Sociales	8.668,47
Previsión para Indemnizaciones	313,16
Gastos Mantenimiento	8.441,16
Gastos Varios Administración	11.273,35
TOTAL	90.716,15
H A B E R	
Contribuciones	105.848.–
Utilidad Títulos Públicos	61.038,48
Ingresos Varios	1.716,30
TOTAL	168.602,78
RESULTADOS FINANCIEROS	
Resultado por Exposición a la Inflación	11.400,82
SUPERAVIT DEL EJERCICIO	89.287,45

ESTADO DE EVOLUCIÓN DEL PATRIMONIO NETO AL 31 DE DICIEMBRE DE 1991

EN DIEZ MILES DE AUSTRALES

	Capital	*Ajuste del Capital*	*Resultados no Asignados*	*Total*
Saldos al inicio	0,000943	71.415,35	53.170,28	124.585,63
Ajuste de saldos		40.492,50	30.147,54	70.640,04
Saldos iniciales ajustados	0,000943	111.907,85	83.317,82	195.225,67
Resultado del ejercicio			89.287,45	89.287,45
Saldos al cierre	0,000943	111.907,85	172.605,27	284.513,12

ANEXO 7

RESUMEN DE INVENTARIO PARA ASOCIACIONES CIVILES Y FUNDACIONES

Nombre de la Asociación: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires

RESUMEN INVENTARIO AL 31-12-91

CUENTAS DEL ACTIVO

MUEBLES, ÚTILES E INSTALACIONES	*Diez miles de ₳*	*Diez miles de ₳*
Inmueble:		
Valor al 31-12-90		26.529,63
Revalúo del ejercicio		14.585,70
Menos: Amort. del ejercicio	909,39	
Amort. anteriores	647,68	(1.557,07)
Saldo Inmuebles		39.558,26
Muebles y Útiles:		
Valor al 31-12-90		26.467,51
Más: Cpa. 1 mesa, 10 sillas		2.900.–
Revalúo del ejercicio		11.667,40
Menos: Amort. del ejercicio	5.864,33	
Amort. anteriores	5.923,94	(11.788,27)
Saldo Muebles, Útiles e Instalaciones		29.246,64
Biblioteca:		
Valor al 31-12-90		7.562,61
Más: Compra "La Ley"		5.130,39
Revalúo del Ejercicio		3.354,59
Menos: Amort. del ejercicio	2.99,73	
Amort. anteriores	1.744,47	(4.744,20)
Saldo Biblioteca		11.303,39
Moneda Extranjera		
U$S 39 a ₳ 9.980.–		38,92

	Diez miles de ₳
Bonos Externos	
Bonos Externos 87 = 245.100	
cotización ₳ 8.490.–	208.089,90

CUENTAS DEL PASIVO

CUENTAS A PAGAR

Daniel Germano	2.674,64
Total cuentas a pagar	2.674,64

NOTAS RELACIONADAS CON ESTADOS CONTABLES EN MONEDA CONSTANTE (R. T. Nº 6)

Nota 1. *Normas Contables aplicadas*

—Las normas contables más relevantes aplicadas por la asociación en los estados contables correspondientes al ejercicio que se informa fueron las siguientes:

1.1. *Estados contables en moneda constante*

Los estados contables han sido preparados en moneda constante, reconociendo en forma integral los efectos de la inflación. Para ello se ha seguido el método de ajuste establecido por la Resolución Técnica Nº 6 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

1.2. De acuerdo a lo establecido por la Resolución Nº 32/91 de la Inspección General de Justicia, los estados contables se han confeccionado con sus cifras expresadas en diez miles de australes con dos decimales.

1.3. *Criterios de Valuación*

Bienes de Uso

A su costo incurrido reexpresado en moneda de cierre, menos la correspondiente amortización acumulada. La amortización de los bienes de uso es calculada por el método línea recta, aplicando tasas anuales suficientes para extinguir sus valores al final de la vida útil estimada.

El valor de los bienes de uso, considerados en su conjunto no supera su valor de utilización económica.

Bonos Externos - Afectaciones

Se han valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio, importes que han sido afectados a distintos fines según surge del proyecto de la Memoria correspondiente al ejercicio cerrado al 31/12/91.

Moneda extranjera

Se ha valuado al valor de cotización al cierre del ejercicio.

Nota 2. Al 31/12/91, el monto total de indemnizaciones por antigüedad, en caso de ruptura del contrato de trabajo es de ₳ 228.089.100.–

Nota 3. *Cuenta de gastos y recursos sin reexpresión al 31/12/91.*

D E B E	*Diez miles de ₳*
Amortizaciones	826,61
Gastos Generales de Administración	
Publicaciones	26.150,10
Sueldos	25.810,70
Cargas Sociales	8.517,53
Previsión para Indemnizaciones	313,16
Gastos Mantenimiento	8.511,14
Gastos Varios Administración	11.121,49
Total	81.250,73

H A B E R	
Contribuciones	82.345,02
Utilidad Títulos Públicos	61.082,67
Ingresos Varios	1.686,98
Total	145.114,67
Superávit del Ejercicio	63.863,94

Nota 4. Cumpliendo con lo establecido por la Resolución Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia se adjunta anexo correspondiente.

Nota 5. Los ingresos recibidos de la Tesorería General de la Nación en concepto de contribuciones, se han contabilizado por el sistema de lo percibido durante el ejercicio, computando las cifras que surgen del comprobante denominado "Comunicación de Depósito" emitido por dicho organismo.

ANEXO RESOLUCIÓN Nº 13/90 DE LA INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA

Art. 1º) inc. a): Contribuciones estatales recibidas del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación

Mes y año	*Diez miles de ₳*
01/91	10.513.–
01/91	45.568,12
07/91	11.239,90
09/91	8.700.–
12/91	6.324.–
Total contrib. estatales recibidas	82.345,02

Art. 1º) inc. b): "Contratos estatales"

Tipo de contrato: Comodato.

Fecha del contrato: 5 de junio de 1990, aprobado por Resolución Nº 1501 del Ministerio de Educación y Justicia de la Nación con fecha 15 de agosto de 1990.

Duración: Veinte años a contar desde la firma del contrato.

Objeto: Uso gratuito del inmueble ubicado en el 1er. piso del edificio sito en Avenida Alvear 1711 de Capital Federal.

Partes contratantes:

a) Comodante: Ministerio de Educación y Justicia de la Nación.
b) Comodatario: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

DICTAMEN

Señores
Academia Nacional de Derecho
y Ciencias Sociales de Buenos Aires

Avda. Alvear 1711 - Piso 1º
(1014) Capital Federal

En mi carácter de Contador Público independiente informo sobre la auditoría de los estados contables de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, detallados en el apartado 1 siguiente.

1. *Estados contables objeto de auditoría*

   1.1. Estado de situación patrimonial al 31/12/91.
   1.2. Cuenta de Gastos y Recursos y Anexo 7 por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1991.
   1.3. Estado de Evolución del Patrimonio Neto por el ejercicio finalizado el 31 de diciembre de 1991.
   1.4. Anexo Nº 13/90 de la Inspección General de Justicia.

2. *Alcance de la auditoría*

   — Mi examen fue realizado de acuerdo con las normas de auditoría vigentes, aprobadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Capital Federal.

3. *Dictamen*

   — En mi opinión, los estados contables mencionados en 1 presentan razonablemente la situación patrimonial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires al 31/12/91, los resultados de sus operaciones y las variaciones en el patrimonio neto por el ejercicio finalizado en esa fecha, de acuerdo con las Normas Contables Profesionales vigentes aplicadas.

4. *Información especial requerida por disposiciones vigentes*

— A efectos de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes, informo que:

4.1. Los estados contables en moneda constante que se mencionan en 1 surgen de registros contables, llevados en sus aspectos formales de conformidad con las normas legales.

4.2. Al 31/12/91 no existen deudas devengadas a favor del Instituto Nacional de Previsión Social.

Buenos Aires, 31 de marzo de 1992.

ÍNDICE

I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

III. IX REUNION CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES, CELEBRADA LOS DÍAS 4, 5 y 6 DE OCTUBRE DE 1991

IV. SEMINARIO SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ORGANIZADO POR LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES, DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

V. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

VI. HOMENAJES

VII. DECLARACIONES Y DICTÁMENES

VIII. MEMORIA Y BALANCE

Se terminó de imprimir
en el mes de agosto de 1992, en
GERMANO ARTES GRÁFICAS, S.R.L.,
Pedro Goyena 376, Buenos Aires