ISSN 0567 - 5936

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

SERIE I - ANUARIOS

ANALES

SEGUNDA ÉPOCA

AÑO XXXI - NÚMERO 24

1986

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. 44-9527
(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 24.

SERIE II — OBRAS

1. *Significación jurídica y proyección institucionual de la Declaración de la Independencia,* por AGUSTÍN DE VEDIA y ALBERTO RODRÍGEZ 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.

SERIE III — COMUNICACIONES

"Comunicaciones" — Nº 1.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. Segundo V. Linares Quintana

Vocales

Académico Dr. Germán J. Bidart Campos
Académico Dr. Jorge M. Mayer

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

	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. José M. López Olaciregui	Lisandro Segovia	26 junio 1967
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. Carlos J. Zavala Rodríguez	Rodolfo Rivarola	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. Manuel V. Ordóñez	José N. Matienzo	15 octubre 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. Mario Justo López	Juan R. Bibiloni	30 octubre 1980
Dr. Elías Pablo S. Guastavino	Roberto Repetto	30 octubre 1980
Dr. Julio César Cueto Rúa	Alfredo Colmo	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	28 octubre 1986
Dr. Augusto Mario Morello	Mariano Moreno	28 octubre 1986

ACADÉMICOS EMÉRITOS

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
Prof. Federico A. Gil	EE. UU.	27 agosto 1958
Prof. William Whatley Pierson	EE. UU.	27 agosto 1958
Dr. Vicente Mora Rodríguez	Uruguay	4 julio 1956
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

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. Darack
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. Jorge Figueroa Alcorta
Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Ibarguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Larguía
Dr. Tomás Le Breton
Dr. Ricardo Levene
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. 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. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

I

DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

LIBERTAD DE PRENSA Y OFENSAS AL HONOR

Conferencia pronunciada por el académico Dr. Enrique Ramos Mejía en la sesión pública realizada el 26 de junio de 1986

Palabras de apertura del acto por el académico Presidente
Dr. Marco Aurelio Risolía

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales inicia con esta sesión pública las actividades de esa índole programadas para el año en curso. Un año que, como es público y notorio, abunda en circunstancias e iniciativas que importan a nuestro cometido y que merecen ser analizadas con máxima atención y penetrante objetividad.

En ese orden de ideas y propósitos, me es grato destacar que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales ha organizado ya sus Institutos en las dos grandes ramas del derecho —público y privado— y que el Cuerpo Académico en pleno se ha distribuido en comisiones que analizarán asuntos tan sustanciales como la propuesta de reforma constitucional, el traslado de la Capital de la República, el terrorismo y sus implicancias de Derecho Internacional, el divorcio y sus implicancias en el Derecho de Familia, la protección jurídica de la intimidad, el derecho de réplica y la libertad de expresión e información y, en fin, las obligaciones derivadas de la deuda externa y la integración latinoamericana.

El expositor de esta tarde será el académico de número Dr. Enrique Ramos Mejía, un nombre que tiene abolengo en esta Academia y una personalidad que, por razones obvias exime de toda presentación inoportuna que postergue el placer de escucharlo.

El tema por él escogido es también de los que reclaman atención diligente en los días que corren: "Libertad de prensa y ofensas al honor". Libertad de prensa, que es garantía de la libertad sin adición alguna; y ofensas al honor que premia la virtud, el mérito, la fama, y que constituye, sin duda, el más preciado haber que exige protección jurídica.

Dr. Ramos Mejía: Soy enemigo de los prólogos más extensos que la obra que concita el interés del lector o del oyente. Queda Ud. por tanto en uso de la palabra.

LIBERTAD DE PRENSA Y OFENSAS AL HONOR

No es el caso de destacar la necesidad de una libre comunicación entre los hombres, y tampoco la necesidad de todo gobierno, por rudimentario que sea, de comunicarse con sus súbditos y de recibir de éstos su aquiescencia o su repudio. De la primitiva comunicación oral, que en el segundo caso se realizaba a través del pregonero en sus recorridas por los viejos poblados, se pasó a la comunicación escrita, que también en el segundo caso se exponía en la plaza pública en forma de bandos, hasta que la invención de la imprenta en 1440 revolucionó los medios escritos de comunicación social y llevó al periodismo al alto nivel de tecnificación que exhibe en nuestros días y a la competencia de ese medio escrito de comunicación con inventos modernos como la radio, la televisión y los satélites, gracias a los cuales el hombre puede informarse de lo que ocurre en cualquier punto de nuestro planeta y más allá de él, no ya a través de la lectura, sino a través de sus oídos y sus ojos, como testigo de un espectáculo que le llega en vivo y en directo.

Pero ese progreso material de los distintos medios de comunicación social, si bien constituye un evidente progreso, ha colocado al hombre en un estado de permanente riesgo pues el derecho a dar información, o, para decirlo con las palabras del artículo 14 de nuestra Constitución, el derecho de cada uno de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, puede ser ejercido excediendo sus límites legítimos de modo de lesionar derechos inalienables de terceros, como la intimidad, la honestidad y el honor.

Nos encontramos así en presencia de dos derechos en

eventual conflicto. Por un lado la libertad de prensa proclamada en el referido artículo 14 de nuestra ley fundamental y en relación con la cual debe gozarse de ella conforme con las leyes que reglamenten su ejercicio y respecto de la cual según el artículo 32 de esa misma ley fundamental, el Congreso no debe dictar leyes que la restrinjan o establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Por otro la protección legal de ciertos derechos personales, que en determinadas situaciones alcanza el nivel de la protección penal, la cual también alcanza a la misma libertad de prensa.

Vemos en efecto respecto de esa última libertad que el Código Penal reprime en el artículo 161 a quien impidiere o estorbare la libre circulación de un libro o periódico. Pero protege ese mismo código a su vez ciertos derechos personales que pueden ser lesionados por medio de la prensa, y así protege la honestidad al castigar en el artículo 128 las publicaciones obscenas; protege también otros derechos de los cuales es titular un individuo determinado como la inviolabilidad de documentos secretos al reprimir en los artículos 155, 156 y 157 a quien los divulga sin justa causa como el orden público al castigar en el artículo 213 a quien hiciere por cualquier medio la apología de un delito como la administración pública al imponer pena en el artículo 244 a quien de cualquier modo cometiere un desacato.

Y junto a ese elenco de protecciones dispensa también un amparo más amplio al honor al castigar en el artículo 109 "la calumnia o falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública" y al reprimir en el artículo 110 a quien "deshonrare o desacreditare a otro", yendo la protección en estos casos más allá del aparente límite de dichas normas pues el artículo 113 castiga como autor de esos delitos de calumnia e injuria también al que "publicare o reprodujere por cualquier medio injurias o calumnias inferidas por otro" y el artículo 114, con claro propósito reglamentario, dispone que "cuando la injuria o calumnia se hubiera propagado por medio de la prensa en la capital o territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente

código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción", normas todas estas que deben relacionarse con el artículo 49 del Título que trata de la participación criminal, según el cual "no se considerarán partícipes de los delitos cometidos por medio de la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta".

En cuanto a la intimidad, si bien el Código Penal no le dispensa una expresa protección como bien jurídico autónomo, no deja de tenerla presente cuando reprime la violación de domicilio en el artículo 150 y algunas hipótesis de violación de secretos en los artículos 153 y 154. Ese vacío empero ha sido llenado por la Ley 21.173 que introdujo en el Código Civil en 1975 el artículo 1071 bis, según el cual "el que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuera un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieran cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

Aquí aparece protegida directamente la intimidad en razón de considerarse que su menoscabo o lesión constituye un acto civil ilícito por el hecho de entrometerse arbitrariamente en la vida ajena. Sin embargo, se trata de una disposición de carácter subsidiario, porque su aplicación ha de depender de que el hecho no sea un delito penal, el que no podrá darse sino a través de su precisa tipificación en el respectivo Código tal como lo manda el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Constitución, el tradicional "nullum crimen, nulla poena, sine lege".

Al lado de la protección al honor brindada por el Código

Penal y de la protección a la intimidad regulada en el Código Civil, se viene pretendiendo últimamente, inclusive a través de proyectos presentados en el Congreso Nacional, dispensar protección a la honra, a la reputación y al buen nombre mediante el ejercicio del derecho de réplica, adoptado ya en algunas provincias y que, según algunos, ya es ley directamente operativa en nuestro país en el orden nacional al haber adherido el Gobierno por la Ley 23.054 al Pacto de San José de Costa Rica. Pero no he de tratar esta cuestión, pese a su actualidad e importancia, porque es materia propia del derecho constitucional y no del penal, dado que la obligación de publicar la réplica no importa una pena.

Pero, volviendo a nuestro tema, ¿se contradicen realmente la libertad de prensa de raigambre constitucional con el castigo de las ofensas al honor previstas en el Código Penal cuando son difundidas por medio de la prensa? Creemos que no. Lo que hace en primer término el artículo 14 de la Constitución es prohibir la censura previa como expresión de una policía preventiva, que así queda absolutamente prohibida. Y lo que hace por su parte el artículo 32 es prohibir al Congreso que dicte leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal, lo que significa que tales leyes sólo pueden referirse a abusos de la libertad de prensa, es decir, según la distinción que arranca de las enseñanzas de Estrada, a infracciones que sólo pueden cometerse por medio de la prensa, llamadas correctamente delitos de imprenta. Y nada más, por lo cual el Congreso Nacional actuó con arreglo a sus facultades constitucionales cuando, de conformidad con el inciso 11 del artículo 67 de la Constitución, dictó el primer Código Penal en 1886 incluyendo en él, no los delitos específicamente de imprenta sino los delitos comunes, como la injuria y la calumnia, que también pueden cometerse por medio de la prensa, es decir aquellos para cuya comisión la prensa es un mero instrumento y cuyo juzgamiento, sin alterar la jurisdicción provincial, corresponde a los tribunales nacionales o provinciales cuando en cada caso sus autores cayeren bajo sus respectivas

jurisdicciones, como lo manda ese inciso 11 del artículo 67 de nuestra ley fundamental. Y se debe tratar, para ser aplicable el Código Penal, de verdaderos delitos, es decir, de hechos legalmente tipificados, antijurídicos y dolosos o culposos, y respecto de los cuales pueda pronunciarse un reproche de culpabilidad.

Mi propósito no es hacerme cargo de los delitos de calumnia e injuria tal como aparecen tipificados en los artículos 109 y 110 del Código Penal, ni examinar en particular las características de su autor, que puede ser cualquiera, ni de su sujeto pasivo, ya sean funcionarios públicos que hace que la ofensa se convierta en desacato, personas deshonestas, menores o personas fallecidas, ni exponer las distintas modalidades de la injuria: directa, equívoca, larvada, oblícua, aunque sí debo destacar que tanto la calumnia como la injuria son delitos dolosos, y por ello, lo que no ocurre en los delitos culposos, es posible en ellos la participación tanto en la forma de la coautoría como en las modalidades de la instigación y la complicidad.

Y la exclusión de esos subtemas se justifica porque mi objetivo, como lo ilustra el título de esta disertación, es vincular el tratamiento de las ofensas al honor con la libertad de prensa en atención al riesgo a que aludí en un principio, riesgo a que están expuestas las víctimas posibles de una injuria o de una calumnia y los directores o editores de los modernos órganos de difusión, de los que dijo el juez Cooley que sus características, que responden al derecho de información sustancial de los individuos que viven en un estado democrático, dificultan la comprobación cierta de la verdad de las noticias que publican, principalmente en el caso del director o editor, que debe confiar en funcionarios y empleados subalternos.

Es que el periodismo escrito ya no es la obra de una sola persona, como antes se distinguieron por ejemplo entre nosotros el diario de Mitre, el de Paz, el de Lainez. Hoy día los diarios pertenecen a sociedades anónimas, entran en competencia entre sí, dependen de agencias de noticias tanto na-

cionales como internacionales, mantienen corresponsales en el exterior, su tamaño ha crecido con la publicación de noticias de la más variada índole al extremo de que "La Nación", por ejemplo, ya no es fundamentalmente "una tribuna de doctrina", difunden publicidad comercial, dan cabida a solicitadas y a cartas de lectores, están expuestos a la presión del gobierno de turno y algunos a discriminaciones persecutorias, su actividad es objeto de enseñanza en escuelas especializadas, algunos dan preferencia a noticias sensacionalistas o escandalosas y a la llamada "crónica roja".

Vimos hace un momento que el artículo 113 del Código Penal, sin hacer referencia expresa a la prensa pero con clara alusión a ella, reprime como autor a quien, por cualquier medio, publicare o reprodujere injurias o calumnias inferidas por otro. Es un caso evidente de coautoría independiente en el cual el autor de la ofensa y el coautor que la publica o reproduce responden cada uno por su propio hecho, uno deshonrando o desacreditando en el caso de la injuria de conformidad con el artículo 110 y otro publicando o reproduciendo dicha injuria de acuerdo con el artículo 113, y cada uno con su propio dolo dentro del marco sin embargo de la misma pena, hoy día de uno a cien australes o prisión de un mes a un año, fijada con arreglo a la medida del respectivo reproche.

Pero si esa disposición es de fácil interpretación, no es así en el caso del artículo 114. Recordemos su texto: "Cuando la injuria o calumnia se hubiese propagado por medio de la prensa en la capital y territorios nacionales, sus autores quedarán sometidos a las sanciones del presente código y el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

Digamos ante todo que es superfluo declarar que los autores de injurias o calumnias propagadas por medio de la prensa en la capital y territorios nacionales quedarán sometidos siempre de todas maneras a las penas previstas en el Código Penal, pues no cabe pensar que esas ofensas no po-

drían ser penadas cuando fueran propagadas por medio de la prensa en las provincias. Lo cierto es que ese Código, que es ley nacional, no pierde su imperio respecto de los delitos comunes contra el honor propagados por la prensa en las provincias, y por ello establece el inciso 11 del artículo 67 de la Constitución que el Código Penal dictado por el Congreso lo aplicarán los tribunales provinciales cuando las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción, lo que no violenta cuanto dispone el artículo 32 de esa misma Constitución.

Lo que sí rige exclusivamente en la capital y territorios nacionales es la segunda parte del mencionado artículo 114 del Código Penal, que no se refiere a una sanción de carácter penal, sino a una de índole resarcitoria del mayor daño sufrido por el ofendido a consecuencia de la difusión por medio de la prensa de la injuria o calumnia. Dicha reparación consiste en la publicación de la sentencia condenatoria o de la satisfacción dada a través de una amplia retractación por el ofensor, el viejo cantar la palinodia, inserta a su costa en el mismo periódico, resarcimiento que bien pudo ser incluido en el artículo 29 del Código que precisamente trata de la reparación del daño material y moral causado a la víctima del delito.

La ley 21.338, promulgada en el mes de junio de 1976 y derogada en 1984, había modificado el texto primitivo del artículo 114, suprimiendo los términos "sus autores quedan sometidos a las sanciones del presente código" y reglamentando con mayor acierto la sanción resarcitoria aplicable solamente por los tribunales nacionales, con lo que dejaba a salvo el problema jurisdiccional derivado de lo dispuesto por el artículo 32 de la Constitución, consistiendo tal resarcimiento en la publicación de la condena del ofensor o de su retractación "si es posible, agregaba, en el mismo periódico", en el mismo lugar y con los mismos caracteres del artículo injurioso". Pero ahora vuelve a regir el texto anterior a esa enmienda de 1976, proveniente del Proyecto Tejedor, del Código de 1887 y del Proyecto de 1891, reintroduciéndose

así la innecesaria salvedad a la subsistencia de la sanción penal en el orden nacional.

Respecto de esa sanción resarcitoria el artículo 114 se refiere a tres personajes: el "autor" de la injuria o calumnia llamado también "culpable", el "ofendido" y los "editores" disponiendo al efecto que "el juez o tribunal ordenará, si lo pidiere el ofendido, que los editores inserten en los respectivos impresos o periódicos, a costa del culpable, la sentencia o satisfacción".

El autor culpable de una injuria o calumnia propagada por medio de la prensa en la capital y territorios nacionales puede ser también el editor. Pero lo común es que uno sea el autor y otro el editor, tanto este haga la publicación como solicitada, como carta de un lector en la sección correspondiente, como artículo firmado por un tercero, o como noticia proveniente en la mayoría de los casos de lo que se llama en la jerga periodística "fuente inobjetable".

Y al margen de la sanción resarcitoria, sobre la cual no nos hemos propuesto profundizar, ¿cuál es frente a la sanción penal la situación del editor que, según el artículo 113 del Código Penal, publica o reproduce injurias o calumnias inferidas por otro o que, según el artículo 114, propaga por medio de la prensa esas mismas injurias o calumnias?

La situación del editor es clara si es al mismo tiempo autor de la injuria o calumnia, pues podrá ser pasible en tal caso de las penas previstas en los artículos 109 y 110 del Código Penal. Pero su situación se complicará si, inferida por otro la injuria o calumnia, el editor con posterioridad publica la ofensa, la reproduce o la propaga por medio de su órgano de prensa, casos en los cuales, ausente en él la calidad de autor, podrían regir las normas generales de la participación criminal respecto de quien, como cómplice necesario, presta al autor un auxilio o cooperación sin los cuales el hecho no habría podido cometerse o de quien, como cómplice no necesario, coopera de cualquier otro modo a la ejecución del hecho o presta una ayuda posterior en cumplimiento de una promesa anterior, según definiciones de los artículos 45 y 46

del Código Penal, aunque debiendo tener presente también la excepción especial establecida en el artículo 49, según el cual "no se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta".

Esta última disposición proviene del Proyecto de 1891 del que fueron autores Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, y sobre ella se lee en la Exposición de Motivos: "La Constitución Nacional ha desechado la censura previa; y sería restablecerla, y restablecer la peor de las censuras —la de la ignorancia— si se responsabiliza a los editores, grabadores, cajistas, etc., por los actos punibles cometidos mediante la prensa". Este fundamento de dicha impunidad es congruente con la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, pero ella merece una particular consideración a la luz de las normas generales de la participación criminal.

Para que haya participación criminal en alguna de las formas previstas en los citados artículos 45 y 46 del Código Penal deben participar los partícipes con el autor en un hecho común no sólo de modo material, con sus acciones físicas, sino también de manera subjetiva, dirigiendo cada partícipe su intención, su dolo, hacia la consumación de ese hecho común. Por eso es que el recordado artículo 49 excluye la pena, no sólo en razón de la abolición constitucional de la censura previa, sino también porque la sola cooperación material sin aporte subjetivo, sin la convergencia intencional con el autor de que habló Sebastián Soler, no importa verdadera participación criminal.

No hay duda de que por regla general deben quedar impunes, por razones obvias, los grabadores y cajistas, a los que se refiere la Exposición de Motivos del Proyecto de 1891, así como otras personas de parecido rango que intervengan en la difusión y venta del órgano de prensa de que se trate. Pero podría no ser lo mismo en el caso del editor dada la obli-

gación de supervisión que le incumbe, por lo cual bien tendría que demostrar que su cooperación material en la publicación no fue acompañada con su dolo. Así fue como, durante un tiempo y recurriendo a una pura responsabilidad objetiva se echó mano para justificar su punición por calumnia e injuria a la figura del "editor responsable".

Tal fue en efecto la jurisprudencia de la Cámara en lo Criminal y Correccional en época lejana. En una querella por calumnia seguida contra Américo Ghioldi dijo una de las Salas de dicho tribunal el 18 de diciembre de 1928 que "la responsabilidad del acusado nace de su carácter de director del periódico, reconocido por él, y de aparecer el suelto como del diario, publicado y consentido por la dirección, no pudiendo invocarse para eximir la responsabilidad que el suelto lo escribió un tercero, pues es el periódico, como entidad, que hace la imputación, y es el director el responsable", tesis confirmada poco después por otra Sala, que expresó en el caso de Humberto Ganduglia que "aún cuando se probara con los originales que otra persona escribió el libelo, ello no excluye la responsabilidad del director, pues sin su anuencia expresa o tácita el delito no habría podido cometerse, no habiendo aceptado la ley la teoría de la responsabilidad subsidiaria".

Y a tal extremo se llevó esa doctrina que el mismo tribunal años después, en un fallo del 28 de febrero de 1939 condenó a un querellado por injuria y calumnia "por la condición de Director, que el imputado reviste, en orden al órgano en que se insertaron las publicaciones acriminadas, sin que obsten a ello las excusas invocadas de haberse encontrado ausente de la Capital y haber sido sorprendido por dichas publicaciones, que no autorizó". Pasan los años, y todavía el 25 de julio de 1947 se reitera la misma tesis en una nueva querella por injuria contra el mismo Ghioldi.

Y si echamos una mirada a la doctrina también nos topamos con idéntica opinión. Tomemos la obra de Sebastián Soler, que en la década del 40 encabezó entre nosotros el estudio del derecho penal con un estricto enfoque dogmático

y fue miembro distinguido de esta Academia. En la primera edición completa de su *Derecho Penal Argentino* aparecida en 1945 reconoce que, como principio general, la responsabilidad penal es personal, pero admite que en materia de delitos cometidos por medio de la prensa aquel principio sufre una excepción "con la creación de la figura autónoma del editor responsable", "fundada en necesidades evidentes tanto de la prensa como de la sociedad, impuestas por las características del periodismo moderno, obra de colaboración de un numerosísimo grupo de personas, entre las cuales la mayoría de las veces sería imposible encontrar a los directa y personalmente culpables", agregando que "la ley no quiere la impunidad, pero busca un autor verdaderamente digno de ser castigado" y concluyendo entonces "que quien dirige en general la publicación periódica es tenido por autor de la publicación concreta, aunque en realidad no lo sea", si bien debiendo seguirse en cada caso, según el distinguido tratadista, "el prudente criterio de von Liszt: que se trate de la persona efectivamente dotada de la facultad de examinar el original y de impedir la publicación".

Pero tanto en la jurisprudencia como en el pensamiento de Soler se produce un cambio substancial.

En cuanto a la jurisprudencia cabe recordar el fallo dictado el 7 de julio de 1959 por la Sala 4ª de la Cámara en lo Criminal y Correccional en la querella por injuria seguida contra Leónidas Barletta en su carácter de Director del semanario "Propósitos". No se trata en realidad de un giro de 180 grados, pero en él se expresa como principio que "la libertad de prensa no autoriza a publicar lo que no es cierto o lo que está deformado negligente o aviesamente, y por ello el director de un periódico debe exigir de los que participan de su función periodística la mayor seriedad y extremar las medidas a su alcance para que de las columnas de su publicación no se eche sombras dolosamente sobre la honra o el crédito de una persona", agregándose en relación con la tesis de la responsabilidad amplia del editor que "el control exigido al director de una publicación no puede llegar más allá

de donde alcanzan sus posibilidades de comprobación" y que cabe excluir su responsabilidad, como sucedía en el caso cuando el autor del artículo publicado le merecía confianza.

En realidad, aquel cambio substancial en la jurisprudencia no se produce a consecuencia de alguna decisión de la referida Cámara, sino en virtud de un fallo de la Corte Suprema dictado el 30 de diciembre de 1963. La Cámara de Apelaciones en lo Penal de Bahía Blanca había condenado por injuria al autor de una carta y al director propietario del diario "Avanzada" que la publicó como "solicitada". El primero consintió la condena, pero el segundo llevó la causa a conocimiento de la Corte por la vía del recurso extraordinario, y en lo que hace al punto que aquí interesa dijo aquel alto tribunal federal, luego de citar, entre otras, las autorizadas opiniones de Hamilton, Cooley y Corwin, "que tiene base constitucional el principio conforme al cual la persona que publica y dirige un diario no puede ni debe ser sancionado penalmente por la sola circunstancia de que siéndole posible optar entre difundir o no una publicación que reviste interés público elige lo primero por entender que sirve mejor e imparcialmente la función que corresponde a la prensa libre, como vehículo de información y opinión de la comunidad. Si la mera inserción en un diario o periódico de una carta abierta, de un artículo o de una noticia tales, sin tomar partido y sin agregarle la fuerza de convicción que pudiera emanar de la propia opinión y responsabilidad, sometiera al editor al riesgo de una condena penal, la norma que la fundamentara o su interpretación conspirarían contra la libertad de prensa con parecido alcance que si mediara restricción anticipada de la publicación, con la consiguiente frustración del sustancial principio de la libertad de prensa que consagran expresamente los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional", agregando que en casos como el que juzgaba las disposiciones del Código Penal relativas a la publicación de ofensas por la prensa "deben recibir una interpretación estricta que excluya de la sanción penal la mera posibilidad de la comprobación del carácter ofensivo de la publicación por

parte del editor responsable, a fin de que el precepto se compadezca con la garantía constitucional de la libertad de prensa".

Y este criterio influyó en la jurisprudencia de la Cámara en lo Criminal y Correccional, aunque años después. En el número de la revista "La Semana" del 26 de julio de 1984 se publicó una entrevista a Claudio Vallejos en cuyo desarrollo éste denunció su participación en el secuestro del ex Embajador en Venezuela Héctor Hidalgo Solá y se expidió en términos injuriosos respecto del Almirante Massera. Decretada la prisión preventiva del editor de ese semanario, la Sala Sexta de dicho tribunal la revocó y sobreseyó definitivamente en favor del aludido editor el 19 de noviembre de 1985 con sustento precisamente en el mencionado fallo de la Corte Suprema e interpretando el alcance que debe darse al artículo 113 del Código Penal. Dijeron al respecto los respectivos Jueces de aquella Cámara: "Entramos así, de lleno, a una cuestión muy debatida en la doctrina y jurisprudencia y que consiste en el alcance que debe dársele a esa figura penal para que su ámbito de prohibición no llegue a lesionar el derecho constitucional de la libertad de prensa garantizada por el artículo 14 de la Constitución Nacional pero al mismo tiempo tampoco deje impunes delitos como el de injuria que generalmente son cometidos por ese medio. Se impone en consecuencia el análisis dogmático de ese tipo penal en consonancia con nuestros principios constitucionales, como corresponde hacerlo en todos los casos, siguiendo las reglas de una sana, y por qué no, democrática labor interpretativa de los textos legales".

Omito por razones obvias ante este autorizado auditorio todo comentario sobre este novedoso método de una "democrática labor interpretativa de los textos legales", y sólo cabe señalar que para ese tribunal de segunda instancia del fuero penal, "en consecuencia, quedarían prohibidas solamente para nuestro ordenamiento penal aquellas conductas que, además de importar una publicación o reproducción de injurias o calumnias inferidas por otro conllevan un «plus»

que consistiría, tal como se pone de resalto en el precedente citado, en que los editores o directores de la publicación donde se reproducen aquéllas, tomen partido o le agreguen la fuerza de convicción que pudiera emanar de la propia opinión y responsabilidad, lo que, ya se dijo, no sucede en el caso de autos".

En cuanto al pensamiento de Sebastián Soler, el cambio también obedeció a esa importante decisión de la Corte Suprema. Aquella primera edición completa de su *Derecho Penal Argentino* aparecida en 1945 a que antes aludimos siguieron otras, y en la tercera de la parte especial que vio la luz pública en 1970 y reimpresa varias veces en años posteriores sin mayores modificaciones, mantuvo Soler muchos de los conceptos con que expusiera los delitos contra el honor pero señaló en una nota que la fundamental sentencia de la Corte del 30 de diciembre de 1963, que antes comentamos, le había hecho variar de opinión en orden a la ilimitada responsabilidad de los editores y directores de periódicos que venía sustentando con anterioridad.

Puede entonces afirmarse sobre estas nuevas bases surgidas de la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal y de un tratadista tan autorizado como Sebastián Soler que las publicaciones de injurias y calumnias inferidas por un tercero sólo pueden acarrear responsabilidad penal para los editores y directores de cualquier órgano de comunicación social si ellos añaden a la publicación de que se trate un "plus" con entidad propia ofensiva y voluntad de asumir la consiguiente responsabilidad.

Pero dejemos por un momento el ámbito del derecho penal, dentro del cual las ofensas al honor son delitos exclusivamente dolosos o intencionales. En el ámbito del derecho civil se ha pronunciado el 15 del pasado mes de mayo la Corte Suprema en fallo por mayoría a raíz de la queja elevada por tres diarios condenados a pagar una indemnización por haber transcripto parte de un comunicado de la Policía Federal tal cual fue distribuido por ésta. La mayoría de la Corte recordó la sentencia de 1963, y señala ahora

más de veinte años después como integrantes de la libertad de prensa los derechos de dar y de recibir información, lo que supone exigir según el tribunal un especial cuidado al dar información, ya que, expresa, "el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas", que son amparados según la Corte, y lo mismo piensa Sagués, por el artículo 33 de la Constitución Nacional.

En el comunicado en cuestión se calificaba a una persona como miembro de una asociación delictiva dedicada al robo y al tráfico de estupefacientes, imputación respecto de la cual el afectado por la noticia fue finalmente sobreseído en forma definitiva, y pese a que el comunicado de la Policía Federal fue publicado parcialmente y suprimiendo de él algunos párrafos la Corte consideró que ese "proceder de los diarios demandados implicó un ejercicio imprudente de su derecho de informar, toda vez que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas —admitida aun la imposibilidad práctica de verificar su exactitud— imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito, añadiendo que, al margen de la responsabilidad de la autoridad policial extraña al juicio, no correspondía excusar la de los diarios demandados y su obligación de reparar los daños causados en virtud de haber violado el principio legal "alterum non laedere" recogido por el artículo 1109 del Código Civil.

Resulta entonces que si bien según el fallo de 1963 no es legítima en el caso la imposición de una sanción penal cuando no se agrega a la información la fuerza de convicción que puede emanar de la propia opinión y no se obra con dolo o intención, es conforme a derecho según ese re-

ciente fallo la reparación del daño por vía civil cuando media culpa o negligencia.

Esta tesis no fue compartida por dos Ministros disidentes con argumentos que subscribo en razón de los ribetes tan peculiares del caso, que no autorizan a mi juicio a imputar culpa o negligencia en razón de haberse omitido las tres circunstancias señaladas por la mayoría. Señaló fundamentalmente la minoría que en todo caso la calidad de la fuente de la que provenía la información exoneraba a los diarios demandados de indagar su veracidad, y que la exigencia de una previa averiguación "limitaría el derecho de crónica y afectaría el derecho de información, convirtiendo al periodista en censor de lo que la sociedad tiene derecho a conocer".

Pero para dilucidar esos aspectos constitucionales y civiles hay aquí voces más autorizadas que la mía.

Una de ellas es la de nuestro colega el Académico Dr. Bidart Campos, quien al comentar en "El Derecho" dicho fallo de la Corte el día 11 del corriente mes, pese a reconocer "el margen opinable de la cuestión resuelta" y "que la minoría disidente ha dado sus muy buenas razones", sostiene que "la responsabilidad social de los medios de comunicación no debe dejarse librada exclusivamente a quien ejerce a través de ellos su indudable libertad de expresión y de información, debiendo existir protección jurídicamente relevante a favor de quien sufre agravio a su honor", con lo cual a su entender el conflicto entre la libertad de información y el honor personal se decide en favor de este último. En contra se pronunció recientemente el doctor Gerardo Ancarola al comentar el mismo fallo el día 18 en "La Prensa", sosteniendo en su apoyo a la doctrina de la minoría que "es más ajustada a los principios constitucionales, a la tradición legislativa y jurisprudencial argentina y a la más amplia libertad de prensa como requisito de la sociedad democrática contemporánea" e inclinándose a pensar al poner término a su comentario, "que este es uno de los

pronunciamientos de la Corte Suprema que no quedará fácilmente en el olvido".

No obstante quedar reafirmada en los casos expuestos la libertad de prensa, de la que expresó Jefferson que si tuviera que optar entre tener un gobierno sin periódicos o periódicos sin gobierno no dudaría en preferir lo segundo, el honor individual mantiene a su vez una legítima protección cuando es afectado por la prensa, siempre, claro está, si se agrega a la información un "plus" como es la propia opinión ofensiva, o se incurre en negligencia si se omite la cita de la fuente o el modo potencial del verbo empleado. Libertad por un lado, pero en el reverso amenaza de una sanción, lo que obliga al periodismo a sujetarse a ciertas normas de ética.

En el orden internacional cabe mencionar a ese respecto el Proyecto de Código de Ética Periodística de la Subcomisión sobre libertad de información y prensa de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 24 de marzo de 1953. En él se expresa que el periodista "debe hacer todo lo que esté a su alcance para asegurarse que la información que recibe el público sea exacta en cuanto a los hechos", que "ningún hecho debe ser deformado y ningún hecho esencial debe ser suprimido", que "toda información que resulte perjudicialmente inexacta debe ser rectificada en forma espontánea e inmediata" y que "los rumores y las noticias no confirmadas deben ser indicadas como tales".

En el mismo sentido recordemos que al hablar en la Décima Primera Jornada Mundial de Comunicaciones Sociales expresó el Papa Paulo VI que la información "ha de ser veraz, prudente, respetuosa del hombre y de sus valores esenciales, atenta a la elección de las circunstancias y de los modos de presentación".

Y citemos finalmente a Eduardo Novoa Monreal, Profesor chileno de derecho penal, quien en su libro *Derecho a la vida privada y libertad de información*, que lleva como subtítulo "Un conflicto de derechos", sostiene que el

periodismo debe ajustarse a tres condiciones: veracidad de los hechos sobre los cuales informa, que esos hechos revistan interés para el público, y que su divulgación no ocasione daño a intereses generales o particulares.

En nuestro país no existe un código de ética para regir la actividad periodística, pero sin embargo ello no significa que el periodismo serio y responsable no ajuste su conducta a valiosas normas no escritas, como el sabio consejo de Ezequiel Paz: "No escribas como periodista lo que no puedes decir como caballero". Además, los periodistas no pueden echar en saco roto ciertas indicaciones de la jurisprudencia de la que cabe citar dos ejemplos. La Sala IV de la Cámara en lo Criminal y Correccional expresó en el fallo del 7 de julio de 1959, ya citado sobre otro punto, que "la libertad de prensa no autoriza a publicar lo que no es cierto o lo que está deformado negligente o aviesamente" y que "por ello el director de un periódico debe exigir de los que participan de su función periodística la mayor seriedad y debe extremar las medidas a su alcance para que de las columnas de su publicación no se echen sombras dolosamente sobre la honra o el crédito de una persona". Y la Sala 3ª del mismo tribunal en una querella seguida contra el director de "La Razón" y funcionarios de inferior jerarquía a raíz de haberse deformado un comunicado policial con afirmaciones terminantes que no contenía, tales como imputar a socios de una entidad la comisión de una estafa, señaló "que una publicación seria y conciente del poder de la prensa y de sus derechos y obligaciones, cuando se trata de noticias como las que dieron origen a este proceso, no puede y no debe sino transmitir fielmente la información que se recibió en la redacción del diario", y que cuando se publican los nombres de presuntos imputados tienen que ser incluidos en la noticia con el mayor cuidado, "en un modo verbal potencial en lo que sea necesario expresar periodísticamente" pues, aseguró que "el ejercicio del derecho constitucional de publicar las ideas en periódicos sin censura previa no constituye, obviamente, un bill de indemnidad para publi-

car lo que en gana le venga al periodista sin reparar cuáles son los perjuicios morales y materiales que pueden afectar a terceros".

Si esto es así en el orden nacional, no puede omitirse una breve referencia a lo que sucede en el orden internacional con la creación de la Corte Europea de los Derechos Humanos que entró en funciones el 20 de abril de 1959 y la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecida por el Pacto de San José de Costa Rica. A la obra de ambos tribunales dedicó Guillermo Moncayo un artículo titulado precisamente "Aspectos actuales de la protección internacional de los derechos humanos" publicado el año pasado en la "Revista Jurídica de Buenos Aires" a continuación del que publicara esa misma revista en 1957 debido a la pluma de René Cassin, miembro durante muchos años de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y Premio Nobel de la Paz.

Moncayo nos informa que ninguno de esos tribunales se ha pronunciado aún sobre los excesos de la libertad de prensa ni sobre la consiguiente protección del honor, pero recuerda que la Corte Europea resolvió el 26 de abril de 1979 el caso "Sunday Times" en favor de la libertad de información, y al respecto nos dice: "La Corte decidió que violaba ese derecho garantizado por la Convención la prohibición judicial de los tribunales británicos en virtud de la cual ese periódico debía abstenerse de publicar artículos sobre la tragedia de la thalidomida (droga que había provocado numerosos nacimientos de criaturas con deformaciones graves) mientras se sustanciaba la causa contra sus fabricantes y vendedores. Entre otros argumentos, la sentencia subrayó la importancia, en una sociedad democrática del principio de la libertad de expresión, que se aplica en el ámbito de la administración de justicia como en los demás. Juzgó la Corte que no sólo incumbe a los medios masivos de comunicación transmitir informaciones sobre las cuestiones que se hallan sometidas al conocimiento de los tribunales, sino que, más aún, el público tiene el derecho

de recibirlas. La Corte concluyó que la injerencia judicial no corresponde a una necesidad social suficientemente imperativa para prevalecer sobre el interés público vinculado a la libertad de expresión, y que la medida no era ni proporcionada al objeto legítimo perseguido ni necesaria en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder judicial".

Pero volviendo a nuestro país y para poner término a mis palabras digamos como conclusión que la libertad de prensa goza de protección constitucional y no puede ser restringida por ley, pero cuando a su sombra se daña el honor personal en las circunstancias señaladas por la Corte en los dos fallos recordados, el honor personal, amparado también por la Constitución, recibe adecuada protección, por la ley penal si se cometió un delito con arreglo al principio también constitucional de estricta legalidad, por la ley civil si se incurrió en culpa o negligencia, de límites no tan estrictos y sujetos a la valoración judicial.

INCONSTITUCIONALIDAD DE CIERTAS SANCIONES DE LA LEY 20.643 (NOMINATIVIDAD DE TÍTULOS VALORES)

Conferencia pronunciada por el académico Dr. Horacio A. García Belsunce en la sesión pública realizada el 31 de julio de 1986

Palabras de apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales realiza en muy particulares circunstancias esta sesión pública, convocada antes de la sensible pérdida que supuso el deceso de la Dra. Margarita Argúas.

El Presidente no podría proceder a la apertura del acto sin rendir tributo a su memoria e invitar a los señores académicos y al público presente, que compartirá sin duda nuestros sentimientos, a que nos pongamos de pie en homenaje a su memoria. Muchas gracias.

Sin ninguna pretensión de originalidad, tengo escrito que la economía está íntimamente ligada al derecho y que lo deseable es que el derecho no invalide los principios y las leyes de la economía sino que contribuya al arraigo y la convalidación de tales principios y leyes.

Pienso que la verdad de estas afirmaciones se acreditará sin reatos en la sesión pública que hoy realiza la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y en la que se escuchará la palabra de nuestro distinguido miembro de número, el Dr. Horacio García Belsunce, quien ejerce, a su vez, la Presidencia de la Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Nuestro colega es, además, ilustrado miembro de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la de Ciencias sin aditamento alguno, lo que denota obviamen-

te una dilatada vocación que le permitirá, sin duda, proyectar sus reflexiones en vastísimo ámbito, ya que el derecho, la economía, las ciencias morales y políticas y, en fin, el esclarecimiento de la verdad para bien de la República concurren con su cuota de inquietud en las especulaciones del académico de raza, volcado siempre a una honda y cernida meditación que exige —va de suyo— unidad y universalidad en las ideas.

El Dr. García Belsunce, que no es sólo hombre de gabinete porque ejerce con lucidez la abogacía y ha pasado por altas funciones públicas en el manejo de la economía y las finanzas del país, tiene hoy el propósito de ilustrarnos sobre un tema de interés y actualidad que hace a lo suyo, a lo nuestro, a lo de todos: la indispensable adecuación de la Ley positiva, de evidente proyección económica, a los principios rectores que deben iluminarla y a las reglas de jerarquía constitucional que deben respaldar su vigencia.

Dr. García Belsunce: Nos aprestamos a escuchar su autorizada palabra y le agradecemos su fluido y generoso aporte a la labor académica.

INCONSTITUCIONALIDAD DE CIERTAS SANCIONES DE LA LEY 20.643 (NOMINATIVIDAD DE TÍTULOS VALORES)

I. — DISPOSICIONES LEGALES

La ley 23.299 del 8 de noviembre de 1985 modificó parcialmente la ley 20.643 llamada de "títulos valores", manteniendo las disposiciones que sobre conversión de los títulos trae el artículo 28 de la ley 20.643 que dice así:

> "...Los portadores de títulos que no procedan a su conversión vencido el plazo que se fije, ingresarán el equivalente al veinte por ciento (20 %) de su valor contable, en carácter de sanción conminatoria; igual obligación corresponderá por cada año sucesivo. En los títulos valores admitidos a la cotización, se tomará en cuenta el precio de cierre al día anterior del vencimiento de cada uno de esos plazos, si fuere mayor al de su valor contable".

En otros términos, la sanción se aplica sobre el valor mayor, sea el de cotización bursátil o el contable.

Según la resolución general Nº 2601 de la D.G.I., la sanción del 20 % anual establecida en el artículo antes citado se aplicará proporcionalmente al retardo en que hubieren incurrido en cada uno de los períodos anuales los tenedores de títulos no convertidos antes del 1º de mayo de 1986, de modo tal que cada período anual será fraccio-

nado en doce partes iguales, aplicando la multa en fracciones según los meses de mora dentro del año.

No obstante que dudo de la validez legal de esta resolución, en cuanto modifica la sanción anual establecida por la ley, excediendo facultades reglamentarias, la disminución de la sanción para quienes efectúen la conversión morosa en períodos inferiores a un año, no altera mis conclusiones sobre los efectos de la aplicación de la sanción anual, pues de todas maneras, habrá casos en que la demora será anual o mayor aun y otros en que, siendo menor de un año, la acumulación de las fracciones mensuales se acerque al 20 % anual.

II. — SANCIONES CONMINATORIAS

En la legislación nacional no se conocen otras sanciones conminatorias que no sean las del artículo 666 bis del Código Civil o del artículo 37 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Dice el citado artículo del Código Civil: "Los jueces podrán imponer, en beneficio del titular del derecho, condenas conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplieran deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien deba satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto o reajustadas si aquél desiste su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

Se trata de las conocidas "astreintes" de aplicación constante en el derecho francés y también admitidas por la jurisprudencia nacional como una pena no autorizada por la ley, hasta que en virtud de la reforma de la ley 17.711 se incorporaron al Código Civil en su citado artículo 666 bis con el nombre de "condenas conminatorias" o "sanciones conminatorias",

Como puede verse fácilmente y sin necesidad de profundizar el análisis, nuestras "astreintes" no constituyen

una pena civil, porque la pena tiene carácter fijo y definitivo y el cumplimiento posterior no la deja sin efecto, lo que sí prevé el artículo 666 bis. Las "astreintes", en cambio, son provisorias y cumplida la obligación ellas dejan de ser ejecutables. Como dice Borda (*Tratado de derecho civil argentino*, Obligaciones, t. I, pág. 50): "no son una sanción por el incumplimiento sino un medio destinado a lograr el cumplimiento".

No son tampoco una indemnización de daños, porque ésta debe fijar definitivamente el daño sufrido mientras que las "astreintes" son provisorias, aumentan con el transcurso del tiempo y pueden ser alteradas por los jueces; precisamente, porque la indemnización de daños es resarcitoria y las "astreintes" son conminatorias (a hacer o dar algo).

Como concluye Borda (obra y página citada), las "astreintes" son una medida de coerción destinada a presionar sobre el deudor para obtener el pago de la obligación. Agrega que "tienen una naturaleza propia, singular, que se resiste a ser encuadrada en otras multas".

Lo fundamental, además de su naturaleza jurídica, está en señalar que son sanciones aplicables por los jueces como consecuencia del no cumplimiento de un deber jurídico factible impuesto en una resolución judicial, que suponen en el deudor una resistencia a cumplir la condena.

Además, las "astreintes" se aplican en beneficio del acreedor que puede pedir o no que sean aplicables.

En cuanto se refiere a las sanciones condenatorias del Código Procesal, dice su artículo 37 que "Los jueces y tribunales podrán imponer sanciones pecuniarias y progresivas tendientes a que las partes cumplan sus mandatos, cuyo importe será a favor del litigante perjudicado por su incumplimiento. Podrán aplicarse sanciones conminatorias a terceros, en los casos en que la ley lo establece. Las condenas se graduarán en proporción al caudal económico de quien debe satisfacerlas y podrán ser dejadas sin efecto, o ser objeto de reajuste, si aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder".

Como resulta de su lectura, estas sanciones conminatorias procesales no son sino la aplicación en este orden de las "astreintes" que prevé el artículo 666 bis del Código Civil que he analizado anteriormente, valiendo para ellas las observaciones formuladas para aquéllas.

De la sucinta explicación de esta figura de las sanciones conminatorias civiles y procesales, resulta que no son en estricto derecho "sanciones conminatorias" las previstas en el artículo 28 de la ley 20.643.

No existe en ningún otro orden de la legislación nacional —incluida la comercial y fiscal en particular— figura alguna que corresponda al concepto de "sanción conminatoria", cuya tipificación pudiera permitir encuadrar en ella la sanción prevista en el citado artículo 28.

Me inclino a considerar que la mención legal hecha en la ley que nos ocupa es producto de un inadvertido error legislativo, que debió limitarse meramente a la palabra "sanción" o "pena".

Tratándose del pago de una suma de dinero (20 % del valor de la acción) por no haber cumplido en término con una obligación legal (convertir las acciones al portador en nominativas no endosables), sin duda alguna la sanción configura una pena de multa atento al reiterado concepto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que refiriéndose a las infracciones previstas por leyes especiales ha distinguido reiteradamente las *multas de carácter penal* y las de *carácter reparatorio,* diciendo que las primeras tienden a prevenir y reprimir la violación de las disposiciones legales y las segundas a indemnizar el daño causado por la infracción (Fallos: t. 192, pág. 229; t. 201, pág. 378; t. 201 pág. 428; t. 202, págs. 476 y 513).

La esencia de la pena de multa, sea del derecho penal común, sea del derecho penal administrativo, es ser retributiva y, por consiguiente, penal, porque se impone por el solo hecho de haberse cometido el delito o la infracción y no porque alguien necesite que se le repare el daño patrimonial que ha sufrido.

En nuestro caso se trata de una multa que como no va en beneficio de las partes (sociedad y accionista) no tiende a resarcir a ninguno de ellos de perjuicio alguno, sino que es procedente por el solo incumplimiento de la ley, como sanción de orden público, retributiva de un bien jurídico lesionado (el interés público que el Estado tutela en el caso), y es por ello que el beneficiario de la multa —al igual que las que establece la legislación penal o especial— es el Estado, particularizado en el caso en uno de sus entes administrativos, la Dirección General Impositiva, que se ha atribuido el recurso penal con afectación específica, quizás no sólo para allegar un recurso más a las deficitarias arcas estatales, sino, además, porque es por razones fiscales que fundamentalmente se ha declarado obligatoria la nominatividad de las acciones a fin de facilitar el control fiscal. Como bien dice Núñez: "El destino que la ley dé a la multa no le quita su carácter de pena pues éste depende de la razón de la imposición y no del destino del dinero" (*Tratado de derecho penal*, reimpresión 1978, t. II, pág. 417).

Resumiendo lo que antecede concluyo en que la "sanción conminatoria" del artículo 28 de la ley 20.643, no es tal en el concepto jurídico con que se la conoce, sino una sanción de multa de carácter penal especial, atento a su carácter de retributiva (en el sentido penal retribución significa la satisfacción debida a la sociedad por la violación a un bien jurídico tutelado, que no debe confundirse con el concepto resarcitorio o compensatorio del daño en el derecho civil). Supone también una *intimidación* (Núñez).

Más allá de esta discusión doctrinaria acerca del acierto o error en la denominación empleada en la ley o de su naturaleza jurídica, voy a continuación a examinar los problemas concretos y prácticos que derivan del artículo 28.

III. – LA BASE DE LA SANCIÓN

Como dice el artículo 28 de la ley 20.643, tratándose de acciones cotizables, la sanción del 20 % se aplicará sobre el valor de cotización o el valor contable, el que fuere mayor. El tomar como base para la aplicación de la sanción el valor contable en acciones cotizables presenta en la realidad actual de nuestro mercado bursátil situaciones que, más allá de sus implicancias jurídicas, producen alarma en el mercado inversor.

Para demostrar esta afirmación he preparado un cuadro –que lamentablemente no puedo exhibir porque los precarios medios con que cuenta la Academia no nos permiten tener un aparato de proyección de diapositivas– sobre la base de la situación que se presenta con relación a trece empresas líderes que cotizan en Bolsa escogidas al efecto. De las empresas elegidas he tomado los respectivos valores de sus acciones, calculando en todos los casos una tenencia de 100 acciones, aplicando sobre ellas el 20 % sobre su valor contable para determinar el importe de la sanción de la ley 20.643. Simultáneamente, tomé el valor de cotización de dichas 100 acciones de tales empresas al día 12 de marzo de 1986, fecha arbitraria que he elegido por el único motivo de ser la que corresponde al momento en que preparé el trabajo y, finalmente, hago la proporción de cuánto representa la sanción del 20 % calculada sobre el valor contable en relación con el valor de cotización de las 100 acciones elegidas.

Así, por ejemplo, el caso máximo se verifica en "Ingenio San Martín del Tabacal S.A.", que con un valor de libros al cierre del último ejercicio de australes 30 por acción, tiene una cotización al 12 de marzo último de australes 2,78, de modo tal que aplicando el 20 % sobre el valor contable de 100 acciones resulta una sanción de australes 600, que es un 215,8 % superior al valor de cotización de esas acciones, que es de australes 2,78. Resulta así que, paradójicamente, le será más económico al tenedor

de las mencionadas 100 acciones anularlas o perderlas que pagar la sanción que establece la ley. En otros términos, una sola de las sanciones anuales le ha absorbido la totalidad del capital accionario.

Del cuadro preparado resulta que después de la empresa señalada, aparece el caso de "Celulosa Argentina S.A." en que la multa sobre el valor contable representa el 204,8 por ciento del valor de cotización. Para "Ingenio Ledesma S.A." la relación es del 111,1 % en más para la sanción sobre el valor contable en relación al valor de cotización. Luego vienen tres empresas, "Nobleza Piccardo", "Renault" y "Siderca" en que la relación está entre el 70 % y el 80 % del valor de cotización. Cinco otras empresas —"Astra", "Atanor", "Ipako", "Molinos Río de la Plata" y "Pérez Companc"— arrojan una relación entre el 40 % y el 50 % del valor de cotización absorbido por la multa aplicada sobre el valor de libros.

En todos los casos que he analizado resulta que nos encontramos frente a una multa que absorbe en unos ejemplos la totalidad del capital y, en otros, parte considerable del mismo. En todos ellos, la parte del capital accionario, según valor de cotización bursátil, que absorbe la sanción de la ley 20.643 es siempre superior al 33 % de dicho capital, porcentaje aceptado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como límite de los impuestos sobre el capital para considerar a los mismos confiscatorios.

Obviamente, si el capital no es absorbido en su totalidad con la multa de un año, lo será sin duda con la repetición de la multa en los dos o tres años siguientes, de manera tal que la aplicación del régimen por no convertibilidad de los títulos valores al portador en nominativos no endosables conduce a la desaparición del capital accionario.

A esta altura corresponde analizar en vista al ulterior examen de la confiscatoriedad del capital por la sanción aplicable, qué se entiende por capital accionario.

Comencemos por recordar que estamos ocupándonos exclusivamente de acciones que cotizan en bolsas o merca-

dos de valores y que en tal situación las acciones pueden tener tres valores distintos: el que para el accionista representa su costo actualizado con los coeficientes que suministra el Instituto Nacional de Estadística y Censos para actualizar los valores depreciados por la constante inflacionaria. Un segundo valor es el que surge de los libros de la sociedad y que se refleja dividiendo el patrimonio neto que resulta del último balance cerrado y aprobado por el número de acciones en circulación, que es el que he tomado como valor contable. Un tercer valor es el que resulta de la cotización bursátil.

Tratándose de paquetes de acciones minoritarios, el valor real de la acción para el accionista es indudablemente el que resulta de su cotización bursátil, porque es el valor de su efectiva negociación en plaza; el valor al que sabe que puede vender en el día. Para él no cuenta el valor contable porque es una valuación a la que no corresponderá demanda alguna en el mercado bursátil o extrabursátil, pues nadie paga por una acción cotizable más del valor por el cual puede adquirirla en la bolsa o mercado de valores. La misma legislación impositiva al determinar la valuación de las acciones para su cómputo en el patrimonio neto del contribuyente establece que ellas se tomarán al valor de cotización bursátil (artículo 6º, inc. c], ley 21.282, t.o. 1977, modificada por la ley 23.297).

Si, en cambio, se tratare de paquetes de acciones mayoritarios, que ejercen el control económico de la sociedad y pueden, por ende, de alguna forma influir en las cotizaciones bursátiles —aumentando la oferta o la demanda según su interés— y tienen además, el acceso a los derechos políticos que de las acciones emergen —control de asambleas, participación en el directorio, etc.— resulta que el valor de tales acciones es siempre superior al bursátil por las razones señaladas y, más aun, porque la venta de un paquete mayoritario, en cuanto significa el acceso al manejo político y económico de una sociedad anónima, tiene un valor que no sólo excede de la cotización bursátil de una unidad accio-

naria, sino que quizás puede ser superior al valor contable porque comprende determinados valores intangibles (v. gr la llave del negocio) que no están incluidos en el patrimonio neto.

IV. – LA INCONSTITUCIONALIDAD POR CONFISCATORIEDAD

Es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las multas —especialmente las penales y tributarias que tienen ese carácter— no son confiscatorias. Ha dicho que "las multas impositivas tienen carácter penal y que en tales condiciones, la circunstancia de que el capital del recurrente sea reducido y no cubra el importe de la multa de diez tantos el impuesto cuya defraudación motiva la causa, no autoriza a concluir que la sanción referida contraríe la garantía de la propiedad que aquél invoca" (Fallos, t. 200, pág. 101).

Sostiene el Alto Tribunal en otra causa: "Nada obliga a proporcionar la multa con el daño sufrido. Su único recaudo es la existencia de una violación de la ley. Las multas son sanciones ejemplarizadoras e intimidatorias indispensables para lograr el acatamiento de las leyes" (Fallos, t. 177 pág. 366).

Decidió la Corte en otro litigio que: "Siendo voluntaria la infracción, conocida previamente la sanción, las multas están sometidas a otros principios que los impuestos y no pueden invocarse a su respecto las consideraciones que haya hecho la Corte en cuanto ha declarado confiscatorios algunos de éstos" (Fallos, tomo 192, pág. 418).

Sin embargo, ha dicho la Corte Suprema de Justicia en otro fallo (Fallos, t. 203, pág. 78) que: "En principio la graduación de la multa en relación con la naturaleza y circunstancias de la infracción, es materia propia del poder administrador, está librada a su procedencia y no puede ser revisada por los jueces. Pero si alcanza *extremos confiscatorios*

el resguardo del derecho de propiedad hace necesaria la revisión judicial. . ." (esta doctrina ha sido recogida por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la causa "San Carlos S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" ("El Derecho", t. 49, pág. 598).

A pesar de tal corriente jurisprudencial, considero que las multas, no obstante su carácter retributivo o intimidatorio (conceptos que antes he examinado), pueden conllevar a una confiscación de bienes del particular incurso en el incumplimiento.

La garantía de la no confiscación de bienes está establecida en el artículo 17 de la Constitución, entendida como la confiscación represiva o sancionatoria de carácter estrictamente penal que, como dice Joaquín V. González (*Manual de la Constitución*, págs. 130/1) tenía por objeto abolir aquellas formas de confiscación sin indemnización previa o ulterior que "de su carácter de penal para los delitos comunes, pronto fue convertida en medio de venganza o represalia contra los verdaderos o supuestos reos de delitos políticos y convertida en un odioso instrumento de opresión y de injusticia".

La mayoría de la doctrina se inclina a considerar que la confiscación proscripta por el artículo 17 es aquélla que se refiere a la totalidad de los bienes del particular sancionado; pero, sin embargo, Rivarola admite que puede ser de todo o parte de los bienes de una persona (*Diccionario Manual de Instrucción Cívica y Práctica Constitucional Argentina*, pág. 112). He dicho en otra oportunidad que dentro de un criterio amplio podríamos admitir que existe la confiscación como todo aquel desapoderamiento de todo o de parte de los bienes de una persona, violando su derecho de propiedad, lo que sería indudablemente inconstitucional ya que éste está amparado por la garantía del artículo 17, la que sólo se exceptúa por la expropiación por causa de utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada.

Considero, por las razones sumariamente pretranscriptas, que una multa penal, esto es, retributiva e intimidato-

ria, no puede llegar a privar al particular de la totalidad de sus bienes, entendido este concepto de totalidad como referido a la especie de los bienes que integran una universalidad singular, como sería en el caso el patrimonio accionario de una persona jurídica o individual.

Además, si la mal llamada sanción conminatoria del 20 % anual tiene por objeto penalizar al accionista que no convierte a su debido tiempo sus títulos al portador en nominativos no endosables, a más de las muchas razones justificadas por las que no pudo haberlo hecho y que podrían ser suficientes para eximirlo de esa sanción o, lo que es lo mismo, tener por justificado su incumplimiento o tardío cumplimiento, no puede justificarse que por el solo vencimiento del plazo esa sanción, que pretende ser del 20 % del valor del bien sobre el que recae la obligación sustantiva de transformar el título que lo representa y sobre el que habrá de recaer la sanción por el incumplimiento, sea en la práctica confiscatoria del mismo, al extremo que exceda de su valor venal.

Fundamentos de lógica jurídica, acompañada de principios de equidad y de la razonabilidad como criterio o pauta de justicia de la ley (materia a la que me referiré detenidamente más adelante) conducen a considerar que la sanción es confiscatoria en tales casos y, por ende, sería procedente el planteo de su inconstitucionalidad. Mayores desarrollos podrían hacerse de este argumento, pero creo que lo que antecede resume escuetamente los conceptos básicos para sustentarlo.

Para quienes consideran que la mal llamada "sanción conminatoria" es una sanción civil y no penal (tema discutible), será más fácil el planteo de la confiscatoriedad, porque en aquel supuesto desaparece el carácter retributivo o intimidatorio de la pena, ante el cual la jurisprudencia mayoritaria considera que la confiscación patrimonial no es un límite garantizado por la Constitución.

V. – LA INCONSTITUCIONALIDAD POR IRRAZONABILIDAD

Juan Francisco Linares en su libro *Razonabilidad de las leyes* entiende por razonabilidad varias significaciones: en la técnica, cuando se habla de medios razonables para obtener determinado fin; o sea, *una cierta racional adecuación de medio a fines.* En la axiológica, cuando se busca el fundamento de los valores específicos del plexo axiológico: solidaridad, cooperación, poder, paz, seguridad y se lo halla en el valor de totalidad llamado *justicia.* En la ciencia del derecho, cuando se busca la razón suficiente de una conducta compartida por esa razón, que puede ser de esencia cuando la conducta se funda en una norma jurídica; de existencia cuando el fundamento es el mero hecho de que el comportamiento jurídico se da; y de virtud cuando tiene fundamento de justicia (pág. 108).

En sentido estricto sostiene dicho autor que por razonable sólo se entiende el fundamento de virtud o de justicia del derecho.

Linares Quintana considera que "la justicia es el fundamento intrínseco del derecho, lo razonable es el módulo medida o dosificación del ejercicio de un derecho frente a otro cuya extensión no siempre aparece definida" (*Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* 1ª edición, tomo 3 pág. 370).

Bidart Campos sostiene que "Lo razonable es lo ajustado a la Constitución, no tanto a su letra cuanto a su espíritu; *y lo irrazonable es lo que conculca a la Constitución*; en último término, lo inconstitucional" (*Derecho constitucional,* tomo 1, pág. 229).

El constitucionalista últimamente citado nos da ejemplos claros para concretar el principio, diciendo que es razonable que a quien comete un homicdio se le aplique pena de veinticinco años de prisión, pero que no lo es que a quien infrinja una ordenanza en las calles se lo someta a idéntica sanción. Sería también razonable que en una época de epi-

demias contagiosas se clausuren los lugares públicos, pero no lo es que se cierren las iglesias y se dejen abiertos los cinematógrafos

En términos concretos la razonabilidad consiste en la adecuada proporción o relación entre el fin perseguido por la ley y el medio elegido para concretarlo. Cuando la norma jurídica (medio) es desproporcionada en relación al fin que ella persigue se convierte en irrazonable y, por ende, inconstitucional.

La Corte Suprema en todos los tiempos ha reconocido que la razonabilidad es no sólo el criterio para la interpretación de la ley, sino también fundamento intrínseco de la misma, que hace a su esencia, y que al fallar, la convierte en inconstitucional.

En la causa "Canale vs. Provincia de Mendoza", fallada en el año 1913, dijo: "Si bien los tribunales no están llamados a examinar la oportunidad y conveniencia de las medidas legislativas o administrativas tendientes a proteger la salud pública, es incuestionable que de acuerdo con los artículos 14, 17, 19, 20 y 28 de la Constitución Nacional la doctrina y la jurisprudencia, pueden resolver en circunstancias extraordinarias de manifiesto e insalvable conflicto entre aquéllas y la Ley Fundamental, *que las mismas no tienen relación con sus fines aparentes y que han desconocido con ella, innecesaria e injustificadamente, derechos primordiales que el poder judicial debe amparar*" (*Fallos*, t. 118, pág. 278).

En un caso en que se exigió para acogerse a la jubilación ordinaria que el afiliado la solicitara mientras se encontraba en actividad, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la norma legal que así lo requería (art. 13 de la ley 14.397), sosteniendo que es carente de razonabilidad legislativa la limitación al ejercicio del derecho a obtener la jubilación ("López Villanueva Manuel" en "El Derecho", tomo 6, pág. 561).

En su actual integración, en la causa "Nordensthol Gustavo vs. Subterráneos de Buenos Aires", sostuvo la Corte

que: "Las grandes metas de las políticas del Estado están fijadas en el Preámbulo de la Constitución y la acción del poder político estatal para lograr esas metas no es revisable judicialmente en cuanto decisión política; pero como ésta necesariamente, debe instrumentarse mediante normas jurídicas —'ubi societas ibi ius'— y, bajo este aspecto, cabe la valoración judicial de los medios empleados, ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional" ("El Derecho" del 27/6/85, sumario Nº 282).

En la causa "Flores María y otros c/Argentina Televisora Color", fallada en junio de 1985, decidió que: "Las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan concurrencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con la Ley Fundamental" ("El Derecho" del 6/9/85, sumario Nº 849).

En el mismo mes y año, in re "Antequera Alberto c/ Encotel", dijo: "Si bien la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como 'ultima ratio' del orden jurídico, las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resulten irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitren no se adecuen a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad, y el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan concurrencia con las reglas constitucionales" ("El Derecho" del 6/9/85, sumario Nº 850).

Aplicando estos principios de la ciencia jurídica respaldados por la jurisprudencia del Alto Tribunal de la Nación —en todos los tiempos, como antes dijera— a la norma

del art. 28 de la ley 20.643 que instituye una sanción del veinte por ciento anual sobre el valor contable o de libros de la acción al portador cuando su tenedor no la haya convertido antes del 30/4/86 en título nominativo no endosable, corresponde examinar si esa sanción es razonable o irrazonable.

Para no extenderme nuevamente en consideraciones que anteceden, me remito en cuanto a los hechos, o sea, a los efectos prácticos de la aplicación de la sanción, a los ejemplos dados. Ellos son suficiente demostración de que la sanción que en una sola anualidad absorbe más del ciento por ciento del valor de cotización de la acción, convirtiéndola en un título despreciable, o cuando en un solo período absorbe porcentajes que oscilan entre el cuarenta y el ochenta por ciento que harían que en dos períodos anuales valga más anular la acción que dar cumplimiento a la sanción, amén de ser confiscatoria como queda analizado, es irrazonable en cuanto el fin perseguido por el legislador, que es el de sancionar al accionista que deja de cumplir con la convertibilidad, llega por la vía elegida (la sanción) a privarlo en su totalidad o en parte sustancial del bien objeto de la regulación normativa.

No me cabe duda de que estamos frente a un caso evidente de falta de proporcionalidad entre el fin perseguido por la ley y el medio utilizado para cumplirlo, porque el fin ya señalado, no puede querer —respetando el presupuesto axiológico de justicia— absorber la totalidad o parte sustancial del valor de la acción, por medio de lo que pretende ser una multa porcentual intimidatoria por el incumplimiento de la convertibilidad, tendiente a inducir al accionista a efectivizarla en término, o, cuando menos, en los períodos inmediatos a la fecha del vencimiento.

Repito, que quien —sin posibilidad legal de justificar las razones de su incumplimiento o cumplimiento tardío— tenga que pagar el veinte por ciento del valor contable de la acción en los ejemplos que nos ilustran, está inducido

por conducto de esa penalidad a destruir o anular su valor accionario.

Esta limitación, por vía de la sanción, al derecho de propiedad del accionista, por no dar cumplimiento a una disposición legal reglamentaria de su derecho de propiedad hace aplicable conceptos que sostuviera en otra oportunidad: "La relación entre la restricción del derecho individual y el bienestar general o bien común, está dada por la razonabilidad de aquélla, que es la que nos da los límites de su constitucionalidad o inconstitucionalidad. Cuando esa reglamentación altera, conculca o anula los derechos individuales en función de valores no suficientemente superiores ni fundados en el bienestar general o bien común, excepcional y transitorio, o que de otra manera se evidencie una desproporción o falta de relación adecuada y lógica entre el fin perseguido por la norma y el medio elegido para concretarla, esa alteración es inconstitucional, pues cae bajo la sanción del artículo 28 de la Constitución Nacional (que dice que las declaraciones, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reblamentan su ejercicio") (García Belsunce, *Garantías Constitucionales*, Depalma, 1984, pág. 113).

VI. — CONCLUSIONES

Frente a casos como los expuestos que resultan de aplicar la sanción del artículo 28 de la ley 20.643 sobre un valor contable de los títulos valores que es notoriamente superior al de su cotización bursátil, considero:

a) Que la sanción es *confiscatoria* y, por ende, violatoria del derecho de propiedad protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional;

b) Que en los mismos supuestos la sanción es inconstitucional por *irrazonable* conforme al concepto doctrinario y jurisprudencial de este parámetro sustancial y axiológico de las leyes.

EL DERECHO DE RESPUESTA

Conferencia pronunciada por el académico Dr. Jorge M. Mayer en la sesión pública realizada el 14 de agosto de 1986

Palabras de apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía

Es propósito de nuestra Academia ahondar y difundir las labores que cumple con sujeción a las disposiciones de su Estatuto. A esa preocupación responde el registro de comunicaciones en cada una de sus sesiones privadas, seguidas siempre de animado debate, y la realización de actos públicos, referidos especialmente a temas de actualidad, dentro de los cuales se inscribe el de hoy, que estará a cargo de nuestro académico de número, el Dr. Jorge Mayer.

No haré, por cierto, su presentación ante este culto auditorio, ni recordaré la larga serie de sus publicaciones, siempre recomendables por su autenticidad, por la riqueza en la información y la concreción en los términos.

Es su intención referirse al tan difundido e interesante asunto del "derecho de réplica", íntimamente vinculado a la libertad y difusión del pensamiento y también al indeclinable derecho a la información veraz, propia de una concepción republicana de gobierno. No sin advertir que él ha preferido la fórmula "derecho de respuesta" ("droit de réponse" de los juristas franceses), tal vez con la inquietud semántica que nos lleva a especular, en nuestro idioma, con cuatro voces conexas pero de distinta estimación jurídica como son *aclarar, rectificar, responder* y *replicar,* cuando se valora el juicio ajeno. Porque no hay duda de que *aclarar* es quitar lo

que desluce, ofusca u oscurece la claridad o transparencia de algún juicio; *rectificar* es reducir a su pertinente exactitud y certeza dichos o hechos que se atribuyen a una persona; *responder* es contestar, dar satisfacción a lo que se pregunta, asigna o propone; y *replicar* es contradecir, refutar, repulsar, argüir en contra de lo que se adjudica indebidamente al prójimo.

Con su ahincada prolijidad de investigador, el Dr. Mayer, que tanto tiempo ha invertido en esclarecer los méritos de Juan Bautista Alberdi y bucear en los términos exactos de nuestra Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia, seguramente dará respuesta personal y enjundiosa a la inquietud de muchos.

Ansío, como vosotros, escucharlo cuanto antes, de modo que pongo fin a esta breve disquisición de apertura y le cedo ya la palabra.

EL DERECHO DE RESPUESTA

He tenido en estos meses, la satisfacción de ver dos viejas propuestas mías aparecer ante las candilejas, como las semillas que germinan después de las tormentas. En el año 1944 publiqué entre las investigaciones del Seminario de la Facultad de Derecho, un estudio sobre *El derecho público de prensa,* donde exponía los fundamentos del derecho de respuesta (p. 65 y 426) y el 3 de julio de 1969 pronuncié una conferencia, en esta Academia sobre "El problema de la capital, pasado, presente y futuro", donde sugería su traslado al centro geográfico del país.

En medio de las tribulaciones que debemos soportar en estos días, es un aliciente advertir que los trabajos, que se realizan silenciosamente, lejos de los ámbitos oficiales, pueden tener a veces un eco favorable.

Proponía así hace más de 40 años, que se otorgara a las personas privadas el derecho de respuesta, como un medio de sosegar los excesos que perpetraban tantos periódicos exaltados por la guerra europea de 1939 y de reemplazar los adjetivos por razones, antes de que iniciáramos aquí otra pequeña batalla, por nuestra cuenta.

Es sabido que el artículo 14 de la Constitución establece que todos los habitantes gozan del derecho de publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa y que en el año 1860, por la fuerza de conocidos factores políticos, se votó el am-

biguo artículo 32 que dice: "el Congreso no podrá dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa o establezcan para ella la jurisdicción federal", con el propósito de permitir a la prensa sediciosa de Buenos Aires, continuar impunemente su campaña de agravios contra los hombres del Paraná (Mayer, *Alberdi y su tiempo*, 570, 574, 584, 760, 764).

Pero el derecho de prensa, aunque de fundamental importancia, para defender los valores esenciales del Estado y de la sociedad, no es sagrado ni ilimitado y se detiene ante los derechos de las personas a su buen nombre. El artículo 18 de la Constitución declara inviolable la defensa en jucio y el artículo 19 dispone que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios.

Por su parte, el artículo 1071 del Código Civil anota que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. El Código Penal en el artículo 114 advierte que si la injuria o la calumnia se hubiera propagado por medio de la prensa, el Tribunal podrá ordenar a los editores culpables, que inserten en los respectivos periódicos la sentencia y la ley 11.723, del 30 de septiembre de 1933, protege además la propiedad intelectual de las obras literarias, musicales, artísticas y científicas, las cartas y los retratos fotográficos (artículos 31 y 32).

La ley 21.173 del 15 de octubre de 1975 ("Anales" 1975-D-3595) incorporada al artículo 1071 del Código Civil, para defender el derecho a la intimidad, previene que quien se injiera arbitrariamente en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a pagar una indemnización y a publicar la sentencia.

El problema constitucional es claro, en este caso entran en colisión dos normas: la primera, el derecho de publicar las ideas, obsérvese bien que el texto sólo se refiere a las ideas y no a los esperpentos, y la segunda, el derecho de las personas privadas a disfrutar de su buen nombre; y es evi-

dente que cuando la primera norma entra en el círculo trazado por la segunda, sin motivo legítimo, comete una transgresión que debe ser reprimida en bien de la paz social.

Debe señalarse concretamente que el derecho de respuesta nace de la intromisión de la prensa en el ámbito privado de las personas y es la consecuencia de un acto previo y gratuito del periódico y que si éste no se hubiera lanzado a esa incursión, en un terreno que le era vedado, no habría aparecido, como el efecto de una causa, el derecho de respuesta.

Claro que en esta materia caben dos actitudes, la primera más común que mueve instintivamente a rebatir con indignación cualquier imputación molesta y la segunda que aconsejaba con más experiencia Talleyrand, "ne demantait jamais" porque el tiempo disipa rápidamente las calumnias y las respuestas tienden a darles una mayor difusión.

Tampoco los periódicos son siempre venerables apóstoles, porque de todo hay en las viñas del Señor, existe una prensa seria, otra sensacionalista y finalmente los libelos estrepitosos, impulsados por el lucro y algunas veces por el sectarismo.

La libertad de prensa, tan importante en el orden institucional y en el orden científico, no es ni nunca ha sido por consiguiente intangible.

Blackstone en sus *Comentaries on the lays of England* (1825, p. 150), enseña que "todo hombre libre tiene un derecho incuestionable de exponer ante el público los sentimientos que le agraden, prohibirlo sería destruir la libertad de prensa. Pero si publica lo que es impropio, dañino e ilegal, debe sufrir las consecuencias de su propia temeridad".

De Lolme en su obra *The Constitution of England* (1834 p. 254), observa que el derecho de prensa no incluye el derecho de calumniar y ennegrecer a cualquier persona, porque "las mismas leyes que protegen a la persona y a la propiedad de un ciudadano protegen su reputación".

Story (t. II, p. 667) y más tarde Cooley (t. II, p. 883) y Chaffee (1941, 13, 376), señalan que el derecho de prensa

no llega hasta permitir a los periódicos "el derecho absoluto de escribir o de imprimir lo que desean, sin ninguna responsabilidad pública o privada, porque ésta es una pretensión tan absurda que no puede ser sostenida seriamente".

El Juez Holmes en un famoso fallo (Scheneck-v-United States 249 U. S. 47), advirtió que la libertad de expresión no autoriza a una persona a que grite sin motivo, que ha estallado el fuego, en un teatro colmado de espectadores.

La misma doctrina difundieron los grandes juristas franceses. La libertad de prensa propuesta por Mirabeau fue sancionada por los Estados Generales el 24 de agosto de 1789 (Mayer, *El derecho público de prensa*, 1944, p. 63). Pero se agregó que esa libertad, como todas las libertades, tenía su límite en la libertad de los demás, "no hay derecho contra el derecho".

Benjamin Constant, el brillante representante del liberalismo y defensor del derecho de prensa, en los años complejos de la Restauración, afirmaba que el derecho de prensa era esencial para la seguridad del pueblo, la defensa de los oprimidos, la debida información de los gobernantes, una buena administración y el progreso de la cultura (Constant, *Obras Completas*, La Pleiade, 1957, p. 1274, 1369, 1382). Repudiaba elocuentemente la censura entonces general (p. 1256, 1284, 1376) y sostenía que los delitos cometidos por medio de la prensa debían ser juzgados bajo el régimen de los Jurados (p. 1209), porque la libertad de prensa no implicaba abrir la puerta a los rencores y a las imposturas. Condenaba igualmente toda referencia a la vida privada de las personas o de su familia y proponía que se aplicara a los periódicos una severa multa, por cada una de las veces que mencionaran el nombre de una persona, sin su permiso (p. 1270, 1330, 376). Pedía que se adoptara el derecho de respuesta porque no se podía atacar o ridiculizar a una persona "garroté", sin reconocérsele el derecho de defenderse (p. 1273, 1293, 1332, 1369) y se despojara por añadidura al público del derecho a estar plenamente informado de la naturaleza de los sucesos incriminados.

La creación más original de la legislación francesa ha sido el derecho de respuesta, implantado por la ley del 25 de marzo de 1822, y confirmado por las leyes del 29 de julio de 1881 y del 29 de septiembre de 1919. Este derecho puede ser ejercido por las personas privadas o por los funcionarios. Cuando es ejercido por las personas privadas lleva el nombre de derecho de respuesta y cuando es ejercido por los funcionarios el nombre de derecho de réplica. El diputado Mestadie en la sesión del 1º de febrero de 1822, fundamentaba esta institución, en los siguientes términos:

> "El procedimiento más satisfactorio para el hombre honesto, ya sea funcionario o no y el antídoto más eficaz contra un veneno cuyo efecto es rápido, es el de poder rechazar el ultraje, empleando las mismas armas y disipar así las sospechas, en el espíritu de las personas que han leído el artículo que lo ha herido. Muy a menudo un simple desmentido, una simple explicación bastarán al hombre ofendido, sin necesidad de recurrir a la justicia, recurso que muchas veces es peor que el daño que ha padecido."

Portalis, al exponer los fundamentos de este derecho en la Cámara de los Pares, en la sesión del 27 de febrero agregaba:

> "El artículo 11 asegura a toda persona que ha sido nombrada o designada en un diario, el derecho de hacer insertar su respuesta. Este derecho está basado en las reglas de la más exacta justicia. Los periódicos sólo hablan a un sector de la opinión. Los lectores de una hoja no son generalmente los lectores de otra y por consiguiente la publicación se convertiría en un medio de opresión si se permitiera que se pudiera atacar la reputación de un ciudadano, sin que pueda defenderse en el mismo terreno de su agresor."

Los juristas franceses basan de esta manera el derecho de respuesta principalmente en el derecho de defensa que no puede ser negado a ninguna persona, en cualquier campo que sea.

La ley del 9 de junio de 1919, autorizó a los funcionarios titulares "de una autoridad pública" y únicamente a éstos, a emplear el derecho de réplica, pero en forma muy restringida y sólo para rectificar un hecho material o una cifra inexacta, puesto que por su naturaleza democrática, no disfrutan del derecho de privacidad. Al contrario, su conducta está sujeta a un examen minucioso y a la crítica de los ciudadanos, tanto más que tienen a su disposición los llamados "comunicados oficiales" para justificarse.

La literatura francesa es ilustrativa y convincente (ver Fabreguette, *Traité des infractions de la parole, de l'escriture et de la presse*, 1884, t. I, 194, t. II, 291; Le Poittevin, *Traité de la presse, reglamentation de l'imprimerie, de la librairie et de la presse periodique*, 1902, t. I, 119; Robert Vautard, *De la nature et de l'étandue du droit de réponse en matiére de presse*, 1925).

Duguit en su conocido *Tratado de Derecho Constitucional* (1925, vol. V, p. 411), considera que el derecho de respuesta es esencial para salvar el respeto entre los ciudadanos y un arma eficaz contra las indiscreciones o las imputaciones mentirosas de la prensa mercenaria.

Gerard Biolley en su obra *Le droit de réponse en matiére de presse* (1963), recuerda que este régimen, se aplica actualmente en numerosos países como Francia, Italia, Bélgica, Alemania Occidental, Austria, España, algunos Cantones suizos, Portugal, Bolivia, Perú, Brasil, Turquía, Yugoslavia, Japón y el estado de Nevada. Enseña que tiene tres objetos: el primero mantener el respeto entre las personas, segundo preservar su derecho de defensa y el tercero permitir al público conocer la verdad. La respuesta debe relacionarse directamente con el artículo cuestionado y su estilo respetar las buenas maneras, no agraviar el honor del periodista ni atacar a terceros.

Este procedimiento es más flexible cuando se trata de las críticas sobre arte o literatura, porque en estos casos, se acusa a una cosa y no a una persona.

El derecho de respuesta puede ejercerse simultáneamente con las acciones de injurias o calumnias, porque tiene un fin distinto. El trámite es sumarísimo, si el periódico no publica la respuesta en un plazo de tres días, el agraviado puede recurrir al Juez en lo Correccional y éste debe pronunciarse en el término de 10 días. Si la negativa del director del periódico no hubiera sido justificada, le ordenará que efectúe la publicación y le podrá aplicar una pena de detención por 6 días y una fuerte multa, que es apelable pero sin efecto suspensivo.

Este procedimiento largamente experimentado, brinda considerables ventajas, puesto que permite refutar rápidamente cualquier imputación, en el mismo lugar en que ha sido formulada, sin recurrir a un juicio prolongado e incierto y esclarecer la opinión pública.

Las acciones de injuria del artículo 110 y de calumnia del artículo 109 del Código Penal han resultado en la práctica insuficientes.

1º) Porque estos procesos insumen varios años y cuando llega la sentencia final, la mayor parte del público ha olvidado su origen.

2º) Porque son inseguros, ya que las figuras de estos delitos son estrictas y suelen escapar al castigo las referencias insidiosas, confusas o dubitativas hábilmente redactadas.

3º) Porque son juicios costosos y sólo pueden promoverlos personas de bastantes recursos.

En cambio el derecho de respuesta es breve, sencillo y eficaz, comprende un abanico de abusos más amplio y permite reivindicar la verdad a poco costo.

Se han formado en materia de publicaciones, tres categorías distintas, la primera de orden delictivo que comprende las injurias y las calumnias, la segunda las referencias

inexactas o satíricas que mortifican la reputación de una persona sin llegar a ser una injuria y la tercera, desenvuelta en estos últimos años, que comprende las referencias a la vida privada, vedadas aunque sean inocuas (Mayer, *El Derecho Público de Prensa*, 398).

La doctrina de la inmunidad de la vida privada, no rige para los hombres de Estado y los políticos, porque sus funciones son esencialmente públicas. Alberdi en los *Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas en Sud América* (*Escritos Póstumos*, t. X, 590) y también Mariano Moreno (*Doctrina Democrática*, 1915, 116), formula una clara distinción. En el caso de esos personajes, no es posible separar la vida privada de la vida pública, porque la primera es una parte indivisible de la segunda. Sin examinar los cimientos es imposible juzgar la solidez del edificio. No hay dos vidas, como no hay dos morales. Una correcta vida privada es la mejor garantía de la conducta del hombre público. En cambio el funcionario que lleva una vida privada disoluta, que vive acosado por las deudas, que golpea a su mujer y abandona a sus hijos, nunca será un escrupuloso regente de los intereses del Estado.

Las razones de las diferencias son precisas.

1º) Porque los funcionarios no son personas privadas sino públicas, en un régimen democrático son servidores del pueblo y como tales deben someterse a un verdadero examen de rayos X y sufrir sin pestañear las más severas críticas.

Se acabaron los funcionarios de derecho divino, su figura y sus actos deben ser tan cristalinos como el agua y si no les gusta, pueden renunciar.

Lo contrario es puro totalitarismo bajo cualquier etiqueta que se elija.

2º) Porque disponen de poderosos medios de comunicación, que no tienen las personas privadas, para explicar su postura y justificar sus resoluciones, sin necesidad de emplear el derecho de réplica.

La doctrina argentina es similar a la francesa y se abreva en las mismas fuentes. Alberdi escribió en el año 1846, en Valparaíso, un folleto sobre la "Legislación de la prensa en Chile" (*Obras Completas*, t. III, 93), donde declaraba que la mayor innovación moderna en materia de prensa, había sido la supresión de la censura previa, pero esta medida no eximía de castigo a los abusos cometidos en los escritos blasfemos, inmorales, sediciosos o injuriosos.

En sus artículos sobre la "Complicidad de la prensa en las guerras civiles de la República Argentina" (*O. C.*, t. IV, 95), publicados en el año 1853, denunciaba a los gauchos malos de la prensa, que querían imponer un clima de terror en la sociedad, puntualizaba que no era una prueba de talento emplear el lodo en vez de las razones, y que no era lícito asaltar a las familias y violar la intimidad de las casas protegidas por el derecho.

Los mismos principios enseñaban Facundo Zuviría en *La prensa periódica* (1857); Carlos Tejedor en el *Curso de Derecho Criminal* (1860); Nicolás Avellaneda en el estudio sobre *La ley de imprenta* (1867); Osvaldo Piñero en los *Delitos de imprenta* (1886); José Manuel Estrada en el *Curso de Derecho Constitucional* (1895) y Luis V. Varela en la *Historia Constitucional* (1910).

El General Mitre en la Convención de 1860, afirmaba que no se podía elevar el insulto a la categoría de un derecho y Onésimo Leguizamón agregaba en 1876, que la prensa no era un instrumento privilegiado que podía hacer el mal impunemente.

Bielsa, en un agudo artículo titulado "La función de la prensa y el derecho de réplica", que apareció en la Revista del Colegio de Abogados (marzo 1933, t. XI, 79), pone de relieve la fuerza moral y didáctica de la prensa y sus méritos para impulsar la vida institucional y la cultura del país. Pero destaca que en los actuales tiempos, los periódicos se han transformado a menudo en grandes empresas industriales, guiadas por intereses particulares y han llegado a convertirse, bajo los gobiernos totalitarios, en un temible

instrumento de proselitismo y persecución (Alberdi, *E. P.*, t. VIII, 267).

Frente a esas distorsiones califica las normas penales de "inciertas y rudimentarias" y el derecho de respuesta como el único medio eficaz y digno que pueden emplear las personas privadas en su defensa. Este derecho nace de los artículos 18 y 19 de la Constitución y corresponde ante toda información, sobre un hecho objetivamente inexacto o erróneo, sea del punto de vista formal o intelectual, que afecte su honor o buen concepto.

Nuestro distinguido Presidente, el Dr. Marco Aurelio Risolía, expuso en un meduloso análisis titulado *La protección jurídica de la intimidad* (Anales de la Academia, t. XV, 501) del año 1975, que ésta era un escalón más hondo del derecho de la privacidad, su importancia y sus legítimas defensas para el bien de la sociedad y el 22 de mayo último tuvimos el placer de escuchar al Dr. Jorge Bustamante Alsina, su lúcida disertación sobre "La protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del Estado y a las modernas técnicas de la información", donde denunciaba el inquietante panorama que abre en nuestros días los avances inquisitoriales del Estado sobre la vida privada de los ciudadanos, con el empleo de los modernos sistemas de informática.

Estas reflexiones constituyen un excelente respaldo que convalida la facultad de las personas a defender su integridad y su reputación, por medio del ejercicio del derecho de respuesta.

Por su parte la conferencia pronunciada por el Dr. Enrique Ramos Mejía el 26 de junio, reseña las disposiciones que pueden aplicarse para proteger el buen nombre de las personas en la esfera estrictamente penal.

Nuestra historia legislativa recuerda numerosos antecedentes sobre la reglamentación de la prensa, sin referirnos detalladamente a las disposiciones aplicadas antes de la organización constitucional, basta citar el Reglamento del

Deán Funes del 22 de abril de 1811, la ley provincial sancionada el 4 de marzo de 1821, bajo el gobierno del General Martín Rodríguez, el decreto del General San Martín del 1º de octubre de 1821 y las leyes provinciales del 10 de octubre de 1822 y del 8 de mayo de 1828 (Mayer, *El Derecho público de prensa*, 91), para mostrar cuál es la tradición argentina en esta materia.

Posteriormente se adelantaron distintas y valiosas disposiciones para reglamentar el derecho de prensa. El entonces Coronel Mitre, presentó a la Sala porteña el 17 de mayo de 1852 (*Los Debates*, 18 y 19 de mayo), un proyecto de ley "para que la paz no sea turbada y que la mano atrevida del libelista insolente no descorra el velo pudoroso de la familia, arrojando una mirada audaz en el recinto inviolable del hogar".

Unos años después, el diputado José María Cabral en 1863, el Gobernador Adolfo Alsina en 1867, el Presidente Sarmiento en 1870, el diputado Luis V. Varela en 1875, el diputado Vicente Villamayor en 1881, el Presidente Roca y su Ministro Eduardo Wilde en 1886, el diputado Alberto Espil en 1933, el Presidente Ortiz en 1940 (Mayer, *El Derecho público de prensa*, 209, 243), presentaron otros proyectos similares.

Es particularmente ilustrativo, por sus valores doctrinarios, el debate ocurrido en el Senado el año 1934 al considerar el proyecto de ley de "Amparo de la prensa", propuesto por el Senador Matías Sánchez Sorondo.

En el curso de este debate el Senador José Nicolás Matienzo (Senado 1934, II, p. 20, 259), en la sesión del 1º de septiembre, aconsejó que se adoptara en cambio el derecho de respuesta, para obligar a los periódicos a insertar gratuitamente las rectificaciones o respuestas, de aquellas personas que se sentían afectadas en su honor o en su fama por un determinado artículo, porque el derecho de prensa no llegaba hasta permitir las ofensas inconsideradas.

En la misma forma, el Senador Alfredo Palacios (Senado 1934, II, p. 48, 204, 270, 276) objetó en general el pro-

yecto del Senador Sánchez Sorondo, pero apoyó el derecho de respuesta y el Senador Laureano Landaburu (Senado 1934, II, p. 65), recordó que en Francia el derecho de respuesta era una institución centenaria, auspiciada por el Profesor Rafael Bielsa entre nosotros, que había sido recomendada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados en 1932 y "había asegurado la defensa de los intereses particulares, reducido el número de procesos y contribuido a hacer brillar la verdad".

Según el Senador Palacios (204) ridiculizar o cometer una grosería, desmerecer el concepto social, los sentimientos, los hábitos o las creencias podrían no llegar a ser una injuria pero significaban un abuso de los periódicos, que pervierte su misión.

El Ministro de Gobierno de San Luis Reynaldo Pastor propuso el 14 de agosto de 1933, que se sancionara el derecho de respuesta. Poco después la ley Nº 2548 de la Provincia de Santa Fe, del 29 de junio de 1937, adoptó esta institución.

Más cerca nuestro, el Pacto de San José de Costa Rica del 22 de noviembre de 1969, sobre los Derechos Humanos, ratificado por el Congreso el 22 de marzo de 1984 ("Anales"1984-B-1250) prohibió en el artículo 11 las injerencias abusivas o arbitrarias de la prensa en la vida privada de las personas y en el artículo 14 incluyó el derecho de rectificación o respuesta.

La Corte Suprema ha declarado en numerosas oportunidades que el Congreso tiene la facultad de reglamentar el derecho de prensa y que ese derecho no llega hasta permitir que se agravie impunemente al Estado y a las personas.

En los casos Acevedo, FSC, vol. 30, 112; Salon, FSC, vol. 114, 60 y Paz, FSC, vol. 133, 31 declaró que corresponde a las leyes provinciales definir los delitos que se cometen por medio de la prensa y disponer su represión; en los casos Antille, FSC, vol. 119, 231 y Porfilio, FSC, vol. 155, 57 declaró que el artículo 14 de la Constitución sólo prohíbe la cen-

sura previa y que no deben quedar impunes las publicaciones que causen daño a la moral o a la seguridad pública o que afecten la reputación de las personas privadas; en el caso La Provincia, FSC, vol. 167, 121 declaró que deben ser reprimidos la injuria, la calumnia, el desacato y las incitaciones a la rebelión, aunque ocurran en el territorio de una provincia, porque no ha querido entregar inerme al gobierno nacional, ante los ataques disolventes de la prensa; en el caso Riú, FSC, vol. 265, 186 declaró que el derecho a la libre expresión no llegaba hasta permitir que se agraviara impunemente el honor de un particular; en el caso García Mato, FSC, vol. 269, 189 declaró que la libre crítica a los funcionarios por los actos de gobierno es una característica esencial del régimen republicano, pero si se difama o injuria a una persona, si se hace la apología del crimen o se incita a la rebelión, el Estado tiene el derecho de sancionar esos excesos; en el caso Fernández Valdez, FSC, vol. 284, 345 declaró que la prensa debe estar al servicio de la información de la cultura y del afianzamiento de las instituciones y que cuando se ha cometido un delito contra el honor de una persona, se puede ordenar la publicación de la sentencia en un periódico, de mayor circulación, a costa del querellado, para que el ofendido logre la debida reparación; en el caso Colombres, FSC, 295, 215 declaró que la libertad de expresión no es absoluta y puede ser razonablemente reglamentada en el interés público.

La misma doctrina se aplicó en los casos Liendhart c/ Editorial Sarmiento, *El Derecho*, t. 98, 305 y Grondona c/Radio Victoria, *El Derecho*, t. 99, 714.

El 13 de mayo último, la Corte Suprema, en el fallo dictado en el caso Campillay c/La Razón, Crónica y Diario Popular (*El Derecho*, 11 de junio de 1986), a veces criticado, resolvió por tres votos contra dos, que era procedente la demanda de daños y perjuicios entablada por la persona mencionada en un artículo periodístico, como culpable de un delito, del que luego había sido absuelta y estableció para el futuro algunos principios de particular importancia.

1º) Que los periódicos están obligados a ser cautos, mejor dicho cuidadosos y prudentes, porque el derecho de informar no se halla escudado por ningún privilegio y deben conjugar sus facultades, en ese campo, con el derecho a la integridad moral y a la reputación de las personas.

2º) Que si bien el honor personal puede ser afectado por una injuria, también puede ser en otros casos herido por una publicación culpable o negligente y por consiguiente la víctima debe ser pecuniariamente indemnizada.

3º) Cuando un periódico imputa a una persona una participación delictiva, por la cual es más tarde sobreseída, incurre en el ejercicio imprudente del derecho de informar si no indicó en el artículo la fuente que utilizó y no empleó un verbo potencial, es decir condicional.

4º) No excluye su responsabilidad, la transcripción parcial del comunicado policial, si se insertó sin indicar el origen y haciendo suyas las imputaciones de ese documento.

Ese fallo, que marca un jalón y una advertencia, consagra la doctrina justa, como lo expone nuestro colega el Dr. Bidart Campos en la respectiva nota, porque la prensa tiene en la actualidad un enorme poder sobre la opinión, las actividades económicas y la vida intelectual y política y debe por consiguiente ejercerlo con la máxima prudencia para no dañar inmerecidamente la reputación de las personas, el mayor poder conlleva una mayor responsabilidad.

Es además significativo, porque de su texto surge que la Corte considera el derecho de respuesta perfectamente constitucional.

Otro problema a resolver es el de saber si el Congreso tiene facultades para dictar disposiciones de este género sobre todo el país o sólo como legislatura local.

Bajo la influencia de la Convención de 1860 y de los conflictos políticos de esos años, Vélez Sarsfield, Rufino de Elizalde, Bartolomé Mitre, Eduardo Costa, Guillermo Rawson, Aristóbulo del Valle y más tarde Joaquín V. González, Arturo Bas, González Calderón y el Senador Alfredo Pala-

cios, han considerado que estas disposiciones son de un carácter especial y sólo pueden tener un alcance local (Mayer, *El derecho público de prensa*, 141).

En cambio, el diputado Cabral, Estrada, Francisco Durá, Montes de Oca, Matienzo, Eduardo L. Bidau y González Roura han sostenido que pueden lograr un alcance nacional si se insertan en el Código Penal (Mayer, *El derecho público de prensa*, 153).

En la sesión del Senado, el 15 de septiembre de 1934, se debatió exhaustivamente este punto y la mayoría se pronunció por la jurisdicción local.

El problema es complejo y deberá ser resuelto por la Corte Suprema, puesto que es constitucional aquello que la Corte declara constitucional, aunque algunas veces se equivoque.

El proyecto del senador Ricardo Laferrière, del 30 de septiembre de 1984, animado por diligentes inspiraciones teóricas, es excesivamente detallista y riesgoso para la libertad de expresión. Se equivoca en la clasificación de las categorías jurídicas, cuando acuerda el derecho de réplica al Estado y a las Municipalidades, porque los funcionarios son personas públicas y deben someterse al examen y a la crítica de sus administrados, como corresponde a un gobierno democrático.

La ilusoria pretensión de "garantir la verdad" de la información, según el criterio de algunos funcionarios forzadamente influidos por las simpatías políticas, aparte de su fragilidad filosófica, significa reimplantar la censura en los términos más negativos. Sólo falta condenar los herejes a la hoguera por profanar los dogmas oficiales. Debe insistirse en que en este renglón, la mejor defensa, la piedra de toque de las instituciones, se encuentra siempre en la libertad, la confrontación de las informaciones y la amplia discusión pública de los problemas de gobierno.

Resulta contradictorio que se condene a las empresas dedicadas a la transmisión de noticias, cuando casi todas son manejadas desde hace 40 años golosamente por el Estado,

con resultados tan costosos para los contribuyentes, como desconcertantes para la opinión general. ("La Nación", 28 de julio de 1986).

El proyecto del Poder Ejecutivo del 26 de junio de 1985, aunque gramaticalmente confuso, propone el derecho de "réplica", como un complemento del artículo 1071 del Código Civil. Pero omite mencionar los plazos en que debe publicarse la respuesta en el mismo diario, sin reparar que en esta clase de conflictos, la rapidez es fundamental para que la reparación sea eficaz.

En cuanto a la prohibición de acumular datos, significaría el fin de las bibliotecas, de los laboratorios médicos, de los centros de investigación y de la informática. Es sorprendente que por un conducto algunos funcionarios recalquen la urgente necesidad de desarrollar la informática en nuestro país y por otro conducto paralelo, otros funcionarios la condenen severamente.

Con motivos igualmente piadosos, el Califa Omar ordenó quemar la Biblioteca de Alejandría, por no coincidir sus libros con los postulados del nuevo movimiento.

Es además paradójico constatar que estos dos proyectos son más rigurosos que el proyecto del senador Sánchez Sorondo, tan combatido en sus días por los mismos círculos, pero aprobado con algunas modificaciones en el Senado el 18 de septiembre de 1984.

Hubiera sido más sencillo para estos autores, traducir la ley francesa, que tiene la ventaja de equilibrar la libertad de prensa y los derechos de las personas privadas y de ofrecer un amplio repertorio de referencias y así se habrían evitado tantos errores técnicos.

Es también preferible el texto incluido en la nueva Constitución de la Provincia de Salta, cuando se refiere concisamente al derecho de respuesta, que les corresponde a los habitantes de la Provincia, para refutar en un trámite sumarísimo, toda información inexacta o agraviante para su persona ("La Nación", 5 de junio de 1986).

El derecho de respuesta ha sido instituido para proteger

el derecho de las personas indefensas a su buen nombre, según lo enseñan los juristas franceses. Pero hay que repetirlo, nunca puede emplearse para impedir las críticas dirigidas a los funcionarios, que son sus servidores, en un Estado republicano y democrático. El derecho de prensa no se reduce a lisonjear a los gobernantes, sino típicamente a criticarlos y hasta denunciar sus errores, para que se rectifiquen en bien del país.

Alberdi (*O.C.*, t. VII, 371) decía: "Si de veras el gobierno quiere la libertad y la paz, tiene que probarlo, respetando al país su derecho de intervenir y tomar parte en la ejecución de su mandato, por la discusión, por la crítica, por el consejo, por el aplauso, por la protesta, por el ataque y por todos los medios de disentir, que la Constitución le ha reservado. Respetar la libertad del que aplaude al gobierno es un respeto que florece hasta en los gobiernos más tiránicos del Asia. Respetar la libertad del que lo ataca, es un respeto que sólo conocen los gobiernos de Inglaterra, Estados Unidos, Bélgica, Suiza, es decir los gobiernos libres".

Agregaba: "la libertad de imprenta es la mayor barrera contra los ataques de la tiranía, el odio y el pavor de los déspotas, un derecho natural y la propiedad innata del hombre" (*O.C.*, t. III, 103).

La libertad de prensa, el derecho de los ciudadanos a estar debidamente informados de los sucesos, para examinar sin trabas el manejo de los negocios del Estado y juzgar la conducta de los funcionarios, hasta el extremo de ser desagradables y molestos, decía un viejo maestro, es el rasgo que distingue los gobiernos democráticos de los gobiernos totalitarios.

La democracia tiene sus ventajas, sobre todo para los candidatos electos, pero tiene correlativamente las espinas de las críticas y de las afrentas, que los funcionarios deben soportar estoicamente, por ser parte del sistema, como lo señalaba el senador Palacios, con palabras ejemplares.

Cuando un gobierno restringe el derecho de prensa o de información, a través de procedimientos brutales o ladi-

nos, vulnera los derechos fundamentales de los ciudadanos, cae inexorablemente en la ilegalidad y pierde su base de sustento. En cambio cuando se halla animado por un sincero sentido democrático, sabe que esa crítica le brinda la mejor colaboración, para cumplir sus deberes con eficacia.

La completa información de los ciudadanos, de la opinión pública, es un requisito de interés general y la mejor defensa que se pueda oponer para escapar a los engañosos arpegios de los flautistas de Hamelin.

La opinión pública constituye el apoyo irremplazable de todo gobierno republicano y democrático. Es más fuerte que las bayonetas y los votos y arrasa todos los obstáculos como se vio el 25 de mayo de 1810 y el 3 de febrero de 1852. Pero para que esta opinión se desenvuelva sanamente, es necesario que los pueblos se hallen bien informados y que no se pretenda alucinarlos, como se ha visto en el pasado, con campañas publicitarias, "le bourrage de crane" dicen los autores franceses, que caen en las técnicas totalitarias ("La Prensa", 22 de junio de 1986).

La formación de una auténtica y sana opinión pública no es un problema de competencia entre empresas de publicidad, como si se tratara de promover la venta de cigarrillos o chocolatines, porque sólo debe estar basada en la verdad y en los intereses permanentes de los pueblos.

Los peligros del empleo desmedido de la propaganda, de la psicología de masas y de los reflejos condicionados, son tremendos. Hemos visto en los países más ilustrados de Europa, cómo el avieso empleo de estos instrumentos lograba mayorías electorales del 99 por ciento y después sus catastróficas consecuencias finales.

Este punto plantea inquietantes dudas, porque con el transcurso fatal del tiempo, los hechos firmes y tercos, son más fuertes y exponen impertinentemente las falencias de los gobernantes cuando eligen caminos equivocados y no logran afirmar el bienestar y el porvenir de la sociedad.

Las objeciones al derecho de respuesta de las personas privadas se deben a menudo a la desconfiada defensa del

derecho de prensa, tantas veces hostigado en nuestro país y a la sospecha de que sea sólo un medio para ahogar las críticas embarazosas.

Nada más equivocado, el derecho de respuesta no significa un cercenamiento del derecho de prensa, al contrario es una ampliación de ese derecho, porque permite a aquellas personas que no tienen la suerte de ser propietarias de una imprenta, a ejercer ese derecho en defensa propia y apelar a la opinión pública.

Se ha aducido también, que es inconstitucional, pero los estudios de los tratadistas más autorizados y los fallos de la Corte Suprema, descartan ese reparo.

Bajo un régimen republicano, no existen derechos absolutos y el derecho de prensa, fundamental para la vida cívica y cultural del país, debe conjugarse con el derecho de los ciudadanos a su buen nombre, consagrado también por la Constitución.

Decir que el derecho de respuesta, ejercido por las personas privadas, es inconstitucional, es tan difícil como sostener que los reglamentos municipales que limitan la altura de los edificios violan el derecho de propiedad, que la exigencia del carnet para conducir un automóvil viola el derecho de tránsito, que la exigencia del título de médico, para asistir a un enfermo, viola el derecho de trabajar.

Se ha sostenido finalmente que el derecho de respuesta es materialmente inaplicable ya que los periódicos tendrían que imprimir dos ejemplares de cada tiraje, para poder incluir las respuestas.

La historia de los 164 años que cuenta la ley francesa descarta cabalmente un argumento infantil. Los periódicos franceses aparecen desde el año 1822 sin sufrir molestias por ese motivo y lo mismo sucede en los países que han adoptado esta institución. La experiencia muestra asimismo, que las personas aludidas sólo ejercen este derecho frente a los periódicos de categoría y desdeñan por su falta de trascendencia aquellos de tono menor. "Le Monde", "Le Figaro" y el "Paris Soir" publican cerca de 10 respuestas por mes y con

bastante satisfacción, porque contribuyen a dar interés a sus páginas y a incitar la curiosidad del público, que redunda en una mayor circulación.

La amenaza contra el derecho de prensa y la debida información de los ciudadanos, no se encuentra en el derecho de respuesta. La amenaza más afilada se oculta en el suministro de papel ("La Prensa", 16 de junio de 1986), en la distribución de los avisos y en el monopolio estatal de los medios de comunicación, que pasan sucesivamente a las órdenes de los distintos elencos que se suceden periódicamente en los cargos, con un espíritu igualmente mesiánico y servicial por efecto de un determinismo ambiental.

En cambio nuestra pobre Biblioteca Nacional, paralizada desde hace 40 años, es hoy una vergüenza nacional, que detiene el adelanto de los estudios y el progreso del país.

Por añadidura, ciertos canales publicitarios, envueltos en una nube surrealista, trastrocan con una ingenua fantasía los acontecimientos históricos mejor conocidos, confunden las malas palabras con la cultura y la pornografía con la instrucción cívica y son las simientes de una desintegración social, preludio de la invariable galerna. ("La Nación", 15 de mayo, 19 de junio, 8 de julio de 1986; "La Prensa", 22 de junio de 1986).

El derecho de respuesta es pues altamente ventajoso para todos los sectores. En primer lugar para las personas privadas que pueden aclarar rápidamente cualquier reparo que se formule sobre su conducta.

En segundo lugar, como hemos dicho, para el mismo periodismo y en tercer lugar para la opinión pública, que estará mejor informada por el testimonio auténtico de la naturaleza y el sentido de tantos acontecimientos, que gravitan dolorosamente sobre el bienestar de la República.

Esto es suficiente para comprobar que el derecho de respuesta ha sido seriamente estudiado y hoy no es posible impugnarlo sin inferir un grave daño a la integridad moral de las personas y a las normas de urbanidad, que deben regir en una sociedad civilizada.

FRANCISCO NARCISO DE LAPRIDA, JURISTA Y MÁRTIR

Disertación pronunciada por el académico Dr. Alberto Rodríguez Galán, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, en la sesión pública del 6 de noviembre de 1986

Palabras de apertura del acto por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía

En este acto público, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales rinde homenaje a una figura prócer de la historia argentina; a un hombre de leyes y mártir de los desencuentros odiosos de que lamentablemente hay nutrida memoria en nuestra Patria.

La figura prócer a que me refiero es la de Francisco Narciso de Laprida, de cuyo nacimiento acaecido el 28 de octubre de 1786, acaban de cumplirse dos siglos.

Naturalmente, no es mi propósito adelantar en esta ocasión su corta pero notable biografía. Recordaré tan sólo que se educó en el Colegio de San Carlos de esta ciudad y que en 1810 —precisamente en 1810— obtuvo su licenciatura en Santiago de Chile, donde ejerció funciones municipales y alentó los primeros pujos de la Revolución Latino Americana.

Sin demora volvió a su tierra de origen y en Cuyo fue amigo y colaborador de San Martín, pero la proyección nacional de su figura crece cuando es electo diputado, junto con Fray Justo Santa María de Oro, para representar a su provincia en el Congreso de Tucumán. Como es sabido, presidió la sesión en que se declaró la Independencia y volvió a San Juan en 1818, donde fue electo senador según la Constitución de 1819, aunque no llegó a desempeñar esa magistratura, pues todo se desplomó en 1820, el pavoroso año de la anarquía.

Permítaseme agregar, a fin de que su vocación quede en claro, que redactó con Salvador María del Carril el Reglamento Provisorio para los pueblos de Cuyo y que representó a su provincia en el famoso Congreso reunido en Buenos Aires en 1824, cuyas sesiones también llegó a presidir.

Enemigo de los caudillos depredadores y anárquicos, al caer Rivadavia, elegido por aquel Congreso para presidir la Nación, volvió a la región de Cuyo, agitada por la montonera, para padecer su martirio. Las parciales de Félix Aldao pusieron fin a su noble vida, en un triste episodio que narra Sarmiento y que ha dado pie al famoso *Poema Conjetural* de Borges:

> "Yo que anhelé ser otro, ser un hombre
> de sentencias, de libros, de dictámenes,
> a cielo abierto yaceré entre ciénagas..."

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales se hace cargo de esa tristísima frustración y pide a Dios que nunca más tenga sitio en nuestra historia.

Sobre "Francisco Narciso de Laprida, jurista y mártir" de los desencuentros argentinos, disertará nuestro miembro de número, el Dr. Alberto Rodríguez Galán.

La Presidencia le cede la palabra, seguro de que él dirá lo que no queda dicho, pero pesa en el corazón de los hombres de bien y de virtud.

Dr. Rodríguez Galán: Queda Ud. en el uso de la palabra.

I

EL PATRICIO Y LA POSTERIDAD

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales rinde esta tarde su homenaje a Francisco Narciso de Laprida, al cumplirse el segundo centenario de su nacimiento, y al hacerlo —por especial delegación de su Presidente— aspiramos a que esta recordación adquiera su propio significado. Porque Laprida fue abogado. Porque ejerció su profesión con brillo y con prestigio. Porque fue un congresista moderno y de avanzada para su época y para su medio. Porque fue un gobernante idóneo. Porque los servicios que prestó al país trascienden al azar que le deparó el destino, de presidir el Congreso que declaró la Independencia. Porque su vida al culminar trágicamente lo convierte en un mártir de la Patria.

Su martirologio va a ser contado por Sarmiento, su coprovinciano más ilustre, y cantado por Borges, con la emoción poética, las imágenes y el estilo propio de una pieza clásica.

Así se proyecta Laprida en nuestro quehacer. Así nos llega con la prestancia de su figura, con su fina inteligencia que no puede disimular el signo que marcó su vida, con su obrar valiente y enérgico en circunstancias diversas, y con su ofrenda. Esa ofrenda, su muerte, cuando no puede escapar a la barbarie y cae, él que era la negación misma de la barbarie.

II

SU GENERACIÓN

Laprida nace en las postrimerías del siglo XVIII. Para Perriaux [1] —que sigue la teoría de las generaciones de Ortega— el prócer integra la tercera de nuestra historia. La comparte con Rosas, López, Ramírez y Quiroga, pero también con el General Paz, Vicente López y Planes, el General Alvear, Lavalle y Dorrego.

Cuando a esta generación le corresponde su reinado, en el lapso 1835-1850, vale decir su acción protagónica en la sociedad, siempre dentro de la teoría apuntada, muchos de sus integrantes, lo han logrado con anterioridad y han muerto. Ramírez en 1821, Dorrego en 1828, Laprida en 1829, Quiroga en 1835. En cambio otros, Rosas y Alvear, Paz y Vicente López y Planes, que también han alcanzado muy temprano su rol conductor, lo mantendrán en plenitud hasta el final del lapso indicado.

Se confirma así la tesis de que es posible la coexistencia de una generación con la siguiente en las jerarquías superiores de la comunidad y hasta en el ejercicio del poder político. Vicente López y Planes, el General Guido y Vélez Sarsfield, constituyen el más acabado ejemplo.

No es esta última la suerte de Laprida ya que nacido el 27 de octubre de 1786, es electo diputado por San Juan al Congreso de Tucumán, a los 29 años, preside la sesión del 9 de julio antes de cumplir los 30 y muere a pocos días de los 43.

Singular destino el suyo, hijo de un español recio y progresista don José Ventura de Laprida y de doña Ignacia Sánchez de Loria, de estirpe criolla, nace en un villorrio —San Juan de la Frontera— perdido en la Intendencia de Córdoba, de la que entonces dependían Mendoza, San Luis y San Juan. Sus poblaciones distaban más de trescientas leguas de Buenos

[1] JAIME PERRIAUX, *Las generaciones argentinas*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Colección Argentina, 1970, pág. 49.

Aires, y los caminos a Chile permanecían clausurados siete u ocho meses al año. Ello indica el grado de incomunicación en que se encontraban y las limitaciones de una vida civilizada a que estaban sometidos los habitantes de Cuyo.

Al finalizar el siglo, la existencia transcurría allí, según los cronistas de la época, patriarcalmente.

Era una sociedad primitiva. Los más destacados sólo aspiraban a ocupar un puesto municipal, ya como alcalde de primero o segundo voto, de alférez real o corregidor. Cargos que, por otra parte, se compraban, de modo que estaban reservados a los más pudientes [2]. Entre ellos se encontraba el padre del prócer. Esta circunstancia le abrió el camino a una educación prominente, ya que los hijos de las primeras familias, marchaban a Córdoba o a Santiago de Chile en cuyas Universidades cursaban sus estudios superiores. Las primeras letras y la enseñanza del latín y de la filosofía escolástica se dictaban en conventos de las órdenes regulares, principalmente los jesuitas, dedicados a la educación común hasta su expulsión [3].

Y fue en los claustros contiguos a la Iglesia de San José, lugar de su bautismo, donde un tío suyo, Don Ignacio Theodoro Sánchez de Loria, sacerdote y maestro de filosofía, le imparte los primeros conocimientos en las letras [4]. Luego el Real Colegio de San Carlos de Buenos Aires, bajo la dirección del Deán Zavaleta, recibe al joven sanjuanino. En 1805, a los 19 años, abandona Buenos Aires y se traslada con su familia a Santiago de Chile. Completa sus estudios en el Convictorio Carolino —el mismo que los jesuitas habían sostenido bajo el nombre San Francisco Javier— de esa ciudad e ingresa a la Universidad de San Felipe, donde obtiene primero el título de Bachiller en Cánones y Leyes —21 de mayo de 1808— y luego el de Licenciado en Leyes y Doctor el 29 de enero de 1810.

Cuenta 23 años y ya es abogado. Se ha recibido en una

2 y 3 DAMIAN HUDSON, *Recuerdos históricos sobre la provincia de Cuyo*, tomo I, págs. 6 y 7, Buenos Aires, Imprenta de Juan A. Alsina, 1898.

4 CÉSAR H. GUERRERO, *Francisco Narciso Laprida, Presidente de la Independencia*, Academia Provincial de la Historia, 1973, pág. 36.

Universidad laica, en donde se enseña leyes y cánones, medicina, filosofía, teología, latín y matemáticas. Todos estos ramos estaban comprendidos en cuatro facultades, pero la Universidad de San Felipe fue ante todo una Escuela de Derecho [5]. Tal era el prestigio y el nivel de esa disciplina. Toda la enseñanza se impartía en latín, pero esta casa de altos estudios de carácter civil —su creación se debió a una iniciativa del Cabildo de Santiago— se iba a convertir en foco de irradiación de lo que se llamaría en las postrimerías del siglo XVIII *las luces, el progreso y la democracia* [6] y alentó las aspiraciones de cultura que en esos años surgían en la sociedad colonial del país trasandino [7].

En la Universidad de San Felipe, es compañero de Dorrego, de Arana, de Villegas y de otros argentinos que luego descollaron en la escena pública.

Laprida estaba afiliado a las logias revolucionarias de Chile [8] y afirma Udaondo que con Dorrego actuaron en los momentos preliminares de la Revolución Chilena. Ambos estaban en Santiago cuando la misma estalló el 18 de septiembre de 1810. Participaron activamente de los hechos y difundieron el *Catecismo Político Cristiano*, una de las tantas publicaciones sobre la Revolución Americana [9].

Lejos estaban de pensar en esos momentos estos dos condiscípulos, que muchos años después se iban a enfrentar en el Congreso de 1824/26 y que su preparación y experiencia revolucionaria recibidas en común, no les impedirían sostener en el seno de ese Congreso, posiciones antagónicas frente a la sanción de la forma de Estado que debía adoptar el proyecto de Constitución que se discutía. Dorrego, adalid de los que propugnaban el federalismo, brilla en el debate por su erudición y conocimiento del derecho público americano. Laprida, parco en su intervención, es

5 LUIS GALDAMES, *Estudio de la historia de Chile*, Editorial Nascimento, 8ª edición, Santiago de Chile, 1938, pág. 159.

6 DAMIAN HUDSON, ob. cit., pág. 9.

7 LUIS GALDAMES, ob. cit., pág. 160.

8 y 9 EMILIO MAURIN NAVARRO, *Adalides sanjuaninos de la emancipación americana*, Editorial Sanjuanina, San Juan 1967, pág. 17.

como se verá, uno de los doctrinarios más ilustrados que conforman el bloque de diputados que se pronunciaran por el sistema de la *unidad de régimen.*

Vélez Sarsfield, diputado también a la sazón, muchos años después, responsabilizaría a Dorrego de ser uno de los causantes de la ruina de aquel Congreso y del régimen Rivadaviano [10]. Lo cierto es que Dorrego y Laprida estuvieron en la raíz de la emancipación americana. Bregaron hasta su muerte —que les llegó en circunstancias trágicas— por organizar la Nación bajo distintos modelos políticos. Lo hicieron con desinterés y patriotismo, y sus padecimientos y los de sus familias, fueron de los primeros que alimentaron la ley del odio en la historia argentina, de la que nos hablara Joaquín V. González.

III

EL JURISTA. EL HOMBRE DE GOBIERNO

A comienzos de 1811, Laprida regresa de Chile a San Juan y es designado de inmediato Asesor del Cabildo.

En 1812, el Primer Triunvirato, bajo la inspiración de su Secretario Bernardino Rivadavia, convoca una Asamblea Nacional y el Dr. Laprida a la sazón Alcalde de Primer Voto es elegido por el Cabildo, diputado a esa Asamblea. Marcha a Buenos Aires y no asume su representación, ya que como es sabido los sucesos que luego precipitarán la Revolución del 8 de octubre de aquel año, obligan al propio Primer Triunvirato, a disolver el cuerpo, después de haberlo integrado al margen de la voluntad de los Cabildos del Interior y disconforme con las facultades que la Corporación pretendió atribuirse.

No tengo conocimiento de que Laprida se haya entrevistado con Rivadavia en ocasión de este viaje a Buenos Aires.

10 Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, encargada del Examen de la Constitución Federal, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, 1860, pág. 118.

La convulsión del momento quizás lo haya impedido, pero aquí surgirá su afinidad doctrinaria sobre el principio de la indivisibilidad del estado como fórmula de organización política, que consolidarán luego en su relación intelectual, e influirá en forma decisiva en el orden institucional del país hasta 1826.

Al finalizar 1813, el Cabildo de la ciudad de San Juan lo elige Síndico Procurador para el año siguiente. Renuncia a esa dignidad y al hacerlo manifiesta: *"Aún no hace un año que ese ilustre cuerpo me honró en su seno con la primera vara de la juricatura ordinaria que serví por espacio de ocho meses y que obligado por los votos del pueblo, tuve que marcharme a la Capital con sus Poderes a representarlo en la Asamblea de Octubre del año pasado. Después de mi llegada o regreso a esta ciudad, le es constante a V. S. que he empleado lo más del año en servicios del público, en consulta de los juzgados, defensa de pobres, de reos criminosos y otros tan gravosos desde que los he desempeñado sin emolumento alguno..."* [11]. Concluye señalando los sacrificios de sus padres para que pudiera conseguir su profesión en la carrera de la jurisprudencia, sacrificios que ahora debe corresponder, en momentos en que su avanzada edad exige un apoyo que alivie su precaria existencia.

Con anterioridad, como Consejero del Cabildo y abogado de prestigio, consultor obligado en todos los problemas de envergadura que se suscitaban en el medio es requerido a afrontar una defensa de orden institucional, la originada por la destitución del Primer Teniente Gobernador de San Juan, Sargento Mayor don Saturnino José Lorenzo Saraza designado por la Junta Porteña.

Acusado Saraza de favorecer a españoles desterrados de Salta a San Juan, en objetivos contrarios a la Revolución y favorables a una reacción realista, un movimiento popular —30 de septiembre de 1813— lo remueve con aprobación del Cabildo. Este hecho tendrá graves consecuencias para los cabildantes y amotinados.

11 C. H. GUERRERO, ob. cit., págs. 67-68.

El Gobierno de Buenos Aires reputó arbitraria e ilegal la destitución del Sargento Mayor Saraza, y ordenó la detención de todos los que participaron en los hechos. Laprida sufrió también por breve tiempo prisión, y liberado asumió la defensa de los implicados en el motín [12].

En un brillante escrito elevado al Gobierno porteño con argumentación clara y convincente sostiene: *"Nadie creo, podrá negar que cuando se sabe de cierto que un jefe se halla de acuerdo con los enemigos para vender la Patria, no hay quien no esté autorizado para ser impunemente su juez y su verdugo. Asentado ese principio no me detendré en probar que el ex Teniente Gobernador don Saturnino Saraza había dado probados fundamentos para creérsele ni diré confabulado con los rivales de nuestra dicha pero sí condiscente hasta el extremo de autorizar su insolencia y dejarles libre el camino para sus maquinaciones"*.[13]

El jurista refirma su posición con estas palabras que denotan la convicción republicana que lo anima y que sostendrá más tarde en los Congresos: *"La inoperancia y negligencia de los funcionarios públicos, cuando está de por medio la seguridad del país, constituyen un grave delito; y la lenidad o blandura en castigar a los enemigos de la patria configura un crimen"* [14].

Sabias palabras que deberían ser enseñadas en las escuelas, conocidas por los estudiantes de Derecho y por los jueces de la República, e incluidas en los reglamentos militares.

Los procesados defendidos por Laprida son absueltos —2 de enero de 1815—, Saraza es reemplazado por el Coronel Manuel Corvalán —4 de enero del mismo año— y en abril, el pueblo de San Juan elige su teniente gobernador —vigente el Estatuto Provisional de 1815— al Doctor José Ignacio de la Roza, uno de los hombres insignes del país, que llevará a cabo una obra de Gobierno sorprendente para

12 ROSAURO PÉREZ AUDOBE, "Francisco Narciso de Laprida, Presidente del Congreso de Tucumán", en *Cuarto Congreso Internacional de Historia de América*, Bs. As., 1966, t. III, pág. 511.

13 y 14 EMILIO MAURÍN NAVARRO, ob. cit., págs. 19/20.

su época, y en cuya administración colaborará Laprida hasta su elección como diputado al Congreso de Tucumán.

No puedo dejar de señalar que esta breve y eficaz experiencia de Gobierno llevada a cabo por Laprida cerca del Doctor de la Roza, la repetirá más tarde, cuando a fines de 1819 abandona el Congreso en Buenos Aires y de vuelta en San Juan se ve obligado a reemplazarlo interinamente en su cargo.

El Gobernador de la Roza, cuya cooperación con el General San Martín en el equipamiento del Ejército de los Andes fue sustancial, debió por indicación del Libertador viajar a la Capital en cumplimiento de una misión oficial que éste le asignara. En esas circunstancias, elementos vinculados al Cabildo y otros opositores a su Gobierno progresista, promueven un levantamiento y lo relevan de sus funciones, y es aquí donde la personalidad de Laprida con su gravitación, prestigio y capacidad de convocatoria, logra el apoyo necesario de los disidentes, impone el orden y asume el Gobierno interino.

San Martín desde Cuyo, sigue los acontecimientos. La amistad que lo une a de la Roza desde los días en que se conocieron en Buenos Aires al correr 1812, se extiende en el conocimiento y valoración a Laprida expresados reiteradamente en su correspondencia. Para ese tiempo le expresa a Godoy Cruz: *"Ya habrá sabido las ocurrencias de San Juan, todo ha quedado tranquilo por haber puesto a Laprida"*, y agrega: *"El amigo Alvarez que ha llegado a ésta me asegura que, de la Roza no quiere volver a Gobernador, esto sería dar un margen a creer que los díscolos creyesen en obra suya y no de su desprendimiento, por lo tanto, es de necesidad vuelva a encargarse del mando y que aguante esta carga como hacemos todos"* [15].

Las "afinidades electivas" entre San Martín, de la Roza y Laprida, se ponen a prueba.

La opinión pública es favorable a que Laprida asuma el Gobierno pleno.

[15] EMILIO MAURÍN NAVARRO, ob. cit., págs. 36/37.

Pero el hombre de derecho, no puede admitir tamaña transgresión a la ley. En un oficio remitido a Mendoza dice:

"Días ha que va introduciéndose en este pueblo un abuso cuyas consecuencias pueden ser muy funestas al orden si él no se remedia con oportunidad". Y como previniendo los efectos desencadenantes de la anarquía que su permanencia en el cargo podía originar afirma: *"El pueblo en todas partes ignorante y sencillo es muy fácil de reducir y el espíritu inquieto de un solo díscolo podrá hallar en sus misma ignorancia y sencillez, el medio de hacerlo suscribir a sus siniestras ideas y apellidando su voz, formar revoluciones a cada paso"* [16].

Fue así, su gobierno, interino. Con su gestión se le eligen las nuevas autoridades del Cabildo y a su regreso pudo entregar, en un clima de orden y respeto, el mando a su titular, el Gobernador de la Roza.

Su breve cometido, permitió la continuidad de la administración del Doctor de la Roza, con la eficacia e idoneidad, de quienes están identificados por un ideario común y superior.

Todas las obras iniciadas, contaron con su personal atención. La introducción de nuevas técnicas en la agricultura, la ejecución del canal de Pocito a cinco leguas de la ciudad de San Juan, transformó en tierras de labradío, extensiones mal cultivadas o de propiedad del Estado. Igual aconteció en Caucete, se excavó otro canal que posibilitó la provisión de agua a campos yermos. Precisamente con referencia al canal de Pocito el propio Laprida en un documento de fecha 20 de octubre de 1818, expresa: *"Es de mi cuidado velar por el puntual cumplimiento de la contrata celebrada entre esta tenencia y D. José Herrera a objeto de fertilizar los terrenos del Estado de Pocitos"*.

Continuó la obra de cooperación al Gobernador Intendente de Cuyo, General San Martín, prestando gran atención al mejoramiento de los caminos y al establecimiento

[46] DAMIAN HUDSON, ob. cit., págs. 54/55.

de postas que facilitaran las comunicaciones con Mendoza.

El camino a Chile por Coquimbo, origina una complicada tramitación que es seguida por el Gobernador interino, con atención, e instando una y otra vez la urgencia de su resolución al Ayuntamiento. No es menor su preocupación acerca de los problemas de la educación y de la salud. El establecimiento de la primer aula de matemáticas en San Juan y la eficacia con que provee los elementos para contrarrestar una epidemia declarada en la ciudad, dan acabada muestra de sus excepcionales condiciones de gobernante. Esas condiciones las evidencia años después cuando acompaña como Ministro a los Gobernadores José Antonio Sánchez y al General José María Pérez Urdininea. Con referencia a este último —que ejerció su mandato entre enero de 1822 hasta el mismo mes de 1823— Antonio Zinny reputa de feliz la "*inspiración de asociar a su Gobierno, como Ministro-Secretario al ilustrado Dr. Laprida*" [17], y si bien su permanencia en el cargo ministerial fue breve, su actuación ratifica el juicio que ha merecido antes como hombre de gobierno. Por otra parte la circunstancia de que le sucediera en la función su gran amigo el Dr. Salvador María del Carril, y que al renunciar Urdininea, la Junta de Representantes de San Juan sanciona una ley en la que se establecía, las calidades para ser Gobernador, las condiciones en que se debía efectuar la elección por el voto popular, y que el elegido fuera el propio Dr. del Carril, posibilitó a la Provincia andina la continuidad de esa administración progresista, y la afirmación de una filosofía de gobierno liberal y novedosa para su tiempo. La Carta de Mayo que hiciera sancionar del Carril por la Junta de Representantes, verdadera Constitución Provisoria para su régimen [18], y modelo como instrumento de gobierno para la generación de 1837, es también la expresión del pensamiento político de Laprida, consustanciado ideológicamente con del Carril.

17 ANTONIO ZINNY, *Historia de los gobernadores de las provincias argentinas*, volumen IV, pág. 131, La Cultura Argentina, 1921.
18 ANTONIO ZINNY, ob. cit., pág. 133.

Singular destino el de estos dos grandes sanjuaninos. Del Carril terminó sus días en un país organizado después de integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin poder despejar de su espíritu la sombra de Dorrego, la responsabilidad en su muerte, que sus contemporáneos y la posteridad no han exculpado. Laprida, cuyo porvenir político, por su ilustración y talento no era menos promisorio, termina los suyos sin vislumbrar que la forma de estado que en definitiva el país iba a adoptar al organizarse era la federal. Esa fórmula que propugnó Dorrego, que conocieron y estudiaron juntos en la Universidad de San Felipe, al profundizar las Instituciones Norteamericanas y que del Carril precisamente votaría como constituyente en el Congreso de Santa Fe de 1853.

Trampas de la historia. Suerte y destino de los hombres.

IV

EL CONGRESISTA DE 1816. LA DECLARACIÓN DE LA INDEPENDENCIA. LA FORMA DE GOBIERNO. ORO Y SAN MARTÍN. LA BANDERA

Laprida presenta como hombre de gobierno dos facetas. La de administrador de los intereses públicos, como ministro o como gobernador interino, y la de legislador como diputado de dos Congresos Constituyentes. En ambos acusa una constante identidad entre su formación intelectual, eminentemente jurídica, su posición política y su acción.

El jurista, el hombre de derecho, mantendrá una correspondencia clara y definida con esa condición, cuando es puesta a prueba en el debate de los tres grandes temas abordados en estos dos Congresos: la independencia y la forma de Gobierno en el de 1816-1820, y la forma de estado en el de 1824-1826.

Sabido es que durante el gobierno del Dr. de la Roza se convoca a elecciones para elegir el diputado que debía llevar la representación de San Juan al Congreso de San

Miguel de Tucumán. Electo en los comicios del 13 de junio de 1815 Fray Justo Santa María de Oro, se advierte que por el número de sus habitantes, la provincia debía contar con dos diputados. El once de septiembre en un nuevo acto comicial es elegido para integrar la representación sanjuanina el Dr. Laprida. Y es en esas circunstancias en que el prócer evidencia una vez más su ética rigurosa y sus principios republicanos, al impugnar su propia elección, por no haber participado en el sufragio los arrabales de la ciudad. Elevado por el Cabildo el singular planteo, el Gobernador Intendente de Cuyo, el General San Martín, se pronuncia por la validez del comicio atento al dictamen de la asesoría de la propia intendencia que así lo aconseja [19].

Con esa autoridad moral recibe el diploma que lo acredita como representante de su pueblo —23 de septiembre de 1815— y con un mandato del Cabildo que reza: "...*Para que personándose a la mayor brevedad en la capital de Tucumán donde deben reunirse los Representantes de otros Pueblos unidos de las Provincias del Río de la Plata, haga la representación de este pueblo y trate lo concerniente a Cuyo de quien es dependiente en la actualidad, sufragando con su voto en la próxima Asamblea en todos los asuntos que se ofreciesen discutir y exerciéndose en lo principal de ellos, incidente, anexo y conexo y dependiente por todo el tiempo que sea necesario*" [20]. No podía ser más amplio el poder que recibían los diputados de sus mandantes. De la idoneidad y eficacia con que lo ejercieron darán cuenta los acontecimientos que se precipitaron.

El reconocimiento como estado soberano de las Provincias Unidas del Río de la Plata, frenaba la declaración formal de la independencia y tornaba vacilante e insegura la política del Directorio, ideológica y políticamente sustentada por la logia Lautaro.

Bajo estos auspicios se reúne el 24 de marzo de 1816 el Congreso Constituyente de San Miguel de Tucumán, al

19 ROSAURO PÉREZ AUBONE, ob. cit., pág. 513.
20 C. H. GUERRERO, ob. cit., pág. 101.

decir de Avellaneda: "*...tres veces célebre por la famosa declaración de la independencia, por sus opiniones abiertamente monárquicas al procurar establecer el régimen de gobierno para su país y por haber sido el primer Congreso Argentino que se mostró poseído por el audaz intento de darle una Constitución permanente*" [21].

Y aquí aparece la acción protagónica de los diputados por Cuyo, Fray Justo Santa María de Oro, Tomás Godoy Cruz y Laprida.

El 19 de junio el Congreso aprueba su orden del día que denomina "*Nota de las materias de primera y preferente atención para las discusiones y deliberaciones del Soberano Congreso, cuyo punto 3º versa sobre la declaración solemne de nuestra independencia y el 5º sobre qué forma de Gobierno sea más aceptable a nuestro actual estado y más conveniente para hacer prosperar las provincias unidas*" [22].

El 1º de julio es electo Laprida Presidente del Congreso. No ha cumplido treinta años. Se lo elige por unanimidad. Es el más joven de los diputados por Cuyo, y el último en incorporarse por esa Intendencia. Es el que más ha impresionado a sus colegas por su ilustración y templanza.

Su Presidencia agiliza las sesiones del Congreso. San Martín se felicita por su designación. Urge la decisión sobre la declaración de la independencia. El 6 de julio, la Sala recibe en sesión secreta a Belgrano [23]. El acta da cuenta de su informe sobre su reciente misión a Europa y acerca de su opinión sobre la forma de Gobierno que debe adoptarse. Se declara partidario de la monarquía y a no dudarlo de la independencia. Así se lo hace saber a Rivadavia desde la propia ciudad de Tucumán: "*Al día siguiente de mi arribo a ésta —le dice en su carta— el Congreso me llamó a una*

21 NICOLAS AVELLANEDA, *Escritos y discursos*, t. I, págs. 44-45, Buenos Aires, 1910.

22 *El redactor del Congreso Nacional de 1816*, reimpresión facsimilar, Buenos Aires, imprenta y casa editora de Coni Hermanos. 1916.

23 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Facultad de Filosofía y Letras, edición del Instituto de Investigaciones Históricas, t. I, pág. 481.

sesión secreta y me hizo varias preguntas, yo hablé, me exalté, lloré e hice llorar a todos al considerar la situación infeliz del país".

En la sesión del 9 de julio, le cabe a Laprida el insigne honor de ser el primero en firmar el acta de la independencia recién declarada. San Martín le dirá en carta confidencial a Godoy Cruz: *"Al fin estaba reservado a un diputado de Cuyo ser el Presidente del Congreso que declaró la Independencia: Yo doy a la Providencia mil parabienes por tal coincidencia"* [24].

Ahora el Congreso debe pronunciarse sobre la forma de Gobierno.

Prevalece la opinión monárquica. No es esta la posición de los diputados por San Juan. No ha llegado a ellos la influencia de Belgrano y San Martín en esta materia, pese a la afinidad que mantienen en otros.

El 19 de julio, el Diputado Azevedo *"renovó su moción para que se adoptase la forma monárquica en la dinastía de los incas..."* En la sesión del día siguiente Laprida manifiesta *"...a nombre del Diputado Oro que al no asistir éste a las discusiones acerca de la forma de Gobierno, era porque las consideraba extemporáneas y por la necesidad de consultar antes a su pueblo"*. Agrega que si la sala lo obliga a concurrir, pide le extienda un documento que así lo acredite, para dar satisfacción a sus comitentes [25].

La hábil conducción de Laprida, logra el último día de su Presidencia —31 de julio de 1816— que por una cuestión reglamentaria, el cuerpo no vote una moción del diputado Castro, sobre la instauración de una monarquía constitucional.

El Congreso no volverá a pronunciarse sobre el particular. Oro y Laprida salvan la república que surgía. Oro con su reciedumbre, Laprida con su influencia decisiva sobre sus colegas, por su tacto, su fina inteligencia y su atrac-

24 EMILIO MAURÍN NAVARRO, ob. cit., pág. 24.
25 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., pág. 237.

ción personal. Así lo juzgo Mitre: *"Un hermoso carácter —dijo—, honor de aquella democracia naciente"* [26].

Como Jefferson, Laprida pensaba que el pueblo era el depositario más seguro en último recurso, de los poderes esenciales de la sociedad, y si no era culto no había porqué privarlo de ellos, sino educarlo, porque la educación es el verdadero correctivo del poder constitucional [27].

Esa será la labor de este joven diputado, que presidió el Congreso de la Independencia y decretó el uso de la bandera celeste y blanca como peculiar distintivo de la nueva nación soberana [28] frente a la anarquía interna por un lado, y los ejércitos y escuadras de España, al decir de Saldías, por el otro.

Aún seguiría prestando sus servicios al cuerpo, cuando éste se traslada a Buenos Aires. Ocupará su vicepresidencia en agosto de 1817, y se retirará definitivamente en noviembre de 1818, cuando el Ayuntamiento de San Juan le acepta la renuncia. Oro le ha precedido en 1817, ambos no participan de la sanción de la Constitución de 1819, ni de la política monarquista que en ella subyace. No obstante en agosto de ese año es electo Senador por Cuyo y en octubre por Buenos Aires, de acuerdo con la normativa de esa Constitución [29], singular honor que declina sin hacerse cargo.

La crisis que sobreviene en 1829, derrumba el Congreso Constituyente, disuelve sus poderes constituidos y con ellos la autoridad centralizada y nacional, cuya vigencia se pretendió instaurar.

La fuerzas localistas contrarias al Congreso, adquieren así presencia política, y la montonera, su obscura expresión armada, asola el país, sumiéndolo en la anarquía a la que no fueron extrañas las Provincias andinas.

Ahora sobreviene el levantamiento en San Juan del

26 BARTOLOMÉ MITRE, *Obras Completas*, t. VII; *Historia de Belgrano y de la Independencia Argentina*, Vol. 2, pág. 285, Buenos Aires, 1940.

27 PHILLIPS RUSSELL JEFFERSON, *Campeón del pensamiento libre*, Peuser, Bs. As., 1960, pág. 437.

28 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., pág. 238.

29 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., págs. 459 y 463.

Batallón de Cazadores de los Andes —9 de enero de 1820— al que San Martín manda regresar desde Chile para poner orden en las tres provincias de Cuyo. Bajo la instigación de Mariano Mendizabal, oficial de ese cuerpo, y a la sazón desterrado en La Rioja por su manifiesta inconducta, entra en San Juan y se pone al frente de un movimiento del que también participan personajes conocidos del medio, distanciados del Gobernador de la Roza por su administración liberal y progresista.

Este motín provoca la destitución del Dr. de la Roza y su prisión seguida de los mayores vejámenes. Y es aquí cuando la personalidad de Laprida adquiere nuevamente la dimensión del verdadero líder. Al mismo tiempo que aconseja normalizar las instituciones, no oponerse a que Mendizabal legitime la elección, el cargo usurpado, y evitar así la continuidad de los desmanes de los sublevados en una población aterrorizada, salva la vida de su íntimo amigo el Gobernador de la Roza, arriesgando la propia, y protagoniza episodios que la crónica oral ha transmitido y que confirman una vez más la jerarquía moral de su conducta y acción.

Viaja a Chile en el curso de 1820 en misión oficial para negociar, con el Director Supremo Bernardo O'Higgins con quien lo unía una gran amistad, medidas conjuntas tendientes a contrarrestar la ofensiva del caudillo José Miguel Carrera en su pretensión de invadir Cuyo, traspasar Los Andes, y convulsionar aquel país. No son ajenos a su misión, asuntos de índole comercial, que solucionó con su conocida prestancia, facilitada por el prestigio y ascendiente con que contaba en esa sociedad.

En enero de 1822, de vuelta en San Juan será Ministro de los Gobernadores Sánchez y José María Urdininea. A ellos nos hemos referido antes, pero es interesante consignar aquí el juicio que mereció la gestión de Laprida al frente de esos Ministerios: *"Asombra a quien recorre el archivo de San Juan la inquietud intelectual del joven ministro, reglamentos de policía, de higiene, de moral, de ins-*

trucción pública, de agricultura, de comercio. En todo deja la huella de su paso" [30].

Y con esa autoridad, sentido de servicio y patriotismo, lo veremos de nuevo integrar el siguiente Congreso Nacional Constituyente en Buenos Aires y en 1824.

V

EL CONGRESO DE 1824-1826. SU PRESIDENTE. SU INTERVENCIÓN. LA CONSTITUCIÓN DE 1826. SU RETIRO.

El país va a intentar nuevamente en 1824 organizarse constitucionalmente.

Fracasando el Congreso que debía reunirse en San Lorenzo a resultas del Pacto del Pilar, frustrado el de Córdoba, le cabe a Buenos Aires promover su convocatoria, circunstancia a la que no son ajenas las Provincias de Cuyo.

Ya a principios de 1821, el Gobierno de San Juan en oficio al de Mendoza, le hace saber que se le ha encomendado al Dr. Laprida el poder suficiente *"a efectos de asociar nuestros esfuerzos para darle el orden regular de que se carece"*. Se habla para entonces de un proyecto de Confederación para los pueblos de Cuyo y de que el propio Laprida habría sido su portador. Al asumir el Gobierno de San Juan el Dr. Salvador María del Carril, y recibida la invitación de la reunión de un Congreso Constituyente en Buenos Aires, la Sala de Representantes de la Provincia de inmediato se pronuncia por su aceptación y ordena la elección de los diputados que debían de llevar la representación de San Juan. Son designados D. Narciso de Laprida —así reza el acta— y D. Bonifacio Vera [31].

El 6 de diciembre de 1824, comienzan las sesiones preparatorias del Congreso General Constituyente de las Pro-

30 *Juicio del Dr. Ventura Larrosa citado* en EMILIO MAURÍN NAVARRO, ob. cit., pág. 47.

31 C. H. GUERRERO, ob. cit., pág. 173.

vincias Unidas del Río de la Plata en Sud América. Será la Asamblea más representativa que tuvo el país. Diecisiete provincias ocuparon sus bancas. Montevideo y Tarija también lo integran.

Laprida de inmediato, con Funes, Agüero, Manuel Antonio Castro y Gorriti, forman la Comisión nombrada por la Sala para establecer los actos preparatorios que debían preceder a la instalación del Congreso. Luego es designado en la que va a estudiar los poderes presentados por los diputados [32]. El Congreso recién comienza y ya Laprida es requerido para delicados trabajos acordes con su calidad y aptitud intelectual.

Sobreviene enseguida la discusión sobre el juramento. Triunfa el texto que sostiene la integración, libertad e independencia absoluta de la nación bajo la forma representativa republicana. Se sanciona a pluralidad de sufragios. Entre ellos está el de Laprida. El Gobierno republicano quedaba consolidado.

La intervención del prócer en los debates es limitada. Su prestigio se afirma por el trabajo que lleva a cabo en el seno de las Comisiones.

Es un diputado a quien se le consulta en todos los asuntos de trascendencia y se le respeta por la austeridad y decoro con que se desenvuelve dentro y fuera del Congreso. Lo demuestra en ocasión de discutirse la fijación del viático y retribución de los diputados, al oponerse a su aumento. Su envergadura moral se impone en silencio. Es nombrado para integrar la Comisión que va a redactar el reglamento del cuerpo —sesión del 16 de diciembre de 1824— le acompañan Arroyo, Zegada, Gómez y Acosta [33], cuando el 28 de enero de 1825, sus colegas lo eligen Presidente de la Asamblea [34] cargo que desempeñará hasta el 30 de julio de 1825 [35].

Mientras Laprida ejerce la Presidencia del Congreso.

32 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. I, pág. 890
33 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. I, pág. 929.
34 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. I, pág. 1153
35 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 1153

es requerido desde San Juan, cuya gobernación ejerce Salvador María del Carril, por graves asuntos. Está ausente entre marzo y mayo. Reasume la Presidencia —18 de mayo de 1825—. Pocos días después —6 de junio de 1825— el Gobernador del Carril promulga para San Juan, la Carta de Mayo, a la que nos hemos referido.

La intervención en ella de Laprida no admite dudas. La correspondencia ideológica tampoco. De ahí en más la política nacional lo tiene como uno de sus más importantes protagonistas.

Miembro de la Comisión de Hacienda del Congreso, es coautor del proyecto de ley que autoriza al Gobierno Nacional a negociar un empréstito. (Cabe aquí apuntar que a la sazón, y en virtud de la ley fundamental sancionada por el Congreso —23 de enero de 1825— el Gobernador de Buenos Aires asume interinamente el Poder Ejecutivo Nacional y se encarga de las relaciones exteriores). El capital a obtenerse de ese empréstito iba a ser destinado a la creación de un Banco Nacional y a las necesidades y servicios de la Nación en el trienio 1825-1827 [36]. Y es como miembro de la aludida Comisión de Hacienda, que interviene para informar acerca de la ley de gestión para el último trimestre de 1825 [37] y presentar el proyecto de presupuesto para 1826, así como el correspondiente a una ley especial que imputaba fondos particulares destinados a *"los gastos extraordinarios que pueda demandar la guerra a que provoca el Emperador del Brasil"* [38].

La política nacional impulsada por el Congreso, adquiere una dinámica desconocida hasta entonces.

La lectura de sus actas sorprende por la coherencia con que actúan sus protagonistas.

En su lucha contra el tiempo por imponer la unidad, no vacilan en sancionar antes que la Constitución una ley que instauraba la Presidencia de la República —7 de febrero de 1826— y en elegir para ese cargo a Bernardino Rivada-

36 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, págs. 197/198.
37 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 275.
38 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 309.

via, adalid del partido unitario. El voto de Laprida integra la mayoría dominante en el Cuerpo Constituyente. No lo acompaña Vicente López y Planes, pero sí Dalmacio Vélez Sársfield [39]. Cuán distinta suerte política separaría a Laprida de ambos después de transitar caminos comunes.

La acción del prócer se intensifica, sin que trasciende en el brillo de los debates.

Las más distintas materias son abordadas desde el seno de las comisiones, y en todas se advierte la impronta del jurista, cuando interviene. Sea en el informe sobre el proyecto de ley del Poder Ejecutivo, sobre la consolidación de la deuda de la Nación [40], o en el dictamen sobre los correos [41], defendiendo las atribuciones de este poder en el ejercicio de su Superintendencia, como también en el referido a las Aduanas Exteriores u oficinas de recaudación, apoyando el proyecto de ley que implantaba con su administración exclusiva por el Presidente de la República, los impuestos a la importación y a la exportación [42]; o en el gravamen de papel sellado nacional [43]; la tarea legislativa de Laprida denota profundidad, seriedad, y auténtico sentido de servicio.

No era orador, pero en sus pocas intervenciones, se advierte, frente a la grandilocuencia de sus colegas —propia de la época— un decir parco y ajustado estrictamente al tema de análisis. Como si midiera sus palabras. Su participación en los debates ocupa pocas líneas en el diario de sesiones. Sin embargo su palabra era aguardada siempre con expectativa. Quizás en esa parquedad radicaría su elocuencia.

Cuando el Congreso comienza a debatir el proyecto de la Comisión de Asuntos Constitucionales sobre la forma de Gobierno, técnicamente hoy forma de Estado —14 de julio de 1826— las provincias ya han sido consultadas sobre el particular. Seis se han pronunciado por la forma de estado federal, entre ellas San Juan, cuatro por la forma de estado unitaria, y seis se ajustan a lo que el Congreso resuelva.

39 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 632.
40 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 640.
41 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 891.
42 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 901.
43 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. II, pág. 912.

En la sesión del 19 de julio habla Laprida [43 bis].

A no dudarlo es el momento en que asume la responsabilidad más grave de su carrera pública. No ajustará su voto a la opinión que prevalece en San Juan, y se pronunciará por la forma de estado que propicia aquella Comisión del Congreso; vale decir: "*Republicana consolidada en unidad de régimen*".

No disimula la contrariedad que le origina su decisión, lo hace con el rigor a que nos hemos referido, así: "... *Como Diputado de la Provincia cuya legislatura particular se ha pronunciado por la forma representativa republicana federal,... opinión digo que pueda llamarse o no de la provincia, ella siempre será digna del respeto de un Diputado, pero que no coarta ni quita absolutamente la libertad del que habla para decidirse según su razón y el convencimiento de* su *conciencia...*" Analiza a renglón seguido la naturaleza de los poderes oportunamente recibidos de la Junta de Representantes, que le permitían obrar según su propio criterio, siempre que fueran respetadas en la Constitución Nacional las garantías individuales y la integridad del territorio de la provincia y culmina su voto con estas palabras: "*Concluyo pues, con que debo considerarme en plena libertad para votar el sistema de gobierno que me parezca más adecuado y que a mi razón convence más y decidiéndome como me decido por el proyecto de la comisión*".

Consecuente con sus principios, con conocimiento pleno de las instituciones que se analizaban, por su formación jurídica y su experiencia de gobierno, no vacila en adoptar esta posición.

Cree que es la acertada y sabe que cuenta con autoridad moral para sostenerla.

Su consecuencia con la política del Presidente lo lleva a fundar en el Congreso, el famoso y ambicioso proyecto destinado a abrir un curso de agua entre el Cuyo y el Litoral con el aprovechamiento de diversos ríos mediante su

43 bis *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. III, pág. 258.

comunicación por medios artificiales, llamado el canal de los Andes —31 de julio de 1826—[44].

Es sorprendente el conocimiento que demuestra de las fuentes naturales y recursos hídricos que hacían —a su criterio— factible su construcción, y el énfasis con que documenta su positiva incidencia en la economía de las provincias de Cuyo, al facilitar la comercialización de sus productos, posibilitar su transporte y quebrar, de este modo, el estancamiento en que se encontraban.

Días después —un 22 de agosto de 1826— toma nuevamente la palabra, actitud excepcional para su modalidad. En esta oportunidad para apoyar el proyecto de ley del Poder Ejecutivo autorizando al Presidente para promover y proteger por todos los medios la navegación del río Bermejo[45]. Esto ocurre diez días antes de su presentación al Congreso por la Comisión de Negocios Constitucionales, del proyecto de Constitución Nacional, cuyo artículo 7º establecía la unidad del régimen, tal como se había decidido y en un todo con lo expresado[46].

Cuando la convulsión política originada por esta decisión se precipita, el Presidente sigue imaginando el país del futuro y hombres como Laprida lo secundan con lealtad y patriotismo.

Las críticas que suscitaron estas medidas de gobierno entonces, se han repetido hasta nuestros días. Lo que no llegó aún es la concreción de obras, como la de canalización del Bermejo, que en su momento se las calificó de fantasía, y que hoy siguen teniendo con su factibilidad, la misma prioridad que en la época en que Laprida las reclamaba en la legislatura nacional.

Mientras tanto, puesto el proyecto de constitución a consideración del Congreso —11 de septiembre de 1826—[47]

44 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. III, pág. 328.
45 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. III, pág. 447.
46 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. III, pág. 497.
47 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. III, pág. 587.

se la sanciona y firma juntamente con el manifiesto que debía dirigirse a los pueblos —24 de diciembre de 1826—[48].

Laprida está entre los firmantes.

Presentada a las provincias para su observación como lo disponía su artículo 187, es rechazada.

Mendoza, San Juan y San Luis se encuentran entre las que hacen lo propio y acusan ante el Congreso al diputado Vélez Sarsfield, comisionado a aquel efecto, de acudir al interior a encender la guerra civil[49] —28 de julio de 1827—.

Por su parte San Juan se pronuncia por la forma de estado federal y decreta la cesación de los diputados acreditados en el Congreso Constituyente.

Con la renuncia del Presidente se precipita la disolución del gobierno nacional —18 de agosto de 1827—.

Narciso de Laprida rubrica con sus colegas el acta de la sesión que así lo decide. Ha finalizado la etapa más fructífera, pero también más controvertida de su agitada vida pública.

Como Rivadavia, su pasión argentina se traducía en una inquebrantable lucha por la unidad nacional. Estaban persuadidos de que esa unidad se jugaba en la guerra con el Brasil. No esperaban en ese momento, cuando el país había logrado los triunfos de Juncal e Ituzaingo, que el Congreso fuera desconocido y que el Presidente, desprovisto de fuerzas, se viera obligado a concertar una paz con el Imperio, que no propició, que desgarró la Nación, y que motivó con su caída, la de los poderes nacionales.

Retirado a la vida privada, con su espíritu conculcado por el fracaso de sus ideales políticos regresa a Cuyo. Se detiene, con su familia en Mendoza en momentos en que la anarquía cunde en las provincias andinas.

Comienza, sin saberlo, el último y trágico período de su existencia.

48 *Asambleas Constituyentes Argentinas*, ob. cit., t. III, pág. 1191.
49 C. H. GUERRERO, ob. cit., pág. 185.

VI

EL AÑO 1829. LOS SERVICIOS POSTREROS. SU MARTIROLOGIO Y LA POSTERIDAD

Vuelto a San Juan, el prócer deviene en abogado brillante y periodista con militancia partidaria y acción combativa.

Finaliza 1828. Regresan las tropas del Brasil. A su frente, Lavalle y Paz.

Sobreviene en Buenos Aires —1º de diciembre— la revolución antifederal. Es fusilado el Gobernador Manuel Dorrego —19 de diciembre— triunfo efímero de Lavalle

En abril de 1829, Paz inicia su marcha hacia Córdoba. Lavalle es vencido por López en Puente Márquez y el General Paz derrota a Bustos en San Roque y a Quiroga en La Tablada —22 y 23 de abril de 1829—.

Para junio el Pacto de Cañuelas divide el Partido Unitario, neutraliza a Lavalle y abre a Rosas el camino al Gobierno de Buenos Aires.

Se desplazan al interior con Paz los puntos neurálgicos del poder del país.

Laprida con Rudecindo Rojo desde el periódico "El amigo del Orden" primero, y desde "El Solitario" y "El Repetidor" después lleva a cabo una prédica sostenida contra el Gobernador José María Echegaray —de tendencia federal— y alentado por los avances del General José María Paz.

Encarcelado y engrillado por Echegaray, logra su libertad ante el clamor unánime de las mujeres sanjuaninas que así lo exigen. Facundo se aproxima sembrando su camino con su crueldad.

Laprida —el ilustre Laprida— trato usual que recibía de sus contemporáneos, se traslada nuevamente a Mendoza para ponerse a cubierto de Echegaray. Lo hace con su familia. Lo acompañan otros destacados coprovincianos [50]. En-

50 DAMIAN HUDSON, ob. cit., t. II, pág. 229.

tre ellos un joven de 18 años con su padre. Se llama Domingo Faustino Sarmiento.

Los acontecimientos de Córdoba se proyectan sobre Mendoza —10 de agosto de 1829—. Asume su gobernación el General de la Independencia José Rudecindo Alvarado, guerrero ejemplar, noble carácter, pero de manifiesta ineptitud política.

El ejército de Quiroga está al llegar a San Juan en su camino a Mendoza.

El Coronel Félix Aldao, y sus hermanos José Francisco y Tomás —pertenecientes a las tropas de línea de esa provincia— simulan acatar las órdenes de Alvarado y ponen sobreaviso al Gobierno de San Juan y a Facundo de su orientación unitaria.

Laprida y sus amigos se alistan en el Batallón "del Orden". Mientras tanto la vanguardia de las bandas de Quiroga se aproximan a la ciudad. La indecisión y frialdad de Alvarado contrasta con el valor de las tropas dispuestas a batir la montonera. El propio Laprida sale en esos días y pone en fuga a una partida que había logrado penetrar en el medio urbano. Lo hace como simple cabo, grado con que se ha incorporado.

Los Aldao cercan la ciudad. Los defensores se acantonan en sus afueras y en un lugar denominado "El Potrero del Pilar".

Es el 22 de septiembre. Prelados de la iglesia intervienen para intentar un armisticio, fracasan. Félix Aldao envía a su hermano Francisco al campo de los defensores simulando un acercamiento mientras prepara el ataque. Muere Francisco Aldao y Félix desata, según la crónica de Hudson. "*...la hecatombe más bárbara, la carnicería más horrible que han tenido nuestras guerras civiles*" [51].

En el más completo desorden Laprida logra salir del potrero cuando ya había sido invadido por la turba.

Marchó a la deriva hacia el sur, por caminos y calles que no conocía.

[51] DAMIAN HUDSON, ob. cit., t. II, pág. 252.

Lo seguía el joven Sarmiento que iba a ser el cronista de su trágica muerte: "...*Yo estaba aturdido, ciego de despecho —cuenta Sarmiento— mi padre vino a sacarme del campo y tuve la crueldad de forzarlo a fugar solo, Laprida, el ilustre Laprida, el Presidente del Congreso de Tucumán vino enseguida y me amonestó, me encareció en los términos más amistosos el peligro que acrecentaba por segundo. Infeliz! Fui yo el último de los que sabían estimar y respetar su mérito que oyó aquella voz próxima a enmudecer para siempre... A poco de andar lo asesinaron, sanjuaninos se dice y largos años ignoró el fin trágico que le alcanzó aquella tarde*" [52].

El General José María Paz, por su parte, nos dice: "*El cadáver del Dr. Laprida cuyo nombre figura honrosamente de Presidente del Congreso que declaró la independencia Nacional, fue hallado después de tiempo en oscuro calabozo, donde sin duda fue enterrado vivo*" [53].

La tradición oral no coincide con esta versión de Paz, sí con la de Sarmiento. Fue alcanzado y muerto en la calle. Al día siguiente su cadáver fue expuesto con otros bajo los portales del Cabildo. Sus restos se perdieron para siempre.

Su infortunio terminaba en martirologio oscuro.

"*Vencen los bárbaros, los gauchos vencen*".

"*Al fin me encuentro con mi destino sudamericano*". Dice el patricio en el Poema Conjetural de Borges [54].

Su vida es como una encarnación del espíritu de su tiempo.

Jurista y latinista muere por el cuchillo de la montonera bajo la atónita mirada de Sarmiento.

Laprida y Sarmiento. Facundo y la montonera. Tesis y antítesis de nuestro ser como Nación.

Sarmiento, el cronista de su holocausto será el Gober-

52 DOMINGO FAUSTINO SARMIENTO, *Obras Completas*, t. III, págs. 186/197, Bs As, Libreria La Facultad, 1913.

53 JOSÉ MARÍA PAZ, *Memorias Póstumas*, t. II, pág. 197, Buenos Aires, Imprenta La Revista, 1855.

54 JORGE LUIS BORGES, *Obras Completas*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1974, pág. 867.

nador de San Juan, que materializará algunos de los proyectos de Gobierno que no pudo concretar el prócer.

Lo recordará permanentemente.

Lo hará en la Convención Provincial Revisora de la Constitución de Buenos Aires en 1860.

Lo reiterará en el Senado de la Nación en 1878 y en *Recuerdos de Provincia* estampa su muerte con la grandeza y el dolor de quien ha visto caer un Padre de la Patria.

Así lo recibió la posteridad y así lo recordamos hoy y aquí, él que "estudió leyes y cánones" y cayó luchando para legarnos un país mejor del que lo vio nacer y morir.

HOMENAJE AL DOCTOR MANUEL OBARRIO EN EL SESQUICENTENARIO DE SU NACIMIENTO *

Trabajo sobre la base del cual el académico Dr. José Domingo Ray evocó la personalidad del Dr. Manuel Obarrio, en representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 10 de diciembre de 1986, en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

* Debemos agradecer la información suministrada por el Dr. Felipe Obarrio y su colaboración para la realización del acto académico.

Sumario: I. Su vida. Sus estudios. - II. Funciones públicas. - III. El jurista. - IV. El derecho penal. - V. El derecho comercial y marítimo. - VI. La academia. - VII. El decanato y la reforma del plan de estudios. - VIII. El abogado. El magistrado. El ciudadano. - IX. El testimonio de los estudiantes. - X. Su muerte.

Tengo el honor de representar a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en este acto de homenaje a uno de los más antiguos profesores de nuestra Facultad.

El Señor Decano, por resolución Nº 1241 del 3 de noviembre del mes próximo pasado, designó una Comisión de homenaje con motivo de cumplirse el sesquicentenario del nacimiento del Dr. Obarrio, presidida por él e integrada por los Señores Directores de los Departamentos de Derecho Económico y Empresarial, Dr. Sergio Le Pera, y de Derecho Penal y Criminología, Dr. Andrés D'Alessio, así como también por quien les habla, en razón de ocupar en la Academia el sillón que tiene como patrono al ilustre jurista y hombre público.

Se invitó a nuestra Corporación a adherir a este acto y en la sesión ordinaria del día 13 de noviembre se aceptó la invitación y se nos encomendó la representación.

El Señor Presidente de la Academia, Dr. Marco Aurelio Risolía, comunicó al Señor Decano que "por unanimidad se había decidido adherir a tan justa iniciativa, teniendo en cuenta que el Doctor Obarrio, ciudadano probo y maestro ejemplar en la ciencia de nuestra vocación, integró la Academia y presidió sus destinos, efectiva y honoraria-

mente, durante largo lapso, brindando a las generaciones argentinas ejemplo de consagración a sus tareas en todos los órdenes de su fecunda actividad y larga vida".

I

SU VIDA Y SUS ESTUDIOS

1. — Manuel Obarrio nació el 27 de marzo de 1836, en Buenos Aires, en la casa de su abuela paterna (situada en la calle Piedras, entre las de Victoria y Alsina)[1].

Hijo de Francisco Obarrio y Margarita Luzuriaga, sus antepasados eran personas prominentes de la Colonia y de nuestras luchas por la emancipación.

Su abuelo paterno, Manuel Obarrio, caballero de la Real Orden de Isabel la Católica, nacido en Madrid en 1777, era contador del Tribunal Mayor de Cuentas del Virreinato de Buenos Aires y combatió en la primera invasión inglesa, fue secretario y ayudante de campo de Santiago de Liniers y el único que llegó de los tres encargados de llevar a España el parte de la victoria. En 1808 se casó con Doña María Josefa Cesárea de Lezica y Reyna, natural de Buenos Aires.

Por parte de su madre, Manuel Obarrio era sobrino nieto de dos generales de la Independencia, Toribio de Luzuriaga, condecorado con la orden del sol por San Martín y de José Matías Zapiola, Secretario de la Logia Lautaro y combatiente al pie de Los Andes, en Chacabuco y, luego, en los llanos de Maipo[2].

Obarrio nació en momentos en que reinaba la generación de Mayo y sus coetáneos eran Adolfo Alsina, José Hernández, Nicolás Avellaneda, Victorino de la Plaza y José Manuel Estrada, pero su influencia se extendió en el tiempo

[1] Datos tomados del volumen *Corona Fúnebre* publicado por la "Comisión Popular Pro Homenaje a la memoria del Dr. Manuel Obarrio" (San Isidro), Bs. As., Peuser, 1919.

[2] Antecedentes genealógicos de la familia Obarrio, Lezica Reyna y Cáceres. Ejecutorias y otros documentos. Bs. As., 1923.

y se manifiesta también durante la prevalencia de la llamada generación de 1880, de la cual fueron sus representantes genuinos Julio A. Roca, Carlos Pellegrini, Paul Groussac, Roque Sáenz Peña, Juárez Celman y Aristóbulo del Valle.

2. — Obarrio cursó sus primeras letras en el Colegio Americano, y a los quince años, ingresó en la Universidad, para comenzar sus estudios en la Facultad de Derecho en el año 1852 y culminarlos al doctorarse, el 27 de marzo de 1857, es decir, el día que cumplía veinte años de edad [3].

3. — En ese entonces se exigía para los estudios de Derecho un curso previo de filosofía de dos años y, en la Facultad, se enseñaba Derecho Civil e Internacional, Derecho Canónico y Economía Política [4].

Para su comparación con la actualidad cabe destacar que el título académico no era habilitante y que el examen para el ejercicio de la abogacía se rendía, ante el Superior Tribunal, después de realizar estudios en la Academia Teórico-práctica de Jurisprudencia, aquélla que fundara el Dr. Manuel Antonio de Castro en 1815 [5].

Esa Academia tenía por fin exclusivo iniciar a los practicantes en el conocimiento de las tareas procesales y para ellos el Dr. de Castro escribió su *Prontuario de la Práctica Forense*.

Vencido el término para aspirar al ejercicio de la abogacía, los practicantes debían aprobar dos exámenes, uno de teoría y el otro sobre práctica forense. Obtenida la aprobación por pluralidad de sufragios, se expedía el certificado para solicitar al tribunal de la Cámara, su recepción como abogado.

La reglamentación del Dr. de Castro, con el correr de los años, fue objeto de modificaciones y la ley del 3 de octu-

3 Ver nota 1.

4 La Cátedra de Economía Política, recientemente restablecida, la dictaba Clemente Piñoli, político, emigrado de Italia y compañero de luchas de Manzini.

5 Ver PESTALARDO, *Historia de la Enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Buenos Aires*, pág. 26.

bre de 1872 puso término a la vieja institución para transformarla en una Cátedra de Procedimiento, que se incorporó al Departamento de Jurisprudencia de la Facultad [6].

4. — Obarrio cumplió con las exigencias requeridas para el ingreso en esa Academia ante el Dr. Eduardo Acevedo, y después de realizar los cursos de práctica forense, necesarios para ejercer la abogacía, rindió examen en el Superior Tribunal de Justicia.

El tribunal lo presidió el Dr. Francisco de las Carreras, quien luego fue Presidente de la Suprema Corte, y estaba constituido por los diez abogados más notables del país. Entre estos abogados se encontraba el Dr. Domingo Pica, luego Juez, y quien escribió un artículo en la Revista del Colegio de Abogados, "El Foro", elogiando el examen de dos horas que Obarrio había rendido y que mereció calurosa felicitación del tribunal.

En esa época no se conocían las sociedades colectivas, ni comanditas, ni anónimas, y al ser interrogado acerca de las sociedades comerciales, Obarrio se lució exponiendo sobre ellas, a la luz de un libro de Perssi que había llegado pocos días antes del exterior [7].

II

FUNCIONES PÚBLICAS

1. — Seis meses después de ese examen, el 31 de enero de 1860, Obarrio fue designado Secretario general de la Convención del Estado de Buenos Aires, que debía revisar la Constitución de 1853, en virtud del pacto de San José de Flores, del 11 de noviembre de 1859.

[6] Datos del trabajo de los Dres. Héctor Lafaille, Clodomiro Zavalía y Gastón Federico Tobal, cuyas conclusiones fueron aprobadas por la Academia, en su sesión del 5 de octubre de 1950. Ver "Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", Año I, Segunda Época, Nº 1, Bs. As., 1956, pág. 134.

[7] Ver nota 1.

Esa designación se hizo a instancias, entre otros, de los doctores Félix Frías, Marcelino Ugarte y Luis Sáenz Peña, quienes, como en esa época las versiones taquigráficas eran difíciles, deseaban tener un secretario que redactara las actas "in extenso" y fuera, como ellos dijeron, una garantía para las votaciones [8].

Debe tenerse en cuenta que esa Convención Provincial, cuya primera sesión se celebró el 5 de enero de 1860, a los 55 días del Pacto que siguió a la batalla de Cepeda, fue uno de los pasos tendientes a la unión nacional que se afirma después de Pavón y se consolida 20 años después, en 1880, con la federalización de la ciudad de Buenos Aires.

2. — Obarrio fue Juez del Crimen del Departamento del Norte en 1865, en 1867 fue electo diputado a la legislatura de la Provincia de Buenos Aires, cargo que desempeñó por reelección durante tres períodos y, más tarde, fue durante dos períodos consecutivos senador a la misma Legislatura [9].

Formó parte de la Convención Constituyente, que reformó la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, jurada en 1873.

Fue Conjuez de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, desde la fundación hasta su traslado a la ciudad de La Plata, y de la Suprema Corte Nacional desde 1870.

En 1901, fue electo presidente de la Comisión Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, cargo que desempeñó por reelecciones sucesivas hasta 1907, año en que aquélla terminó su cometido. Durante su presidencia, ocupó varias veces la Intendencia Municipal.

A partir de 1908 fue miembro del Directorio del Banco Hipotecario Nacional, puesto que desempeñaba a su fallecimiento.

8 Ver nota 1.

9 En 1894, cuando fue elegido Senador provincial por el partido Radical, y no le es posible cumplir con el precepto constitucional de la residencia, entendió que no podía aceptar el honor que le dispensaron sus electores. La Cámara de Senadores no admitió su renuncia pero, considerando él que no debía faltar a los deberes impuestos por la Constitución, insistió nuevamente en ella y entonces le fue aceptada. (Ver *op. cit.*, nota 4.)

Los cronistas de la época de Obarrio dicen que en más de una oportunidad se le ofrecieron cargos ministeriales, pero que declinó desempeñarlos por razones personales.

Fue socio honorario del Colegio Nacional de Escribanos, Vice-Rector de la Universidad de Buenos Aires, Presidente honorario de la Asociación de Empleados Municipales y Presidente de la Comisión del Policlínico San Martín.

Integró numerosas comisiones para el estudio de temas de interés público, y proyectó un reglamento de teatros, durante la Intendencia de Torcuato de Alvear.

El primer puesto público que ocupó, siendo muy joven, fue el de miembro de una comisión de inmigración, para el que fue designado por el Presidente Sarmiento, juntamente con don Manuel Ocampo y otros distinguidos caballeros de la época [10].

III

EL JURISTA

Obarrio se distinguió en la función pública, pero fue en el campo del derecho en el cual su personalidad se manifestó con ribetes extraordinarios.

Se le designó Profesor de Derecho Comercial y Penal en 1872, Académico de la Facultad en 1874, Decano en varios períodos y presidió, en forma efectiva y honoraria, la Academia de Derecho, cuando ésta había ya dejado de ser el órgano de gobierno de la Facultad.

Recibió toda clase de distinciones de sus colegas y alumnos y contribuyó con su talento al progreso de la legislación nacional, a la mejora de la administración de justicia y a la formación de las generaciones durante muchos lustros.

En 1936, en nuestra Facultad de "Las Heras", el Decano Dr. Clodomiro Zavalía y el Profesor Leopoldo Melo, quienes fueran sus alumnos, evocaron su personalidad, con motivo de celebrarse el centenario de su nacimiento. Y Melo, recor-

10 Ver nota 1.

dando una anécdota y palabras de Goethe, destacó que Obarrio supo mantenerse alejado de las vicisitudes políticas, refugiarse en la majestad de la cátedra y mantenerse en el austero ambiente del claustro universitario, donde únicamente la ciencia es la luz que brilla [11].

IV.

EL DERECHO PENAL

Obarrio tuvo a su cargo durante años la Cátedra de Derecho Penal, y la "Introducción" a las veinticinco lecciones que constituyen su *Curso de Derecho Penal*, la dedicó a la crítica de la escuela positivista, a las teorías de Lombroso, de Ferri y de Garófalo, en Italia, y a la escuela sobre las causas sociales del crimen, en Francia.

Obarrio comienza esa "Introducción" diciendo:

"Cuando en el año 1884 dicté el curso universitario de derecho penal en nuestra Facultad, había aparecido recientemente el libro del doctor Lombroso titulado "L'Uomo Delincuente", que iniciaba una revolución demoledora en los principios fundamentales sobre que descansaba la legislación criminal de todos los pueblos civilizados.

El libro contenía teorías aparentemente nuevas, expuestas con talento indiscutible y en forma brillante; pero por sí solo no podía constituir una escuela. En todos los tiempos y en todos los países, hombres más o menos eminentes han avanzado y defendido ideas y doctrinas tan extraordinarias y excepcionales, que el mundo intelectual, en los primeros momentos, ha mirado con asombro por lo atrevido de la concepción; pero que ha visto pasar en seguida como esos cuerpos fosforescentes que cruzan rápidamente el espacio y cuya luz se extingue casi al mismo tiempo en que ha sido notada.

[11] Homenaje al Dr. Manuel Obarrio el 27 de marzo de 1936. Discurso del Dr. Leopoldo Melo. Boletín del Seminario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año 1936, t. I, pág. 239.

La historia de la humanidad acredita este aserto con abundantes y notables ejemplos.

No creí, pues, deber ocuparme en mis lecciones orales, de la obra que acabo de recordar. No tenía ella en esa época notoriedad ni prestigio científico. Más tarde los conquistó; y como lo sorprendente y lo novedoso, sobre todo, cuando las vestiduras con que el talento sabe adornar sus producciones, impresiona y admira, cundió velozmente, obtuvo fervorosos propagandistas y sirvió de base angular a la escuela conocida actualmente con el nombre de escuela positiva penal".

Se justificaba así Obarrio que dedicara esa introducción a refutar los conceptos del positivismo penal, para señalar que la experiencia, las demostraciones prácticas, y los hechos, habían patentizado lo deleznable de sus bases. Y cuando compara la escuela italiana y la francesa dice Obarrio:

"Hay entre las dos escuelas una línea de separación profunda. La italiana mira al criminal como un anormal irresponsable, sin que pueda ser susceptible de corrección o de reforma. En defensa del interés social, lo encierra en una prisión para impedirle que haga daño.

"La escuela francesa admite, por el contrario, la posibilidad de la reforma del criminal, admite que el hombre que cae en el abismo del crimen pueda por la cooperación de ciertos medios sociales, alcanzar su mejoramiento o enmienda".

"Pero, las dos escuelas se aproximan o identifican en un punto: el hombre no es moralmente responsable de sus actos: hay una fuerza que lo impulsa al crimen, fuerza formada por los signos fisiológicos u orgánicos, según una, y por factores o causas sociales, según la otra. En una palabra, se confunden en su base: el hombre no es libre; el libre albedrío es una invención de los metafísicos y de los teólogos, como lo había dicho en el siglo XVIII el célebre filósofo materialista Naigeon".

"Hemos llegado al punto culminante de la doctrina fatalista cuyo origen se pierde en la oscuridad de los tiempos —decía Obarrio— y la cuestión de la libertad moral se encuentra hasta cierto punto agotada porque en el fondo todo

está dicho y la imputabilidad penal y la justicia del castigo social se funda en la libertad moral".

Obarrio seguía las líneas de la escuela de Carrara y Juan Agustín García, el autor de *La Ciudad Indiana*, decía refiriéndose al maestro: "Él pertenece a la escuela clásica y es de un espiritualismo radical, convencido de nuestro libre albedrío y de la superioridad mística del hombre sobre los demás seres" [12].

Hemos reproducido estos pensamientos de Obarrio porque sintetizan su posición sobre esa polémica y nos recuerdan cuando las cátedras de derecho penal de nuestra Facultad de "Las Heras" enfrentaban las corrientes de la escuela clásica de Juan P. Ramos, con la positivista en sus dos fases: la de Eusebio Gómez y la de Alfredo Molinario y aparecía, entonces, una nueva, la "técnico-jurídica", desarrollada por los juristas alemanes y expuesta brillantemente entre nosotros por el Dr. Sebastián Soler.

Hoy día se han superado esas posiciones y el derecho penal transita por la corriente dogmática, complementada por estudios de carácter criminológico.

No entraremos en detalles, pero cabe destacar que las clases de Obarrio estaban orientadas al planteo filosófico e histórico sobre el delito, sobre la pena, sobre la justicia humana, la crítica a la delegación divina, la diferencia entre lo civil y lo penal, la coparticipación en el delito y su oposición a la pena de muerte, sin perjuicio del comentario de los artículos del Código Penal entonces vigente.

Obarrio formó parte con destacadas personalidades de la Comisión que redactó el Proyecto que luego fue el Código de Procedimientos Criminales y también tuvo a su cargo la redacción del Proyecto de Código Penal Militar para la Armada (1882) y para el Ejército, así como la normativa para el establecimiento de los tribunales militares.

12 Ver *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, de JUAN SILVA RIESTRA. Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (1969), pág. 91, en *Luis María Drago, sus estudios de Derecho Penal.*

V

EL DERECHO COMERCIAL Y EL MARÍTIMO

Como hemos dicho, cuando Obarrio se incorporó a la Facultad, fue designado Profesor de Derecho Penal y Comercial y al dividirse las dos materias optó por esta última.

En esa época predominaban las enseñanzas de la escuela de la exégesis y, según palabras de Dell'Oro Maini, Obarrio asignaba al profesor, cualquiera fuera la rama del derecho a su cargo, la misión de enseñar la letra y espíritu de la ley pero coordinando acertadamente los rigores del método exegético con las exigencias de nuestra economía y la reforma de la legislación.

"En sus lecciones —dice Dell'Oro Maini— Obarrio se empeñaba por ahondar en el sentido de cada artículo del código 'cuyas disposiciones, tomadas de legislaciones distintas, reclaman a cada paso la consulta de sus numerosos expositores, ya para indagar la razón a que obedecen, ya para determinar el alcance de sus preceptos, ya para conocer las doctrinas que aceptan los principios a que responden, ya —muchas veces— hasta para averiguar la exactitud de los términos que las consignan', y, de este modo, adiestrar a los alumnos en el razonamiento personal sobre los fundamentos de cada solución (*Código de Comercio Argentino concordado y comentado*, 1877-1882)" [13].

En la "Revista de Legislación y Jurisprudencia" del año 1872 [14] figura su conferencia inaugural en la Cátedra de Derecho Comercial.

En esa clase después de hacer unas referencias históricas dice que se limitará a hacer notar someramente el adelanto de la ciencia sobre las tres materias más trascendentales y más

13 Ver Atilio Dell'Oro Maini, homenaje a Leopoldo Melo en la publicación de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y en los "Anales" de la Academia.

14 La Revista de Legislación y Jurisprudencia bajo la dirección de José María Moreno, Ceferino Araujo, Antonio Malaver y Juan José Montes de Oca.

importantes, a su juicio, de la legislación mercantil: las quiebras, las letras de cambio y los seguros marítimos.

Enjuicia el problema de la quiebra, aplaude la doble sindicatura y señala que se ha superado el tiempo en que la quiebra y el fraude se consideraban sinónimos, recordando palabras de Bedarride y de Troplong.

Puntualiza la función de la letra de cambio que, según Massé, reemplaza el dinero por el crédito, la moneda metálica por el papel y el valor intrínseco por el valor nominal. Recuerda que la Ordenanza de 1672 contempló la institución, que el Código francés de 1807 perfeccionó y que nuestros legisladores de 1857 jerarquizaron las letras de cambio, independizándolas de todo otro contrato, y a fin de justificar sus palabras reproduce las de la nota con que los redactores acompañaron el proyecto de Código de Comercio, citando las doctrinas anglosajonas.

Y, por último, se refiere al seguro marítimo, cuyos primeros fundamentos legislativos los atribuye a las célebres Ordenanzas de Barcelona de 1435, para concluir sosteniendo que, a la par que el vapor y el telégrafo, el seguro produjo una transformación completa en las relaciones mercantiles de los pueblos e impulsó sensiblemente al comercio internacional.

Del *Curso de Derecho Comercial* y de su *Código de Comercio Comentado*, se efectuaron varias ediciones, colaborando en alguno de los tomos los que fueron sus discípulos, los Dres. Adrián Beccar Varela, Raimundo Wilmart y Carlos Malagarriga.

En una de las "Introducciones" a esas obras, destaca Obarrio que el derecho comercial pertenece a uno de los brazos del derecho privado, pero que bajo cierto orden de relaciones, forma también parte del derecho público y del internacional.

Se adelanta así Obarrio a su época y pone de manifiesto la dificultad de encuadrar algunas materias como típicas de derecho público o privado, cuando —como se señala hoy día— esta distinción no es más que una idea reguladora y relativa para la clasificación de los sectores del orden jurídico.

La magnífica obra de Amancio Alcorta *Fuentes y Concordancias del Código de Comercio*, publicada en 1887, fue precedida de una "Introducción" de Manuel Obarrio.

Después de puntualizar la importancia del derecho romano como "base fundamental del derecho civil moderno" y de destacar que "ocupará siempre con merecido título una de las páginas más brillantes en la historia del saber y de la previsión humana", Obarrio afirma que no se puede decir lo mismo con respecto al derecho comercial porque los romanos no tenían mayor experiencia respecto al comercio y sólo pueden recordarse algunas disposiciones aisladas como el "nauticum foenus" o las "leyes Rhodias".

Esto se explica porque el derecho marítimo, al que corresponden esas instituciones, era entonces una especie de derecho de gentes, más o menos uniforme en el tiempo y en el espacio.

Señala la importancia de ciertos acontecimientos para el progreso del comercio en la Edad Media y en la Edad Moderna, pasando revista a los estatutos de Venecia y Pisa, en Italia, Hamburgo, Lübeck, Bremen y Colonia del Norte, Brujas en lo que sería Bélgica, y Marsella en el Sur. Después de mencionar el Consulado del Mar, los Roles de Olerón y las Reglas de Wisby que se aplicaban, respectivamente, en el Mediterráneo, en el Atlántico y en el Báltico, recuerda las dos Ordenanzas dictadas a instancias de Colbert, durante el reinado de Luis XIV, en 1673 y 1681, para regular el comercio terrestre y todo lo referente a la marina mercante y al tráfico marítimo.

Toda la obra de Obarrio documenta sus lecturas de autores extranjeros y son continuas las referencias a Valin, Emerigon, Pardessus, Desjardins, Bravard Veyrieres, Dellamare y Lepoitvin, Massé y Vidari, para citar algunos de los tantos juristas mencionados en sus clases y publicaciones.

Hemos tenido oportunidad de leer su *Curso de Derecho Comercial* editado en 1902, así como los apuntes de clase tomados por Rómulo S. Naón y publicados en el año 1913 e interesa destacar la importancia que él le daba a las Conferencias Internacionales de Derecho Marítimo.

En el tomo III de ese *Curso* dedicado a ese sector del Derecho, decía Obarrio:

"Hemos creído deber consignar por vía de apéndice a este libro, las resoluciones propuestas en forma de un proyecto de convención de derecho internacional marítimo en el Congreso reunido en la ciudad de Bruselas en el año 1888 y en el cual estuvo representada la República Argentina por un delegado especial.

Es a todas luces conveniente conocer esas resoluciones, que fueron el resultado de un laborioso estudio y de detenidas discusiones sostenidas por varios de sus distinguidos miembros, entre los cuales figuraba el eminente comercialista francés M. Lyon-Caen y otros renombrados jurisconsultos. Esta consideración nos ha determinado a insertar esas resoluciones al final de este volumen, teniendo especialmente en cuenta que el libro que las contiene: *Actas del Congreso Internacional de Derecho Comercial de Bruselas de 1888*, es muy escaso en nuestras librerías".

No es de extrañar —entonces— que después de la labor realizada por Obarrio desde la cátedra y en sus obras, Estanislao Zeballos en 1905, decidiera constituir la Asociación Argentina de Derecho Marítimo, como rama o filial del Comité Marítimo Internacional, fundado pocos años antes, en el último decenio del siglo XIX.

Precisamente el Consejo Ejecutivo de esa Asociación —que tengo el honor de presidir— decidió por unanimidad en el día de ayer, 9 del corriente, adherir al homenaje que se rinde.

Y retornando a la "Introducción" a la obra de Alcorta, debemos señalar que, refiriéndose a los antecedentes de nuestro Código de Comercio, destaca la participación y forma de trabajar en su redacción de Acevedo y de Vélez Sársfield y el informe de Tejedor que, en 1859, determinó su sanción como legislación provincial.

Obarrio reivindica así la labor fundamental que tuvo Vélez Sársfield en la concepción y redacción del Código de Comercio.

"El procedimiento observado por la Comisión en el desempeño de su mandato, fue el de dividir las funciones de sus miembros, encargándose el Dr. Acevedo de la preparación del proyecto y ejerciendo el Dr. Vélez la de revisador o consultor".

"La Comisión se reunía una o dos veces por semana. La orden del día, si podemos llamarla así, era formada por el título o títulos designados de antemano. El Dr. Acevedo presentaba sus trabajos a la consideración de su colega, quedando aceptados o modificados, según las conclusiones a que arribaban después de un maduro y detenido examen".

"La exactitud de nuestros informes respecto de esta manera de proceder, la encontramos confirmada por el señor Sarmiento en la sesión de 30 de junio de 1859 del Senado de Buenos Aires. Después de recordar la forma en que el Gobierno de la República de Chile había hecho preparar el Código Civil, decía textualmente ocupándose del Proyecto de Código de Comercio: «el Gobierno de Buenos Aires ha procedido por este mismo sistema, aunque con mucha más simplicidad, encargando al Sr. Ministro de Gobierno, que lo era entonces el Dr. Vélez, que fuera examinando los trabajos confiados al Dr. Acevedo, poniéndoles el visto bueno y su aprobación con las reformas que creyere oponer a cada uno de sus artículos, según iba confeccionando el Código»."

"Habría error en creer, sin embargo, que el Dr. Vélez limitara su intervención a juzgar del mérito de las disposiciones proyectadas, aceptando o proponiendo a su respecto correcciones o enmiendas. No: algunas veces tomó la iniciativa y preparó el trabajo, invirtiéndose entonces los roles. Puede citarse como principal ejemplo la parte del Código que se ocupa de los principios fundamentales de la letra de cambio."

Resaltando la importancia de la obra de Amancio Alcorta, Obarrio dijo: "viene a llenar el vacío que significaba el no contar con las fuentes y concordancias que los legisladores, por razones de tiempo, no incluyeron al remitir el Proyecto al Poder Ejecutivo Provincial".

Y realmente podemos reiterar ese juicio por la utilidad que la obra de Alcorta nos prestó, cuando estaba en vigencia el Libro III del Código de Comercio sobre los derechos y obligaciones que resultan de la navegación, porque, a través de ella, compulsamos las fuentes y concordancias de los distintos artículos de la ley para explicar institutos que, si bien conservaban sus notas esenciales, se presentaban en este siglo con una fisonomía distinta a la que tenían a la fecha de su proyección en el texto legal. Esta nueva fisonomía se debía a los adelantos técnicos como el vapor, los cascos de acero, el telégrafo sin hilos y las nuevas modalidades del tráfico.

VI

LA ACADEMIA

Como se ha dicho Obarrio presidió la Academia de Derecho y fue Decano de la Facultad en varios períodos.

Cuando se incorporó a la Academia, ésta era el cuerpo de gobierno de la Facultad y cabe formular algunas precisiones sobre el carácter de la Corporación de ese momento y de la actualidad.

Después de la ley Avellaneda y de los estatutos dictados en concordancia con la misma, a los miembros titulares de las Facultades se les denominaba "académicos" y en ellos se preveía su designación, sus obligaciones, su duración vitalicia y las causas de la posible remoción, considerando que "las Academias" eran las encargadas del gobierno y progreso de esas casas de estudios.

El 29 de agosto de 1906 el Poder Ejecutivo que ejercía el Dr. Figueroa Alcorta, aprobó los nuevos estatutos de la Universidad de Buenos Aires y se crearon los Consejos Directivos, asignándoseles a las Academias, por primera vez, fines propios: el estudio y dilucidación de cuestiones científicas, evacuar consultas e informes sobre planes de estudios y tareas similares.

La reforma de 1906 importó una modificación fundamental al separar los Consejos Directivos, constituidos por los profesores elegidos por el cuerpo docente, para el gobierno de las Facultades, de las Academias compuestas por miembros vitalicios, destinadas a otros propósitos que el manejo de las casas de estudios.

Obarrio formó parte de la Academia de Derecho cuando era órgano de gobierno y también después de 1906, cuando pasó a constituirse en una corporación que debía propugnar estudios de carácter científico y evacuar consultas en el sector del derecho y de las ciencias sociales.

Cabe señalar que las Academias, como corporaciones de quienes se hubieran distinguido en materia científica y como centros de estudio y consulta, creadas en 1906, se perfeccionaron como organismos autónomos, por un Decreto del Presidente Alvear, del 19 de noviembre de 1923, cuando se aprobó una nueva modificación a los estatutos de la Universidad de Buenos Aires, después de la reforma de 1918 [15].

15 El Art. 68 al referirse a las atribuciones de la Academia, enumera entre otras, las siguientes:

1º) Estudiar y dilucidar cuestiones de carácter científico concernientes a los diversos ramos del saber y enseñanza universitarias.

2º) Evacuar las consultas de orden científico que les hicieren el Consejo Superior a los Consejos Directivos.

3º) Informar a los Consejos Directivos sobre planes de estudios, etc.

En realidad, los Consejos Directivos eran herederos directos de las Academias de los Estatutos anteriores, en tanto que la nueva institución no tenía con la anterior otra cosa en común que el apelativo, aplicado sobre la base de tratarse de una Corporación.

El Decreto del Presidente Alvear tiende a reafirmar la existencia autónoma de las Academias, sustrayéndolas a las contingencias políticas, religiosas, económicas y sociales, y dotarlas de la personería necesaria para que puedan realizar sus trabajos e investigaciones adecuadas a las disciplinas características de cada Academia. A ese fin, las separa de los estatutos de la Universidad para erigirlas en instituciones autónomas, eliminándose las academias de los estatutos de la Universidad.

VII

EL DECANATO Y LA REFORMA DEL PLAN DE ESTUDIO

Obarrio, como decano de la Facultad, al comenzar este siglo y referirse a la reforma del plan de estudios, decía que la verdadera misión de la Universidad, no sólo era preparar profesionales, legistas como antes, sino verdaderos hombres de Estado.

El punto de partida al formular un plan de estudios de una Facultad, debe responder a la pregunta de qué se propone con el mismo.

¿La formación de hombres con una cultura humanística, jurídica y política? ¿o egresados que se encuentren habilitados por su título, para desempeñarse en un determinado sector profesional?

Debe problematizarse esta pregunta. ¿El título profesional debe ser habilitante o simplemente académico? Y si la respuesta fuera por la segunda alternativa ésta supone su complementación con otros estudios o prácticas y la exigencia de un examen o pruebas de suficiencia para el ejercicio profesional.

La respuesta frente a esa pregunta debe ser meditada profundamente porque las características y exigencias de la sociedad actual lo exigen. Y el tema es de actualidad, porque en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires se está viviendo la experiencia de un nuevo plan de estudios y de su implementación, frente a las exigencias de una sociedad en crisis.

VIII

EL ABOGADO, EL MAGISTRADO, EL CIUDADANO

En el libro de *Discursos Académicos* cuya publicación se dispuso en 1911, con una interesante "Introducción" del Vicedecano de entonces, Dr. Juan Agustín García, se en-

cuentra el discurso que Obarrio pronunció el 24 de mayo de 1887, dirigido a los alumnos a quien se les confería el título de doctor.

En ese discurso hace el elogio de la abogacía, destacando la importancia de la misma, a la par que la dificultad para ejercerla dentro de las normas de la ética.

"El abogado se debe a todas las clases —decía— y en medio de su independencia y de su libertad tiene que consagrar a sus semejantes sus talentos y sus luces, cualquiera que sea el momento en que se soliciten sus servicios, sin que deba tener en cuenta la posición social de las personas, sus condiciones de fortuna o su importancia política, porque el abogado se debe a todas las clases y a todos los hombres, al rico como al pobre, al encumbrado en los altos puestos públicos como al que vaga oculto y perdido entre las grandes masas populares."

"Nada debe detener al que se dedica a tan noble carrera, sino lo indigno y lo injusto. Ni lo ímprobo de la labor, ni las dificultades de la lucha, ni los sinsabores que la amargan, ni las heridas que produce, ni las decepciones que origina, pueden hacer desviar del recto sendero al abogado que comprende que en el templo de la justicia es el sacerdote encargado de velar por el triunfo glorioso de la verdad y el derecho."

Señala luego la diferencia con el magistrado, destacando que su misión es más tranquila, pero también más difícil y escabrosa.

Dice Obarrio: "Mas lo que en el abogado puede llegar a disculparse, en el juez sería siempre una gravísima falta. Encargado de administrar justicia, debe darla completa a quien la tenga, sin esperanzas ni temores, sin afectos ni odios. Ni los halagos del poderoso ni las lágrimas del infortunio pueden alcanzar hasta el que ejerce el ministerio sagrado de atribuir a cada uno lo que es suyo, haciendo respetar el derecho y cumplir el deber".

Y más adelante agrega: "El diploma que acabáis de recibir os habilita asimismo para entrar con ventaja en las

luchas políticas, más o menos ardientes, más o menos fecundas, pero que tanto seducen a los espíritus jóvenes. Estáis preparados para esas luchas. Conocéis en su conjunto y en sus detalles, en su letra y en sus propósitos, ese libro pequeño en cuanto a su forma, grande, muy grande por su significado y por su importancia: el libro que contiene la ley fundamental de la república".

Señala la importancia de nuestra ley suprema, la Constitución Nacional, como bastión de los derechos y garantías de los habitantes de la República y línea de conducta de gobernantes y gobernados.

Brinda sus máximas para conducirse en los distintos planos:

"Es necesario, sin embargo, tener siempre en cuenta que para ser buen abogado, buen juez y buen ciudadano, debe conservarse la conciencia sin sombras, la dignidad sin mengua, la independencia sin flaquezas".

Y concluye su discurso formulando interesantes reflexiones sobre la familia en la historia, recordando que todos debemos tener presente como regla general que "en los triunfos de los hijos hay que ver siempre el esfuerzo y la cooperación fecunda de los padres".

IX

EL TESTIMONIO DE LOS ESTUDIANTES

Obarrio fue homenajeado por los estudiantes en numerosas oportunidades y cabe su recuerdo cuando se le testimonió el cariño y el reconocimiento de los alumnos.

Al finalizar su Decanato en la Facultad de Derecho los alumnos destacaron que había sido el amigo de la juventud y un celoso, ardiente y convencido defensor de sus derechos.

En el diario "La Nación" del 13 de abril de 1894, con motivo de esa demostración, se transcriben las palabras que

figuran en el álbum que los estudiantes le entregaron en prueba de afecto.

La placa del álbum dice: "Como maestro, vuestra acción eficiente está llamada a desenvolverse y prolongarse con el tiempo.

"Como decano, os hicistéis amar sin pretenderlo y adquiristeis renombre sin buscarlo."

Y con motivo de un homenaje al Dr. Aristóbulo del Valle, son elocuentes las palabras del joven Vicente Gallo, medalla de oro y futuro Rector de la Universidad, cuando dice: "Señor Decano: Sois la primera autoridad dentro de la Facultad de Derecho, más que por el cargo que investís, por el respeto cariñoso con que la juventud que en ella se educa rodea vuestro nombre y halaga los días tranquilos de vuestra noble vejez, y es una satisfacción unánime que seáis vos el padre de los estudiantes —como con justicia se os llama— quien recibáis el homenaje con que honramos la memoria de uno de vuestros más grandes e ilustres compañeros en la tarea de la enseñanza..."[16]

X

SU MUERTE

Obarrio murió el 27 de diciembre de 1918 en su quinta de San Isidro y su sepelio fue una demostración del reconocimiento público.

La lectura de los artículos publicados entonces, los decretos de honras fúnebres y los discursos pronunciados en ocasión del sepelio por los mandatarios de importantes entidades del quehacer nacional, testimonian esa afirmación [17].

16 Ver *Dr. Vicente Gallo*, pág. 193 de obra citada, nota 12.

17 El Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Dr. Leopoldo Melo, designó para hablar en el sepelio al Dr. Tomás R. Cullen y a los Drs. Juan Carlos Cruz y Norberto Piñeiro para que juntamente con el Dr. Cullen concurrieran al velatorio y acompañaran sus restos.

El Colegio de Abogados de Buenos Aires adoptó idéntica actitud y se le

Estuvieron representados la Facultad de Derecho, el Colegio de Abogados, el Centro de Estudiantes, Instituciones municipales, sociales y deportivas de la ciudad de San Isidro y de la Capital y concurrió a la Recoleta el Presidente de la República.

Por decreto del Poder Ejecutivo Nacional se dispuso que la bandera nacional permaneciera a media asta en señal de duelo y en los considerandos del mismo se dejó constancia que era un deber del Gobierno Nacional honrar la memoria de un servidor de la patria como el Dr. Obarrio.

Pocos meses después de la muerte de Obarrio, con motivo de las Fiestas Patronales de San Isidro y cumpliendo con una Ordenanza del 26 de enero de 1919, se dio el nombre de "Avenida Manuel Obarrio" al tramo de la actual Avenida Libertador, desde la calle Primera Junta hasta el límite del Partido con San Fernando.

Fue un homenaje de la ciudad de San Isidro para testimoniar su reconocimiento a quien con su conducta supo granjearse el afecto y agradecimiento de sus vecinos.

Señoras y Señores:

Al escribir estas líneas y recordar la obra del Dr. Obarrio y de esas generaciones del siglo pasado y comienzos del presente, volvió a mi mente una pregunta que más de una vez nos hemos hecho —y que muchos otros también se habrán formulado—. ¿Por qué la Argentina de los últimos cincuenta años, no ha podido seguir la línea evolutiva que se

---

encomendó a su Presidente, el Dr. P. Olaechea y Alcorta que asumiera la representación.

En nombre del Colegio Nacional de San Isidro el Dr. Rafael Noceti despidió sus restos en la estación de San Isidro, cuando se trasladaban para recibir sepultura en la Recoleta.

El Comisionado Municipal del partido de San Isidro dictó un decreto de honores para honrar a quien había sido Asesor Letrado ad-honorem de la Municipalidad.

Los clubes sociales, náuticos y atléticos de San Isidro, así como sociedades de beneficencia, asilos y el hospital de la ciudad adhirieron, encomendándosele al Señor Avelino Rolón la representación en el acto del sepelio en la Recoleta.

Y, por último, en representación del Banco Hipotecario Nacional el Dr. Rafael Herrera Vegas se refirió a la personalidad del Dr. Obarrio.

podía vislumbrar al momento del centenario de Mayo y, más aun, en los primeros treinta años de este siglo?

La respuesta supone un estudio sociológico a fondo de la Argentina, de las clases dirigentes y de las generaciones de entonces, de aquella a que perteneció Obarrio, por comparación a las que gravitaron en estos últimos cincuenta años.

Unos pocos meses atrás, en unas reflexiones que formulamos en el Centro de Ingenieros decíamos que debemos vivir con miras al futuro pero que, a veces, debíamos poner la vista en nuestro pasado para recibir la lección de la historia.

Recordemos entonces las palabras de un gran hombre de la generación de Obarrio, Nicolás Avellaneda, en ocasión de cerrar su proclama, como primer magistrado, invitando a sus conciudadanos a repatriar los restos del General San Martín:

"Desgraciados los pueblos que olvidan, aquellos de cuyo corazón desaparece la memoria de sus bienhechores.

Los pueblos que olvidan sus tradiciones pierden la conciencia de sus destinos, y los que se apoyan sobre tumbas gloriosas son los que mejor preparan su porvenir."

La evocación de Obarrio responde a ese imperativo y al reconocimiento a que se hace acreedor quien fue maestro de la juventud. Ojalá las generaciones que deben gravitar hoy y mañana en la República sigan su ejemplo.

EL BICENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN AMERICANA Y EL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO

Disertación ofrecida por el académico correspondiente Dr. Pedro J. Frías, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 11 de diciembre de 1986

Discurso de recepción del académico Presidente
Dr. Marco Aurelio Risolía

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires se complace en ofrecer su tribuna a un nuevo miembro correspondiente, el Dr. Pedro José Frías, sobre cuya prestigiosa personalidad no considero necesario abundar ante este culto auditorio.

Es bien sabido que nació en Córdoba la docta, de muy noble y esclarecida ascendencia; que se graduó en la ilustre Universidad mediterránea; que ha sido en ella profesor titular, consejero y vice-decano; que ha prestado eminentes servicios en la diplomacia como embajador en Bélgica y ante la Santa Sede, amén de cumplir otras misiones especiales; que ha prestado también su asesoramiento a nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en delicadas cuestiones internacionales y, en fin, que integró la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la que se apartó por renuncia en 1982.

Es bien sabido, además, que integra como miembro de número la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y preside la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, sucediendo en tal destino a otra eminente personalidad, el Dr. Alfredo Poviña, quien fuera también miembro correspondiente de nuestra corporación y cuya muy lamentada ausencia en actividades propias o conjuntas viene a cubrir el Dr. Frías con sobrados méritos.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires le da la bienvenida por mi voz y le brinda su tribuna con verdadero orgullo.

Ha escogido para disertar ante nosotros un tema de notoria actualidad. Hablará sobre el bicentenario de la Constitución Americana del Norte en relación con el proceso histórico, político y jurídico de nuestra organización constitucional.

Nos aprestamos a escucharlo con patriótico y elevado interés. Nos urge y nos alerta un proceso de reformas en cierne, cuya trascendencia no puede ocultarse.

Madurar criterio sobre ese delicado asunto es una obligación ineludible del honesto ciudadano argentino. Y quien ha de hablarnos hoy sobre el tema es un eminente jurista, un ilustrado académico, un ahincado investigador en Derecho Político, Constitucional y Administrativo, cuyo linaje intelectual entronca en el pasado y se proyecta en el presente y el porvenir de la República.

Para mí, que soy su amigo, es un verdadero placer dejar en sus manos el diploma y la medalla que lo acreditan como miembro correspondiente de nuestra corporación y ofrecerle la tribuna en cuya posesión lo dejo.

Permítaseme manifestar, empero, antes de poner fin a estas palabras de apertura, que nuestra corporación ha designado también miembro correspondiente en Córdoba, a otro ilustrado jurista, el académico Dr. Héctor R. Cámara, cuya presencia en este acto nos honra.

Eminente cultor en la rama del Derecho Comercial, Profesor titular emérito de la Universidad de Córdoba y Director de su Instituto en la mencionada asignatura; conjuez durante muchos años de la Justicia Federal en su provincia y conjuez, asimismo, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es autor de muchas y muy valiosas publicaciones y ha comprometido su contribución inmediata para el próximo ciclo de nuestros actos públicos, pero ha querido además, por razones obvias, estar presente en la cita de hoy, y aquí lo tenemos.

Me adelanto pues, con su expresa conformidad, a dejar también en sus manos el diploma y la medalla que acreditan la designación a que me refiero, sin perjuicio de cuanto quepa añadir en ocasión de cederle con la misma complacencia esta tribuna.

Dr. Cámara: Le ruego que se aproxime al estrado.

Doctor Frías: Queda usted en el uso de la palabra.

EL BICENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN AMERICANA Y EL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO

SUMARIO: 1. Dos siglos de constitucionalismo en América. - 2. La Constitución americana según la Corte Suprema. - 3. El Estado social de Derecho. - 4. El Poder Legislativo. - 5. El Poder Ejecutivo. - 6. El federalismo. - 7. De la libertad "de" a la libertad "para".

1. *Dos siglos de constitucionalismo en América.* Me ha parecido útil conjugar a través de algunas instituciones fundamentales el constitucionalismo norteamericano y el argentino, en función del bicentenario a cumplirse el año próximo en el país del Norte y nuestras actuales preocupaciones constituyentes. No usaré el método comparatista en sentido propio. No me preguntaré porqué dos constituciones tan semejantes han presidido —si es que entre nosotros puede decirse que ha presidido— procesos sociales y estatales diferentes. Estimo que una asociación de temas, que centro en Estado social de Derecho, en el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial y en el federalismo, sugerirá conclusiones espontáneas.

La bibliografía sobre la Constitución de los Estados Unidos es abundante, incluso en español [1]. Sigo el libro de Corwin. Hughes había dicho que "la Constitución americana es lo que la Corte Suprema dice que es". Los discípulos de

[1] CORWIN y PELTASON, *La Constitución*, Omeba, Buenos Aires; DORSEY y DUNSFORD, *La libertad constitucional y el derecho*, México, 1967; BEARD, *Una interpretación económica de la Constitución americana*, Arayú, Buenos Aires, 1953; SUTHERLAND, *De la Carta Magna a la Constitución*, TEA, Buenos Aires, 1972; CUSHMAN, *Práctica constitucional*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958; BRENT SWISHER, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, 2 tomos, Buenos Aires, 1958.

Corwin lo habían corregido: "La Constitución americana es lo que Corwin dice que es".

Las correlaciones entre las dos Constituciones han sido establecidas hace tiempo [2]. Abelardo Levaggi acaba de reconstruir su perfil [3].

Los antecedentes de la Constitución americana son bien conocidos: a) La Declaración de la Independencia —1767— no es susceptible de aplicación judicial ni crea derechos o deberes jurídicos; b) sin legalidad formal, desde 1775 se había organizado un gobierno que en 1781 quedó legitimado por los "Artículos de Confederación"; c) por fin, la Convención de Filadelfia en 1787 sanciona la Constitución. Sus características centrales suelen individualizarse en el federalismo, la división de poderes y la revisión judicial.

Las enmiendas completaron el texto de 1787, pero más todavía la jurisprudencia constitucional.

2. *La Constitución americana según la Corte Suprema.* ¿Por qué la jurisprudencia constitucional? García de Enterría nos ha dado la respuesta [4].

"Las razones son dobles. Por una parte, por supuesto, la circunstancia de que los americanos viven efectivamente el sistema de *common law*, esto es, un sistema en que el Derecho progresa a golpe de Sentencias, que perfeccionan, o matizan, o inflexionan a veces, el tesoro jurídico que viene de la historia, y no, como es común en el mundo europeo continental, a golpe de Códigos o de Leyes. También allí se dictan Leyes, por supuesto, pero sólo para introducir reglas singulares que adapten ese depósito histórico a las circunstancias ocasionales, nunca para pretender erigir un sis-

[2] ALBERTO G. PADILLA, *La Constitución de Estados Unidos como precedente argentino*, Buenos Aires, 1921; NOEL T. DOWLING, *Paralelos constitucionales entre la Argentina y los Estados Unidos*, "La Ley", t. 22, secc. doctr., p. 1; JOSÉ ARMANDO SECO VILLALBA, *Fuentes de la constitución argentina*; CARLOS S. FAYT, *Fuentes de la constitución argentina*, Buenos Aires, 1948, y ALBERTO DEMICHELI, *Formación constitucional rioplatense*, Montevideo, 1955. JORGE R. VANOSSI, *Influencia de la Constitución Americana en la Constitución Argentina*, Revista Jurídica de San Isidro, 1976, p. 73.

[3] Prólogo a "Revista de Historia del Derecho", t. 9.

[4] BERNARD SCHWARTZ, *Los diez mejores jueces de la historia americana*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1980.

tema de «Derecho común», de modo que tales reglas son siempre controladas ellas mismas en su alcance (normalmente restrictivo) y en su interpretación por el verdadero Derecho común que es, literalmente, el *common law* judicial (principio básico del sistema anglosajón que se conoce con el nombre de *control of the common law over statute*). Es claro que en un sistema así el papel del Juez, como verdadero creador del Derecho, *lawmaker* (aunque nunca como ocurrencia personal, sino por depuración interna de un sistema histórico en el cual debe de insertarse la innovación de manera natural, al modo de un crecimiento orgánico), es la del protagonista principal, posición tan distinta de la que tras la instauración del «Estado legislativo» en Europa con la Revolución Francesa intentó reducir al Juez a una máquina neutra de subsumir hechos concretos en los supuestos de las Leyes, mera *bouche qui prononce les paroles de la loi*, en la famosa y profética expresión de Montesquieu.

"La segunda nota que singulariza el papel de los jueces norteamericanos entre todos es su potestad de *judicial review of legislation*, esto es, de controlar la constitucionalidad de las Leyes. Como es bien sabido, esta formidable competencia judicial, que no estaba abiertamente reconocida en el texto constitucional por lo que hace a las Leyes federales, fue establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde 1803, con la básica decisión patrocinada y redactada por el *Justice Marshall Marbury v. Madison*. Esta sentencia abrió no sólo una época nueva en la historia jurídica norteamericana, sino también, debe decirse, en la historia jurídica universal, pues de ella va a partir la técnica de la justicia constitucional hoy ya impuesta en casi todo el mundo y donde no lo está con conciencia de inferioridad, con proyectos de rectificación y aun con la suplencia en espacios transnacionales de jurisdicciones que imponen a las leyes nacionales respectivas la observancia de tablas de derechos incluidos en Tratados internacionales, jurisdicciones cuya función es perfectamente equiparable a la constitucional".

Podemos incluso hacer un ejercicio que no sería posible

en la Corte Suprema argentina: reconstruir el proceso constitucional a través de sus jueces. Nosotros podríamos intentar definir etapas. He estudiado de cerca al juez Bermejo; conozco sus pocas disidencias; sé cuanto más que él llevaba a la Corte la mentalidad del recurso extraordinario y que su voto solitario fue profético cuando fue derrotada la interpretación liberal individualista de la Constitución argentina [5]. En cambio, Bernard Schwartz ha podido reconstruir el proceso constitucional americano de sus diez mejores jueces [6].

Marshall es considerado el más grande porque con el poder más débil hizo un respetado guardián de la Constitución, bien coordinado con los otros. Su liderazgo de la Corte fue penetrante. Los casos fueron importantes por lo que él hizo con ellos.

Junto con Story, Kent fue uno de los más estudiosos de la judicatura. Él devolvió prestigio al Common Law, sospechado por su linaje inglés como en todo proceso emancipador. También Kent logró un sistema escrito de casos judiciales.

Story se incorporó al Tribunal Supremo en 1811 a los 32 años. Si Marshall fue el artífice del temprano derecho público, Story lo fue del derecho privado. Y junto con Kent responsables de la incorporación de la *Equity*. El fundamento fue simple: "El Derecho, al introducirse en el entretejido social de una nación inundada por el comercio y las fábricas, debe estar constantemente a la búsqueda de principios de equidad aplicables a las nuevas circunstancias, que surgen a diario dejando perplejos a los tribunales". Precisamente la leyenda que preside el edificio de la Corte promete "justicia con equidad bajo la ley".

El juez Holmes es considerado después de Marshall como el más grande de la Corte americana. Alguien ha dicho que "era un hombre de mundo a la vez que un buen filósofo e incidentalmente un jurista". El resultado nos da un juez muy bueno. Resaltó siempre en sus votos particulares los

5 *El juez Bermejo*, en *Sobre poder y sociedad*, UNSTA, Tucumán, 1983, p. 249.

6 SCHWARTZ, *cit.*

límites del poder judicial y el peligro que supone dejar a los jueces incorporar a la Constitución sus convicciones personales. La específica contribución de Holmes a la interpretación constitucional fue la identificación con el *laissez faire*. "La voz en principio solitaria se convirtió pronto en la de un nuevo liberalismo que se introdujo por sí en el derecho público americano". Una voz solitaria —la de Holmes— lo anunció en los Estados Unidos. Una voz solitaria —la de Bermejo— lo despidió aquí.

Nadie ignora el nombre de Cardozo, artesano consumado en la utilización de los principios, ideales y técnicas del derecho anglo-americano. Su prestigio se consolidó en el Tribunal de Nueva York. Se identificó con el Common Law porque percibió la regla de derecho en su especificación temporal, en su relación dentro de la pirámide jurídica y en los requerimientos cambiantes de la sociedad. Gran maestro de equidad, decía que el derecho debía avanzar "entre la estabilidad y el movimiento, atemperado y equilibrado por las tradiciones inmemoriales de una técnica profesional". Cardozo hizo del lenguaje un instrumento jurídico y dio prioridad a la ética.

Black prolongó ese fervor e hizo del *Bill of Rights* el eje de la Constitución.

Warren fue un estadista de carrera política que ejerció un presidencialismo a lo Marshall. Mi experiencia de la Corte me inclina al ejercicio colegiado, pero la primacía de Warren no fue ajena a una revisión profunda, casi explosiva, del derecho público americano, con menos benevolencia para el poder y supremacía clara de las libertades personales. Es entonces cuando concluye la segregación en las escuelas.

Desde California primero y desde la Corte después, Traynor conjugó individuo y sociedad. Según Schwartz, por entonces el espíritu individualista del Common Law ha desaparecido para que ocupe su lugar el bienestar de la comunidad, incluso llegando a sacrificar entre otros, los derechos individuales de propiedad y de autonomía de la voluntad en la contratación. La cooperación se ha impuesto —opina Schwartz— frente a la autoafirmación individual; en el de-

recho, como en la vida social, la interdependencia ha sustituido a la competencia.

Al concluir esta presentación humana de la interpretación constitucional, me parece oportuno relatar las tres preguntas que formulé al destacado constitucionalista americano Bernard Schwartz a quien he seguido en mi síntesis anterior [7].

—¿Al llegar a los dos siglos de la Constitución alguien propondría su enmienda?

—Jamás.

—¿Y el constitucionalismo social?

—Es materia de la legislación y no de la Constitución.

—¿Atenuaría el sistema presidencial con el parlamentario?

—Jamás.

El recuerdo es oportuno para preguntarse porqué dos Constituciones semejantes cabalgan en procesos diferentes, aunque a veces se entrecruzan. Esta pregunta no la responderé yo, pero intentaré a partir de este momento describir los procesos respectivos en algunas cuestiones fundamentales: el Estado social de Derecho, el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el federalismo.

3. *El Estado social de Derecho*. Antonio La Pergola, juez de la Corte Constitucional de Italia, era becario en Harvard después de los tiempos de Roosevelt. Ha reconstruido con sensibilidad [8] ese programa transformador que fue el New Deal, su imponente estructura normativa, en parte objetada por la Corte Suprema y sus resultados dinamizadores, cuyos efectos no deseados en contra de la responsabilidad personal, han sido reabsorbidos por la valerosa política del Presidente Reagan. Prefiero citar íntegramente a La Pergola, aunque

[7] Lo he contado en *Diálogos académicos en agosto*, "La Ley", Actualidad, 15-8-86.

[8] *Un momento del federalismo estadounidense: entra en escena el "New Deal"*, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1984, p. 133.

pueda ponerse en duda la secuencia entre el Estado liberal-democrático y la democracia social:

"Ocurre que el «New Deal» es la culminación de un proceso gradual del pensamiento político y de la experiencia administrativa y legislativa de los Estados Unidos. Es un extenso período recorrido de tendencias precursoras. Hay, ante todo, una doble orientación, humanitaria y científica. Por una parte, están los «social gospellers», propagadores del mensaje, o del evangelio social, por la otra los autores de la dirección científica con James y Dewey a la cabeza. Las ideas subyacentes a estos movimientos confluirán en el «New Deal», llevándole el fermento de un género de individualismo que, si bien pronunciado, no repugna a la fundamental inclinación del «ethos» puritano hacia la «consociation». Ni faltan otras razones para afirmar que el viejo estado liberal-democrático contiene en sí todas las premisas del reformismo. Hay una largamente acreditada en la literatura del liberalismo: si el poder público no es patrón sino el siervo del ciudadano, no hay motivo para temer su intervención, aun cuando ésta esté destinada a regular o a corregir el funcionamiento de las leyes económicas. Es un argumento tradicional que los hechos de la historia americana han siempre confirmado. Prescindo de las corrientes de opinión o de los movimientos organizados que preanunciaron el «New Deal» (como, por ejemplo, el movimiento progresista). Otros dos presidentes, Theodore Roosevelt y Woodrow Wilson, han anticipado opciones a las cuales Franklin Roosevelt sabe dar más clara y madura formulación. Y era conocido que algunas de las reformas del «New Deal» habían sido experimentadas, en escala más reducida, en las grandes administraciones municipales. Algún comentarista agrega incluso que esta suerte de reformismo americano tiene puntos de contacto con el socialismo continental. Sea lo que sea, su verdadera naturaleza es concreta y empírica. Cuando se le pidió a Roosevelt definir la filosofía política del «New Deal», repuso: «Yo soy un Cristiano y un Demócrata». No dice más. Su programa está concebido en clave estrictamente pragmática, sin soportes

ideológicos, puesto a andar con el convencimiento de que el poder central debe intervenir más frecuente y activamente, aun a nivel normativo. Con todo, el progreso respecto a las anticipaciones es innegable, y está en el avanzado y racional diseño que guía e inspira la acción del gobierno federal. Roosevelt sabe planificar: se preocupa de adaptar la producción al consumo, regular la erogación de las fuentes de energía, redistribuir riqueza y productos, asegurar las justas proporciones en la reactivación de la industria y de la agricultura, mejorar las relaciones entre trabajadores y empleadores, conservar los recursos naturales. El desenvolvimiento del programa puede seguirse, como en un diagrama, teniendo bajo los ojos las etapas más significativas, todas marcadas por importantes leyes federales: «National Industrial Recovery Act» (NIRA); «Agricultural Adjustment Act» (AAA); y así. Es un imponente cuerpo normativo e innova con coraje el ordenamiento preexistente. La Corte Suprema poda una parte a título de control de constitucionalidad. No obstante esto, Roosevelt lo adapta paulatinamente en otra forma, persiguiendo como mejor le resulta, los objetivos originales: así, por ejemplo, después de la anulación de ciertas cláusulas del NIRA por la Corte Suprema, rompe con los grandes negocios y se inclina decididamente por la tesis de Brandeis, en sentido antimonopolista. De ahí en más, el «New Deal» incide sobre las reglas de competencia y sobre los principios mismos del sistema capitalista. Los efectos no tardan. El país remonta la crisis. Roosevelt es reelecto tres veces y muere hacia el fin del conflicto, sin haber visto el fausto día de la victoria militar, pero imbatible en las urnas.

"¿Qué puede decir, al día de hoy, el constitucionalista de todo el arco de su presidencia? Nace con Roosevelt una especie de democracia social, que no es ni prevista ni excluida por el texto constitucional. Más tarde —ha notado Bognetti con su habitual fineza— será la Corte Suprema la que construirá un catálogo de derechos sociales, dejando imperar la libertad de contrato en la esfera económica. Con ello, se dará un retorno a los orígenes de las libertades británicas,

las cuales resultan de los pronunciamientos jurisdiccionales, y sólo después son sancionadas por el legislador. Pero en época de Roosevelt es el poder político, el presidente y la mayoría que lo sostiene en el Congreso, al que clava sobre el mismo tronco del antiguo «bill of rights», las libertades «from» (para), distintas de las libertades «of» (de): «freedom from want» y «freedom from fear»; derechos sociales, diremos nosotros, que articulan el estado de «bienestar»".

Lo cierto es que pudo instalarse en los Estados Unidos una democracia social, aunque sin la perversa incorporación de infraestructura económica al Estado mismo, como veremos después, sin reforma de la Constitución. Y no se postula tal reforma como necesaria para un Estado de bienestar, cualquiera sea la opinión que este precario bienestar merezca.

Creo percibir en la experiencia americana que la perduración de la ley fundamental ha sido un reaseguro para que el Estado social de Derecho no se vuelva contra la república constitucional de la cual retiene los atributos fundamentales. Este reaseguro me parece más importante en tiempos de transición, cuando se trata de instalar un sistema democrático como entre nosotros.

Volviéndome ahora sobre la actualidad argentina, es el argumento que he desarrollado al oponerme aquí y ahora a la revisión del Preámbulo y de la Primera Parte de la Constitución.

"El objetivo fundamental de la revisión en la parte primera es definir un Estado social de Derecho que supere el Estado democrático de Derecho a que se adscribe la actual Constitución. ¿Qué es el Estado social de Derecho? Dicho descriptivamente, es el Estado democrático más el constitucionalismo social, la libertad más la igualdad, la propiedad privada más su función social, la libre iniciativa más la solidaridad, el régimen representativo más la participación popular.

"¿Pero acaso no es ya nuestro régimen político un Estado social de Derecho? En el orden nacional lo configuró la

frustrada reforma del 49 y lo institucionalizó el art. 14 bis en la revisión del 57. En el orden provincial lo introdujeron las constituciones de las nuevas provincias hace treinta años y es el modelo de las recientísimas de Jujuy, La Rioja, San Juan y Santiago del Estero. Nuestra práctica institucional, nuestra legislación y la jurisprudencia constitucional se adscriben al Estado social de Derecho, enriqueciendo la República constitucional pero sin volverse contra ella, precisamente porque está asegurada en la Constitución nacional.

"Los insatisfechos con el art. 14 bis deberían preguntarse si el Estado social de Derecho, introducido en los ex territorios nacionales hace treinta años, ha cambiado en algo la sociedad local. Digo convencidamente que no. Entre nosotros, el Estado social de Derecho, para ofrecer algo más que palabras, sigue aguardando una economía de producción, un Estado servicial y políticas que sólo a veces requieren actualización legislativa. La cuestión es opinable. Pero me resisto a que también la Constitución sea campo de maniobra de un fetichismo de la ley muy difundido en los países de derecho escrito.

"En síntesis: cuando la Constitución no es obstáculo —y la nuestra no lo es—, el Estado social de Derecho sólo puede ser impulsado por la economía, los comportamientos colectivos y la legislación. Por eso no creo ni necesaria ni oportuna por ahora esta reforma".

4. *El Poder Legislativo*. Me detengo ahora en los dos Congresos de tan significativa similtud en las dos Constuciones, como de notoria diferencia en su gravitación actual. Renuncio a confrontaciones imposibles porque nuestro país ha carecido de estabilidad, y en períodos inestables es el Congreso el único Poder que desaparece.

Lo que puede decirse con más objetividad, es que el Congreso argentino está en deuda consigo mismo y con el pueblo que representa porque se adaptó insuficientemente a nuevos tiempos que precipitaban una crisis de representa-

9 *La reforma constitucional*, en "La Nación", 2-12-1986.

ción, de misión y de confianza. El de los Estados Unidos hizo su reforma en 1946 [10].

¿Cómo definió sus funciones? Como fijación de la política general, como determinación periódica de los deberes de los funcionarios, la organización básica de los servicios y las necesidades financieras y como control de la administración y la efectividad de las leyes.

¿Qué cambió? El sistema de comisiones, la asistencia técnica y el personal del Congreso, sus relaciones con el Ejecutivo y el empleo del tiempo.

Entre nosotros, la frustrada enmienda constitucional de 1972 tuvo un significativo consenso. Podrá recogerlo también en este punto el dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia.

Lo sintetizo: ampliación del período ordinario, convocatoria automática incluso de las de prórroga, convocatoria necesaria en caso de estado de sitio, intervención federal o reglamentos de necesidad y urgencia; iniciación de las leyes en Diputados, y revisión facultativa del Senado, salvo las "leyes federales" que se iniciarán en el Senado.

En la elaboración de la ley se prevé la aprobación ficta de proyectos; trámite de urgencia a pedido del Ejecutivo; delegación eventual a las comisiones para la sanción de proyectos; reducción del quorum para sesionar pero no para sancionar leyes.

Para concluir, señalo que el aspecto que más de cerca he estudiado en la actividad congresional, el de la investigación, revela en los Estados Unidos una disciplina de que carecen todavía nuestras Cámaras.

5. *El Poder Ejecutivo.* Un buen conocedor de las instituciones americanas, Rodolfo Martínez (h) [11] ha reconstruido el proceso por el cual la Presidencia ha llegado a ser el espejo de aquel "Gran Árbitro del Universo" cuya protec-

10 ALBERTO R. ZARZA MENSAQUE, *El Congreso en la Argentina finisecular*, Córdoba, 1986, p. 163.

11 *La institución presidencial en los Estados Unidos y en la Argentina*, Anales de la Academia cit., p. 87.

ción pedía piadosamente Washington. Él fue precisamente quien dio autoridad moral a un poder que nacía de normas insuficientes. Se hizo camino al andar. Uno imagina a Washington en tren de cumplir a la letra la Constitución según la cual "el Presidente tendrá la facultad para hacer tratados internacionales por y con consejo y consentimiento del Senado". Veámoslo ocupar la presidencia del cuerpo, informarle sobre sus cláusulas y pedirle opinión como a su Consejo de Estado. El debate fue tan ingrato que esta consulta directa fue abandonada para siempre.

El Presidente ensayó otra consulta, esta vez a la Corte Suprema, en 1793. Le formuló veintinueve preguntas de derecho internacional. La Corte declinó contestarle por no poder dar opinión sino en los casos judiciales que se presentaban ante ella para su decisión.

Jefferson desarrolló en dos dimensiones el poder presidencial: asumió la jefatura del partido y compró la Luisiana a Francia: el Congreso estaba en receso, no había tiempo de convocarlo, los fondos no estaban autorizados. La operación era ilegal pero había consenso. E hizo escuela: Johnson compró Alaska y T. Roosevelt la zona del Canal de Panamá sin autorización del Congreso. ¿Podríamos llamarlos hoy "reglamentos de necesidad y urgencia"?

Lincoln también se demostró seguro en el ejercicio del poder presidencial: proclamó la libertad de los esclavos que el Congreso consagró por el sistema de enmienda constitucional después de su muerte.

Estas anécdotas no nos deben hacer pensar que sólo estos recursos exorbitantes aunque consentidos hicieron crecer el poder presidencial. Creció por su ejercicio más o menos afortunado en la paz y en la guerra en un proceso casi universal que deprimió no sólo la división horizontal de poderes sino también la vertical del federalismo.

El caso argentino se visualizará mejor a través del cuadro comparativo del mismo Martínez.

La Institución Presidencial

En EE.UU.	*En Argentina*
Existía una experiencia colonial que se quiso expresamente evitar.	Existía una experiencia y origen Virreynal que se quiso conservar e institucionalizar. Alberdi, *Bases*, cap. XV.
Nació mínima. (Art. II de la Constitución).	Nació completa con todas sus atribuciones detalladamente previstas (art. 74 a 93 de la Constitución Nacional).
Se articuló sobre la marcha (empíricamente) la conducción carismática de algunos Presidentes, configuró y expandió el ejercicio del poder.	Aprovechamos la experiencia y doctrina de EE.UU. y la fijamos en la Constitución misma; la interpretación después fue más fácil para nosotros.
La Unión misma se afianzó también así (Guerra de Secesión) y afirmó la Presidencia.	Nosotros tuvimos nuestra separación y vuelta de Bs. As. a la Confederación. La institución presidencial también ayudó a consolidar la unión (Mitre). Nuestros líderes carismáticos de la Organización Nacional: Urquiza, Mitre, Sarmiento, Roca para citar los máximos, fueron muy cautelosos y prudentes en el uso del gran poder Presidencial.

El desarrollo económico fue equilibrado (Federal) hasta 1930.	El desarrollo agropecuario económico fue centralizante: aumentó el poder Presidencial hasta 1930.
El desarrollo militar en este siglo aumenta el poder presidencial.	Entre nosotros por diferentes motivos, también.
Durante la II Guerra Mundial, según vimos se produce un incremento del Poder Presidencial.	Entre nosotros, por los desarrollos político - militares conocidos, también.

Desde la postguerra

En EE.UU.	*En Argentina*
Los programas federales aumentaron el Poder Presidencial sin mengua del federalismo: mantienen descentralización de dirección y ejecución.	Los programas federales casi no existen como en EE. UU.
No hay compra de infraestructura económica por el Estado.	Gran adquisición de infraestructura económica por el Estado (alto porcentaje del P.B. Industrial) que incrementa enormemente el poder Presidencial.
Los programas federales de desarrollo económico, militar, científico, espacial, tecnológico, sanitario, etc., se cumplen por contrato. Son parte muy importante del Presupuesto Federal.	Casi siempre hay administración directa.

Generan un crecimiento equilibrado del poder Presidencial.	Enorme aumento del poder Presidencial.
El ejercicio del Veto (muy frecuente) aumenta el poder Presidencial. Pocket veto, Philibustirienz. Son prácticas legislativas derivadas del gran poder del Congreso.	Infrecuente ejercicio del poder de veto.

Iniciativa legislativa federal

En EE.UU.	*En Argentina*
La mayoría del Congreso.	La mayoría del Poder Ejecutivo. Todos los códigos de fondo. Caso especial de la legislación laboral. (Código del Trabajo). El proyecto Roca-González con sanción del Senado, no fue tratado por Diputados al finalizar el período de Roca.
Trabajo de las comisiones. Federal Lobbyng Act. 1946.	Muy incipiente.

La Presidencia Reagan ha movilizado el Estado hacia las energías genuinas y primordiales del bienestar: la propia responsabilidad personal en el marco de la comunidad. Entre nosotros, el Presidente Alfonsín ha reaccionado con originalidad ante su propia experiencia: compartir sus responsabilidades en un régimen presidencialista mixto que encarne

en el primer ministro un "fusible" de reaseguro de la estabilidad constitucional. La reducción o no del Estado es materia de otras especulaciones. Se trata —digo— de reducir la tarea del Presidente y procurar que la transferencia de poderes al gabinete permita la corrección o censura de la Cámara de Diputados a ese nivel, sin desmedro de la permanencia del Presidente en su cargo.

Analicemos la propuesta en la versión didáctica del dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Una síntesis podría formularse así:

1. a) El Presidente será elegido directamente por doble vuelta;

b) Designa el primer ministro y, a su propuesta, a los ministros y secretarios de Estado;

c) Disuelve la Cámara de Diputados;

d) Conserva la iniciativa legislativa, veta las leyes, entre otras facultades, y conserva la de nombrar en la Justicia, el servicio exterior y las fuerzas armadas;

e) Declara la guerra y el estado de sitio;

f) Dicta reglamentos de necesidad y urgencia.

Estas funciones las ejerce sin refrendo ministerial, que podría ser exigido para algunas muy graves. Pero el refrendo es necesario para las demás potestades constitucionales, como la de reglamentar las leyes.

2. El primer ministro es jefe de la administración y ejerce las demás facultades que le haya delegado el Presidente.

3. La Cámara de Diputados —no el Congreso— puede censurar al primer ministro o a cualquiera de los miembros del gabinete, obligando al Presidente a su reemplazo.

Nos interrogamos si este régimen puede aliviar al Presidente. Ciertamente. Pero dudo que no pueda lograrse en buena medida con la reforma de las prácticas y de la ley de ministerios que puede encomendar la coordinación a un ministro. Pero la transferencia de la jefatura de la administración a un ministro requiere reforma de la Constitución.

Más dudoso es que baste como fusible, en tiempos de perturbación, el primer ministro o el gabinete. La inestabilidad ha estado ligada a etapas de funcionamiento del sistema político que no se hubiera evitado a través de correcciones dentro del mismo sistema, como es de desear. La presidencia diseñada en la propuesta del Consejo es suficientemente fuerte todavía como para que la personalidad que la ocupe pueda suscitar tanta resistencia como el gabinete. Estimo que son las lecciones del pasado las que añaden garantías a las instituciones de la República.

Hay en el dictamen del Consejo una cláusula sugestiva y que acentúa el carácter modular del régimen político proyectado. Es que el Presidente puede delegar otras facultades al primer ministro por decreto. ¿Cuáles? La falta de explicación sobre una eventualidad tan determinante que podría llegar a vaciar el órgano presidencial merece nuestro interés.

Téngase en cuenta, por último, que el juicio político pone bajo el control del Congreso actualmente al Presidente y a sus ministros. ¿Y entonces? Si el juicio político no ha evitado los accidentes de inestabilidad en el pasado, ¿por qué funcionaría ahora la censura de los diputados, salvo por ser un procedimiento más simple?

En esta materia, el dictamen del Consejo se sincera al final. El sistema mixto sugerido implica una participación activa de la Cámara de Diputados en la marcha del gobierno. Su deterioro actual lo irá superando la práctica de la democracia. "El interrogante es si la asignación de una mayor responsabilidad, en estos momentos, va a servir para promover esa superación, o por el contrario sólo conseguirá obstaculizarla".

6. *El federalismo.* Como es sabido, el federalismo nace en los Estados Unidos como una forma de Estado que asegura coordinación e independencia de los dos centros de gobierno. Se caracteriza por los siguientes elementos [12]:

12 BERNARD SCHWARTZ, *El federalismo norteamericano actual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984. Al mismo autor pertenecen las referencias que siguen.

"I) Se trata de una unión de un número de entidades comunes; II) La división entre los poderes legislativos del Gobierno central y los Estados componentes está presidida por el principio de que el primero es un Gobierno Nacional con competencias taxativamente enumeradas", mientras que los segundos son Gobiernos de "competencias residuales"; III) La competencia de cada uno de estos Centros de gobierno se ejerce directamente dentro de la esfera asignada a cada uno de ellos, sobre todas las personas y propiedades que se encuentran dentro de sus límites territoriales; IV) Cada Centro de Gobierno está provisto de un aparato legislativo, ejecutivo y judicial, para poder exigir el cumplimiento de las leyes, y V) La supremacía del Gobierno nacional, dentro de su esfera asignada, en caso de conflicto con el Gobierno de los Estados".

La división de poderes entre el gobierno central y los estatales —escribe Schwartz— ha estado durante un siglo dominada por la doctrina del federalismo dual. Se basó en la concepción de dos áreas de poder mutuamente excluyentes, que se limitan recíprocamente y cuyos titulares se encuentran en pie de igualdad. Citando un ejemplo muy conocido, el federalismo dual postulaba la competencia del gobierno federal en el comercio interestatal y de los Estados-miembro en el comercio intraestatal. En la práctica esta exclusión recíproca fue difícil aunque mantenida con rigor por la Corte, como lo prueba la rehusación a que el gobierno central imponga a los Estados sus normas sobre trabajo infantil.

Los hechos sociales llegaron a un punto que desalojaron al federalismo dual. Ocurrió con el ya recordado New Deal. El Estado, que había actuado como soldado o policía y juez, pasaba a ser —dice descriptivamente Schwartz— médico, enfermero, maestro, urbanista... El gobierno federal se atribuía autoridad para regular poco menos que todo el sistema económico americano. No se allanó a esta política la Corte en 1935 en el caso Schecter, pero fue el último de aplicación del federalismo dual.

A partir de 1937 y sobre todo de 1941, la Corte aceptó,

por ejemplo, que la regulación del comercio por el Congreso no recaía sólo sobre el interestatal, "sino también sobre aquellas actividades intraestatales que afectan de tal modo al comercio interestatal o al ejercicio del poder del Congreso sobre éste, que su regulación resulta indispensable para un fin legítimo". Aceptó asimismo la posibilidad de usar el poder impositivo con fines regulatorios. La Gran Depresión había alterado el antiguo equilibrio a favor del gobierno central.

El reequilibrio se encontró a partir de 1976 en el caso *National League of Cities v. Usery*, evidenciando que aquí y allí las tendencias centrípetas y centrífugas han producido movimientos pendulares en el federalismo. Se interpretó que el gobierno central no podía afectar a los Estados en cuanto tales, en asuntos que afectan a la soberanía estatal y que perjudiquen en forma directa la capacidad de los Estados para estructurar operaciones integrales en áreas de funciones tradicionales.

Si se sigue la evolución de la jurisprudencia, se advierte que perdura esa tentación de absorber, por parte del gobierno central las competencias que no fueron tradicionales en el Estado-miembro, aunque por un principio de división territorial pudieran corresponderle. Así ha ocurrido en 1980 respecto de la circulación de vehículos que no respetaran los standards federales sobre la contaminación atmosférica.

El pronóstico de Schwartz es favorable al federalismo norteamericano actual. Puede que no sean los entes soberanos de la época de la fundación, pero su independencia está asegurada.

Vuelvo a La Pérgola [13] porque él puntualiza al New Deal como la etapa en que el federalismo dual es substituido por el federalismo cooperativo, que yo he llamado preferentemente concertado. "Se forma así un sistema de unidades funcionales móviles, que se sobreponen a las unidades territoriales ya existentes". Él entiende que el federalismo cooperativo es propio de una época que debe conciliar, en cual-

13 *Op. cit.*, p. 145.

quier tipo de economía, la planificación con la descentralización.

En cuanto al federalismo argentino, además de la descripción de superficie, he individualizado las causas en el afán de corregirlas [14]. No me repetiré. Cambio de método para señalar ciertos paralelismos. En primer lugar, el federalismo dual resistió menos entre nosotros. Ya la Ley Láinez que permitió a la Nación mantener escuelas primarias en las provincias que se acogieran a su régimen, fue una excepción realista y escrupulosa, frente a una centralización incipiente. En segundo lugar, como en los Estados Unidos, la Gran Depresión Mundial, que cambió duraderamente las reglas de juego que habían sido favorables al crecimiento argentino, inspiró regulaciones que aceleraron la burocratización centralista del país. En tercer término, la incorporación al Estado de una gran infraestructura económica de gestión deficiente, descompensó el equilibrio. En cuarto lugar, la primera experiencia de federalismo concertado —la coparticipación federal impositiva— dejó penetrar al gobierno central en la administración provincial con una profundidad desconocida; porque, en efecto, gracias a una participación irrisoria del conjunto de las provincias, el fisco nacional fue rico durante cuatro décadas; rico y paternal: con los fondos con que las provincias hubieran podido hacerlo por sí mismas, el gobierno federal construyó carreteras, hidroelectricidad, hospitales y escuelas; esta situación se modificó en 1973 y se deterioró paulatinamente hasta ser reemplazado por acuerdos de coyuntura que son nuestra asignatura pendiente [15]. En quinto lugar, el federalismo cooperativo a través de la actividad interjurisdiccional, doblada en acuerdos y entes interprovinciales y en relaciones intergubernamentales, ha sido un renovador decisivo de la consideración debida a la vida local.

Creo que hay buenos auspicios para la reconstrucción

14 *El comportamiento federal en la Argentina*, EUDEBA, Buenos Aires; *Introducción al derecho público provincial*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

15 PEDRO J. FRÍAS, *Coparticipación impositiva: asignatura pendiente*, "La Nación", 9-2-1985.

del federalismo. La "desfederalización" ha tocado fondo y las tendencias se revierten. La comunidad académica confirma su atención a las autonomías. El gobierno central no "sucursaliza" a las provincias. La descentralización territorial del poder no compromete la destinación nacional. El ciclo constituyente provincial manifiesta la misma energía autonómica.

Considero —y no por deformación profesional— que lo más positivo del dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia es el capítulo VI relativo al federalismo. Además de su adecuada caracterización, son válidas las propuestas sobre el Senado, el dominio y jurisdicción de hidrocarburos, los poderes de policía y de imposición que pueden conservar las provincias en los establecimientos de utilidad pública nacional y la intervención federal.

La más sugestiva recae sobre el Senado federal. Estudiando hace años el comportamiento federal del Senado advertí que no había funcionado como cámara de las autonomías. Los indicadores me los proporcionaba la falta de una doctrina senatorial sobre intervención federal, sobre dominio de los recursos naturales no renovables y sobre coparticipación federal tanto en lo que concierne a la distribución entre la Nación y las provincias como a las provincias entre sí, en que no resultaba significativa la alineación entre provincias de menores recursos contra las de mayores recursos. La subordinación de las autonomías al interés nacional podría constituir la grandeza del órgano que representa a las provincias, pero no se advierte que tal comportamiento provenga de la prioridad Nación sino del liderazgo de los partidos nacionales y de la disciplina de los bloques.

El Consejo propone revisar tanto la composición como las facultades del Senado. Hay consenso para acortar el período de nueve años. El Consejo propone a seis o cuatro según que se reconozca a las legislaturas el derecho de revocar su mandato. Como se mantiene a la legislatura como órgano elector, se le inviste del poder de remoción para

vincular al senador con la situación política provincial o sus intereses específicos.

La reacción contra la "deslealtad" de los senadores nacionales se ha materializado en la Constitución de La Rioja (art. 102, inc. 16) que permite a la Legislatura darles instrucciones en asuntos que conciernen a la provincia y aún solicitar su remoción al Senado federal por el voto de dos tercios de sus miembros aprobado por consulta popular. Creo que la innovación de La Rioja no altera la Constitución nacional pero roza los privilegios del Senado si se entiende en un sentido absoluto el art. 56.

Puede estimarse que más fácilmente prevalecerán razones políticas que institucionales para que las legislaturas ejerzan esta facultad significativa. En las elecciones del 83 se ha invertido la mayoría en algunas provincias pero no en sus legislaturas, o sea que el lapso necesario para que la nueva mayoría pueda desde la legislatura apoderarse de las bancas del Senado federal atenúa o difiere las especulaciones inmediatas.

Pero la transformación del Senado en verdadera cámara de las autonomías se producirá por el nuevo perfil de sus funciones. El Consejo propone una especialización en cuanto al origen de las leyes, que se iniciarán normalmente por la Cámara de Diputados y se sancionarían automáticamente si a los 60 días de elevado por ella el Senado no tratare el proyecto de ley.

¿Cuáles son pues las funciones del Senado? Las que ya conocemos en cuanto a acuerdos con la añadidura de los directores de empresas y del Banco Central; las del juicio político; las de registro de los tratados y acuerdos interprovinciales y las de iniciación de las "leyes federales", que deben definirse pero que el Consejo no ejemplifica. El ejemplo que voy a poner me pertenece: es la delegación condicionada que la Constitución nacional hizo al Congreso en el art. 67, inc. 2.

De esta facultad tan limitada el poder nacional ha abusado con la condescendencia de las provincias: el im-

puesto a los réditos, hoy a las ganancias, lleva más de cincuenta años de diez en diez siempre renovados; en los últimos tiempos el ahorro obligatorio, el blanqueo de capitales pendiente y el impuesto a la tierra libre de mejoras próxima, el primero ajeno a la coparticipación de manera incomprensible. Sobre la imposición directa nacional el Senado debiera ser cámara iniciadora y quizás por el voto de sus dos tercios.

El Consejo propone algo más pero se necesita una mejor formulación y mayor esclarecimiento: que el Senado actúe también como órgano regional para el planeamiento y la concertación. No se trata de ser sólo cámara iniciadora para crear las regiones sino promotora de políticas de desarrollo regional o de acuerdos interjurisdiccionales. Lo que me preocupa es que por esta vía se sustrajera a las provincias una iniciativa que han ejercido provechosamente para los intereses nacionales y locales. Por ahora me limito a decir que la prioridad corresponde a las provincias.

7. *De la libertad "de" a la libertad "para"*. Concluyen aquí estas reflexiones. Permítaseme señalar que el centenario de la estatua de la Libertad, más allá de la anécdota, de los fuegos de artificio y de la fiesta un poco convencional, ha sido una oportunidad planetaria para pensar sobre la condición humana. Nuestro credo —ha dicho el Presidente de los Estados Unidos— es la libertad de palabra y de religión, la liberación de la indigencia y del miedo. En primera instancia, la libertad "de"... Pero enseguida, la libertad "para"... Primero, pues, la ausencia de coerción; luego, con entusiasmo, los fines de la libertad, la creatividad múltiple, el riesgo de la imaginación, el plus de energía y los modos de liberarla y de enaltecerla.

A Paul Gray se le ha ocurrido releer a Tocqueville en "una otra imagen de la Democracia en América" [16]. Es tan sugestiva esa ficción actualizadora, como si confrontáramos el pensamiento de Alberdi con la realidad contemporánea.

16 *Time*, 16-6-1986, p. 48.

Buen conservador al fin, Tocqueville se preocupaba de la eventual tiranía de la mayoría. Hoy tendría que interesarse de la presión de las minorías fuertemente organizadas. Tocqueville confiaba en que la información estimularía la participación ciudadana. Hoy se interrogaría ante la televisión que lleva el mundo a nuestro hogar, pero casi siempre lo canaliza. Tocqueville comprobaba la asistencia social incipiente a cargo del Estado. Hoy tendría que repensar a ese Estado benefactor que parece degradar la responsabilidad personal y con ello aumentar la dependencia de un beneficiario ingrato.

Uno puede presentir a través del entusiasmo suscitado por el centenario de la estatua de la Libertad, las oportunidades que nos abre el bicentenario de la Constitución americana el año próximo. Nos concierne a los argentinos y no al solo título de las afinidades entre las dos. Nos concierne porque está demostrando que el desarrollo social y político es posible gracias y no a pesar de la estabilidad de la normativa fundamental, cuando la ley constitucional se ha desentendido de lo contingente y lo reglamentario. Nos concierne también porque el movimiento de ideas en Occidente hace más actual aquella Constitución y la nuestra que hace veinte años. La Constitución es el camino del hombre, pero del hombre en su sociedad y en su tiempo. Y si nuestra sociedad y nuestro tiempo nos exigen un cambio, que sea para instalar un Estado servicial, una economía de producción y conductas colectivas que nos devuelvan credibilidad moral.

II

COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIDA PRIVADA FRENTE A LA ACTIVIDAD DEL ESTADO Y A LAS MODERNAS TÉCNICAS DE LA INFORMACIÓN

Comunicación del académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de mayo de 1986

1. — LA VIDA PRIVADA COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD

El respeto de la vida privada es un derecho de la personalidad que consiste en la debida protección de aquella parte de la existencia del hombre que se excluye de la actividad pública y en la cual los terceros no tienen acceso, en principio, a fin de asegurar a la persona el secreto y la tranquilidad a que tiene derecho como ser humano. Es ésta la fórmula acuñada por el juez Cooley en su libro *The Torts*, pág. 29 (1888), cuando se refiere a "The right to be let alone", como un axioma del hombre que busca la paz en la soledad de su espíritu.

El dominio principal de la vida privada es, sin duda, el de la vida familiar, conyugal o sentimental, y su contenido está constituido por la identidad de la persona, que incluye el nombre, edad, filiación, estado civil, profesión y domicilio; asimismo por su imagen, su voz, su salud, su patrimonio, sus ingresos, sus opiniones políticas y religiosas, pero no solamente en lo relativo a ella, sino que se puede afirmar también la existencia de una vida privada familiar, común a un cierto número de personas (esposos, padres, hijos) de forma tal que un ataque a la intimidad de cualquiera de ellos pueda afectar el derecho a la vida privada de sus componentes más

directos. Este es el contenido y alcance que le asigna André Roux en su obra: *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'Etat et les particuliers* (París, 1983), siguiendo la jurisprudencia de los Tribunales de Francia (p. 11).

Con igual contenido y extensión nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto el caso "Ponzetti de Balbin Indalia c/Editorial Atlántida S.A.", el 11 de diciembre de 1984 ("La Ley", 1985-B-114). Dijo allí el Alto Tribunal que "el derecho a la privacidad e intimidad se fundamenta en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente sus ámbitos de autonomía individual constituidos por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad". En rigor, dijo la Corte: "el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar, de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas...".

El respeto de la vida privada es un derecho de la personalidad cuya jerarquía no es menor que el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al honor, a la preservación moral de la creación intelectual, al derecho a la información y al respeto debido a los despojos mortales de la persona. Es que todo ello no son sino los atributos esenciales de la persona, inseparables de su condición humana, y cuyo desconocimiento implicaría aniquilar su existencia física y moral como individuo y como ser social.

Decimos que los derechos de la personalidad son todos ellos valores de igual jerarquía, porque el interés jurídico que protegen es el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen a la persona humana, cuya unidad como ser ético físico no tolera en ninguna medida, el ataque

inescindible de su existencia misma.
o desconocimiento de cualquiera de ellos ya que son parte

Tal vez pueda decirse que en un orden jerárquico de los derechos, el valor vida está antes que los otros valores que emanan del hombre como ser moral, porque suprimida la vida no cuentan ya los otros bienes jurídicamente protegidos, pero aunque la existencia física no experimente ningún ataque, el desmedro de los otros bienes significará la privación de su goce, frustrándose así un interés legítimo que el ordenamiento jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad del hombre.

Los contornos de la vida privada pueden trazarse mediante la enunciación de tres circunstancias que la definen: a) La vida privada implica que se excluye de su dominio todo lo que pertenece a la vida pública. b) La vida privada es un ámbito inaccesible a los terceros al cual éstos no pueden penetrar sin el consentimiento del interesado. c) La preservación del secreto y de la tranquilidad son inherentes a la vida privada.

Sin embargo el contorno de la vida privada aun dentro de las circunstancias que la delimitan no es fácil delinearlo nítidamente en cada caso concreto, pues depende de factores variables que conciernen a la actividad de cada persona, al tiempo y lugar en que actúa, a las modalidades y hábitos sociales de las distintas épocas. El Dr. Marco Aurelio Risolía en la comunicación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de fecha 4 de diciembre de 1975 sobre "La protección jurídica de la intimidad" (Anales, Segunda época, Nº 15, pág. 501), después de señalar las dificultades de delimitar los ámbitos de la vida pública y de la vida privada insinúa con su habitual lucidez, un esquema que nos parece acertado. La vida privada gira en torno de intereses particulares que excluyen la intromisión ajena y transcurre en un ámbito circunscripto, que no llega a excluir, sin embargo, el contacto con los demás y, en consecuencia, la utilización de lugares ajenos o públicos. Existe otro ámbito más ceñido: el de la intimidad que es la ciudadela de la vida privada; lo

que allí sucede es de acceso vedado, salvo el consentimiento del interesado o un interés superior del grupo social. Existe también la vida secreta de reserva absoluta, porque su violación haría caer inexcusablemente en la repulsa categórica de la moral y el derecho.

La distinción entre la vida privada y la intimidad adquiere particular relevancia en los casos de personas cuya actividad cotidiana proyecta su personalidad más allá del grupo familiar, como una expresión inherente a aquella modalidad de su conducta social. Tal es el caso de los artistas de espectáculos públicos, deportistas, escritores, políticos, gobernantes y funcionarios, que tienen obviamente su vida privada, pero este ámbito se manifiesta o se exterioriza en ellos públicamente como una exigencia casi includible de su particular actividad en la que deben exhibir aspectos que conforman sus respectivas personalidades. En tal caso la protección de su personalidad tiene un alcance más limitado, que es el de la intimidad, donde las personas con el mayor recato y estricta reserva, viven su mundo de designios, afecciones y debilidades. Resulta así que aquello que puede constituir una arbitraria intromisión en la intimidad de alguien, puede no serlo en relación a la vida privada de otra persona cuando la exhibe públicamente por su propia decisión.

Como lo señala Risolía en su recordada comunicación: "Quien se consagra a una actuación o a una actividad pública, mal puede agraviarse si lo que se difunde corresponde al ejercicio de esa actividad".

II. — LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA, EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN

Sobre el filo de la distinción entre vida privada e intimidad cabalga el derecho a la imagen por un lado, y el derecho a la información, por el otro.

En cuanto al derecho a la imagen la doctrina se pre-

gunta si este derecho es solamente uno de los elementos particulares del derecho al respeto de la vida privada, y si la violación de este derecho puede ser considerada como un atentado a la intimidad de la vida privada, o, por el contrario, si el derecho a la imagen es autónomo e independiente de aquél. (Puede verse la doctrina y jurisprudencia francesa que cita Raymond Lindon en *Les droits de la personalité*, pág. 296, París, 1983).

El derecho a la imagen es la facultad de cada persona de disponer exclusivamente de su propia imagen a través de la fotografía divulgada por los medios masivos de comunicación, como la prensa y la televisión, así como por el cinematógrafo. Como consecuencia de ello consiste también en el derecho a oponerse a que otro la utilice con cualquier fin.

Si el derecho a la imagen fuese un derecho de la personalidad que gozase de protección independiente de la vida privada, la sola reproducción de la imagen no autorizada constituiría una violación de ese derecho. Sin embargo, no siempre es así, pues no puede decirse que se viole ese derecho cuando se divulga la imagen de un hombre público o de cualquier persona que por su actividad expone permanentemente su vida privada al conocimiento de los demás. Es decir que la sola reproducción de la imagen no constituye en tales casos por sí sola la violación de un derecho de la personalidad, sino que lo sería cuando se afectara la vida privada en el aspecto más estrictamente reservado de la intimidad.

Igual reflexión cabe hacer frente al derecho a la información, que tiene toda persona. Reproducir en un medio de comunicación masiva la imagen de alguien cuya vida privada es expuesta al conocimiento público, no importa violar un derecho de la personalidad pues el derecho a dar y recibir la información en tales casos se halla perfectamente justificado y tácitamente consentido por aquél.

Sin embargo, cuando la imagen reproduce y divulga circunstancias que conciernen al ámbito más reservado de la intimidad, se vulnera este derecho de la personalidad independientemente del medio empleado. Esta doctrina ha sido

reiteradamente afirmada por los Tribunales franceses que han considerado que no es el atentado al derecho a la imagen que resulta reprobado, sino la intromisión en la vida privada. Tales fueron las decisiones sobre las fotografías obtenidas por teleobjetivos en los casos de Brigitte Bardot (Tribunal de la Seine, 24-11-1965, J.C.P., II, 1452), de Romy Schneider (Corte de París, 5-6-1979, J.C.P. 1980, II-1943) entre otros. También tuvo mucha notoriedad el caso del hijo de Gerard Philipe, fotografiado con fines comerciales en su lecho de enfermo en un hospital (Corte de París, 13-3-65, J.C.P., 1965-II-14223).

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido también ocasión de pronunciarse en sentido parecido en el ya citado caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida S.A.". En los fundamentos de la decisión dijo la Corte que: "En el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que se justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de esas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de la vida protegido de toda intromisión". La fotografía a que se refiere el caso había sido tomada subrepticiamente en vísperas de la muerte del doctor Balbín en la sala de terapia intensiva del sanatorio donde se encontraba internado.

Ampliando la incidencia que puede tener el derecho a la información sobre la vida privada más allá de la reproducción de la imagen como elemento informativo, corresponde analizar aquella publicidad que divulga mediante el texto escrito o la expresión oral, aspectos de la vida de cada persona que ésta tiene el derecho de mantener en reserva.

Cuando nos referimos al derecho a la información no incluimos la específica hipótesis de acumulación de datos sobre la identidad y calidades de las personas que se obtiene a través de la técnica moderna de la informática.

Estos sistemas de información son extraños a la comunicación pública de ideas y noticias que se encierra en el concepto de derecho a la información.

Para los requerimientos del Estado y de las entidades privadas que prestan servicios a amplios sectores de la comunidad, la ciencia y la tecnología han creado un sistema de información por medio del procesamiento automático de datos, con el empleo de mecanismos electrónicos cuyo principal objetivo es el almacenamiento de referencias personalizadas que son intercomunicadas por la conexión simultánea de ordenadores o computadoras. Este avance tecnológico requiere una adecuada protección de los derechos personalísimos, sobre lo cual hemos de hablar un poco más adelante.

El derecho a la información según la doctrina nacional y extranjera, comprende el conjunto de derechos relacionados con la transmisión pública de ideas y noticias por los medios de comunicación social, o sea por la prensa oral o escrita o por medios audiovisuales que comprenden la radio, la televisión y la cinematografía.

Este derecho puede entenderse en su aspecto activo de difundir o dar la información, y en su aspecto pasivo de averiguar o recibir la información.

En cualquiera de estos casos ya se trate de indagar o recibir información, o se trate de divulgar o dar información este derecho puede entrar en conflicto con otros derechos de la personalidad, como lo sería el derecho a la protección de la reserva de la vida privada. Cabe hacer aquí idéntica reflexión que aquella que hemos hecho con respecto a la publicación de la imagen.

Existen aspectos de la vida privada de algunas personas que por realizar actividades públicas están expuestos al conocimiento de los demás, ya sea porque su personalidad está conformada por la crítica de valoraciones externas a ellas o porque el interés general que concita ese tipo de actividad exige del público la divulgación de sus conductas privadas para una mejor comprensión de sus respectivas identidades en lo político, lo artístico o lo moral, según sea el caso. Estos

aspectos de la vida de esas personas pueden ser objeto de la información por los medios de comunicación social, sin que ello afecte su derecho de ser protegidos en la privacidad pues no puede negarse que existe un interés general que justifica la divulgación, y que también existe un tácito consentimiento de quienes están implicados en la información siempre que con ello no se afecte desdorosamente el ámbito más ceñido de su estricta intimidad.

No es materia de este tratamiento lo relacionado con el derecho de réplica o respuesta que innegablemente se vincula con el derecho a la información. El derecho de réplica, sin embargo, no concierne a la protección de la vida privada, sino a la defensa de la honra y la reputación de los individuos que, por afectar un interés legítimo distinto requiere también una protección diferente. Ese derecho autoriza a protegerse y cuestionar públicamente la información transmitida cuando ella es inexacta o agraviante para quien resulta involucrado en la comunicación hecha pública.

El derecho de réplica ha sido admitido también en el Pacto de San José de Costa Rica, cuyo art. 14 prescribe que su aplicación en el orden interno de los países adherentes deberá hacerse "en las condiciones que establece la ley". Ello significa que aunque esa disposición del Pacto sea parte de nuestro derecho interno como consecuencia de su ratificación, no es directamente operativa y requiere una ley que la consagre y reglamente. En nuestro país el Senado de la Nación ha dado media sanción a un proyecto de ley el 10 de setiembre de 1985 sobre el derecho de réplica en el ámbito nacional que ahora se encuentra en la Cámara de Diputados ("Trámite Parlamentario", Nº 90, del 16 de setiembre de 1985).

En algunas provincias se han dictado ya leyes instaurando y reglamentando el derecho de réplica. Pensamos que esas leyes son atentatorias de la Constitución Federal en orden a la competencia del Congreso de la Nación para dictar lo que es materia de los códigos de fondo conforme a lo que dispone el inciso 11 del art. 67.

La ley que establece y reglamenta el derecho de réplica

debe ser de carácter nacional correspondiendo dictarla al Congreso Nacional para ser aplicada en toda la Nación. La norma del inciso 11 del art. 67 citada, atribuye a ese Poder del Estado la facultad de legislar sobre lo concerniente al derecho común de los particulares considerados en sus relaciones privadas, con el fin de unificar en todo el territorio nacional el derecho de fondo.

Si bien el art. 32 de la Constitución Nacional prohíbe dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal, la ley que reglamentase el derecho de réplica no conduciría ni a uno ni a otro resultado; no se propondría restringir aquella libertad ni establecer la jurisdicción federal, sino solamente tendría por fin regular el ejercicio de un derecho de la personalidad que es un derecho subjetivo de orden común.

Como el derecho de respuesta o de réplica se tiene contra los órganos de prensa o de comunicación social en general va de suyo que su reglamentación atañe a estos órganos de información que resultan así indirectamente alcanzados en la misma medida en que es reconocido aquel derecho de los particulares, como una consecuencia necesaria de ese reconocimiento.

La ley respectiva no será una ley que reglamente el derecho de prensa, sino una ley que como parte del derecho común regule el ejercicio de un derecho de la personalidad que es de competencia legislativa reservada al Congreso de la Nación.

En el conflicto de ambas normas podríamos preguntarnos cuál es de mayor jerarquía (el art. 32 o el art. 67 inc. 11). Nosotros pensamos que la distinta jerarquía puede estar dada por el diferente contenido normativo de una u otra disposición constitucional, y creemos que prevalece aquella cuyo fin específico es regular el derecho común y que no tiene por objeto imponer restricciones a la libertad de prensa aunque ella indirectamente resulte sujeta a una reglamentación que no afecta su ejercicio, ni tampoco establece la jurisdicción federal ya que no altera las jurisdicciones locales en la aplicación de ese derecho (art. 67 inc. 11).

III. – LA VIDA PRIVADA EN EL ESTADO MODERNO

Es una realidad que la actividad del Estado exhibe hoy en muchos países, al igual que en el nuestro, dos aspectos bien diferenciados. Por un lado, está el aspecto del Estado cuya estructura constitucional le asigna funciones propias de la soberanía política, únicas que justifican su existencia. Esto es: asegurar la defensa de la Nación, promover el bienestar común asegurando los beneficios de la libertad, hacer y aplicar la ley para realizar la justicia y garantizar la seguridad jurídica.

Por otro lado, aparece otro aspecto del Estado que, como ocurre en nuestro país, ejerce de hecho o por una criticable delegación legislativa, atribuciones que son ajenas a aquellas funciones esenciales. Es así que el Estado regula hoy la producción y el consumo, controla precios y abastecimientos, y administra empresas que tienen el monopolio de la prestación de servicios públicos y de gran parte de la actividad productiva del país, ocupando de manera excluyente un vasto sector de nuestra economía. Todo ello sin considerar aspectos culturales y sociales en los cuales la intervención del Estado aparece excesiva.

Solamente por una definición aberrante del Estado puede admitirse que éste extienda su esfera de acción más allá de aquellas funciones esenciales que hemos señalado, y, desplazando la actividad privada, invada lo que es propio de la libre iniciativa, del esfuerzo y de la capacidad creadora de los particulares. Es oportuno recordar aquí aquellas palabras de Benjamín Constant escritas hace más de ciento cincuenta años en su *Cours de Politique Constitutionelle*. Dijo allí, afirmando la esencia de su pensamiento político: "El gobierno fuera de su esfera no debe tener ningún poder; en su esfera, nunca tendría demasiado".

El analista político francés Alain Madelin (actual Ministro de Industria y Comunicaciones del Gabinete del Primer Ministro Jacques Chirac), publicó un valioso comentario en "Le Figaro" (Magazine) —el 20 de junio de 1985—,

bajo el título: "Moins d'Etat; davantage de Droit". "Menos Estado" exige delimitar la frontera entre la sociedad civil y el Estado, poniendo un límite a éste para que su avance no termine por aniquilar la actividad que el individuo debe libremente realizar en la sociedad. "Más Derecho" significa atribuir a los hombres las facultades jurídicas que, como derechos subjetivos, los protegen contra los excesos del poder público conteniéndolo así dentro del marco del Estado de Derecho. Ese Estado de derecho que nuestra Constitución Nacional conforma, por un lado, en su parte dogmática al reconocer los derechos y las garantías individuales, y, por otro lado, en su parte orgánica donde estatuye los órganos del Poder asignándoles las funciones propias de cada uno de ellos.

Es que si el Estado debe ceñirse al ejercicio de los poderes que le son propios, es también deber del Estado crear el orden jurídico adecuado mediante la formación del derecho positivo, es decir, mediante un sistema de normas legales que regulen armónicamente la sociedad para que cada individuo pueda realizar su destino en plenitud y libertad, y sin otro límite que el que le impone la moral y el debido respeto de los demás.

Resulta oportuno citar aquí las palabras del catedrático español Don Jesús González Pérez expresadas en su discurso sobre "La dignidad de la persona" en oportunidad de su incorporación como miembro de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, el 5 del corriente mes de Mayo. Dijo entonces el jurista hispánico que: "el hombre, como ser superior de la Creación, como Señor del Universo con un destino trascendente que cumplir, como sujeto y protagonista del derecho, es el destinatario de la actividad del Estado. El Estado sólo está justificado por el cumplimiento de un gran fin: el bien de los súbditos. Todas sus funciones responden a esa finalidad última. De aquí la posición instrumental que le corresponde con respecto al libre desarrollo y a la realización del destino del hombre" (*La dignidad de la persona*, p. 49, Madrid 1986).

El Estado no debe invadir el ámbito de la actividad propia de los particulares y debe abstenerse de inmiscuirse en la vida privada de los hombres cuyas acciones que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados, como lo consagra el art. 19 de la Constitución Nacional. En el Estado moderno la vida privada está en el corazón de la libertad. El hombre tiene necesidad de proteger su intimidad para desenvolver plenamente su personalidad. Requiere así la garantía de su vida privada como condición para el ejercicio de las libertades públicas.

El actual crecimiento de las actividades del Estado y de sus pretensiones inquisitorias respecto de la vida privada de las personas, conduce a analizar la naturaleza de las medidas que con ese fin sean dispuestas por la autoridad pública. Esas medidas deben ser apreciadas en consideración al interés particular del respeto de la vida privada, derecho éste que tiene indudable raigambre constitucional en el art. 19 de la Constitución Federal como hemos anticipado.

La extensión y la eficiencia de la protección de la intimidad dependerá entonces de la mayor o menor facilidad con la cual sea admitida la existencia de un interés público preponderante. En otros términos, la protección se reducirá a muy poca cosa si ella es subestimada en provecho de otros intereses generales cuya legitimidad, pero no así su extensión, está fuera de discusión. Tales son la libertad de información, la seguridad nacional, la defensa del orden público, la prevención de infracciones, la persecución del delito, la obtención de pruebas en los procesos judiciales, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, la protección de la salud pública, etc. Todas estas razones se invocan frecuentemente para justificar las medidas de intromisión estatal en el ámbito reservado de la privacidad del individuo.

IV. – EL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA COMO UN DERECHO DEL HOMBRE

La protección de la vida privada fue reconocida como un derecho del Hombre por el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948. El art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos, suscripto el 16 de diciembre de 1966, ratifica los términos del citado art. 12: "Nadie será objeto de intromisiones arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de atentados ilegales a su honor y a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección contra tales intromisiones o atentados". El mismo alcance ha tenido la Convención Europea de Defensa de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, al cual adhirió la República Francesa el 3 de diciembre de 1973.

En el continente americano fue suscripta el 22 de noviembre de 1969 la convención denominada "Pacto de San José de Costa Rica". En el Preámbulo del Pacto se expresa: "con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos". En el art. 11 (apartado 2) se declara que: "nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

Nuestro país ratificó la Convención y la aprobó por Ley Nº 23.054 del Congreso de la Nación promulgada el 19 de marzo de 1984, y forma parte, por lo tanto, del Derecho interno argentino.

Estas convenciones internacionales no hacen sino reconocer que los derechos esenciales del hombre no nacen del

hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento de derecho natural los atributos existenciales de la persona humana, razón por la cual se justifica una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos (Preámbulo del Pacto).

V. — EL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA COMO UN DERECHO SUBJETIVO

Los compromisos contraídos por la República Francesa han originado en ese país la ley 70.643 insertando en el Código Civil el art. 9, cuyo apartado 1º dispone: que "cada uno tiene derecho al respeto de su vida privada". En Francia por la constitución de 1958 (art. 55), los acuerdos internacionales tienen superioridad sobre las leyes. Sin embargo, la Comisión Europea sobre los Derechos del Hombre ha declarado que el Estado debe introducir en su orden jurídico disposiciones que eviten la injerencia en la vida privada de las personas y que el Estado puede ser responsable de la carencia de su legislación cuando ello comporta la no aplicación de la Convención en las relaciones individuales. A éste respecto debe señalarse que el art. 2 del Pacto de San José de Costa Rica dispone: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1, no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Es decir que esas cláusulas de las Convenciones internacionales aunque por la aprobación y ratificación de los Estados adherentes forman parte del orden jurídico interno de cada país, no son directamente operativas y requieren la debida instrumentación legal.

La recepción legislativa en el orden interno de los paí-

ses adherentes a los mencionados tratados, convierte el principio internacional consagratorio de aquellos derechos humanos, en derechos subjetivos que facultan a quienes son sujetos pasivos de su violación a invocar la protección legal.

La omisión argentina a incorporar a su derecho interno los principios y garantías que reconoce el citado pacto podría originar responsabilidad internacional en nuestro Estado y dar base a denuncias o quejas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conforme a las previsiones de la Parte II del Pacto, porque ha aceptado expresamente la jurisdicción internacional de dichos organismos como lo señala con acierto Bidart Campos (*El Derecho*, t. 115, pág. 829).

En nuestro derecho positivo se incorporó con anterioridad a la ratificación del Pacto, por la ley 21.173, promulgada el 15 de octubre de 1975 la norma del art. 1.071 bis en el Código Civil, por el cual se condena la intromisión en la vida ajena, mediante publicación de retratos, divulgación de correspondencia, o mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad. Existe actualmente un Proyecto de ley originado en el Poder Ejecutivo que se propone reemplazar el art. 1.071 bis. Nosotros hemos formulado nuestra crítica a dicho proyecto pues la norma propuesta peca por exceso en el enunciado, por una parte, y, por la otra, no pasa de ser una declaración programática en puntos que requieren una precisa regulación normativa ("La Nación" del 17 de agosto de 1985).

VI. — LA INFORMATICA Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

El Estado en su inagotable tarea inquisitoria ofrece de más en más un panorama inquietante en relación a la vida privada, ante las perspectivas abiertas por el desarrollo y el perfeccionamiento de la moderna técnica de la informática.

Los ordenadores permiten reunir un número de informaciones sobre las personas prácticamente ilimitado, estableciendo la interconexión de los ficheros de modo de proporcionar en poco tiempo y en cualquier lugar todo dato que identifique a cualquier persona. "El ordenador con su sed insaciable de información, su reputación de infalibilidad, su memoria donde nada puede borrarse, podría ser el centro nervioso de un sistema de contralor que transformaría la sociedad en un mundo de cristal, en el cual nuestro hogar, nuestra situación financiera, nuestras relaciones, nuestra salud física y mental, sería puesta al desnudo ante cualquier observador" (André Roux, *op. cit.*).

Para tratar de conjurar este peligro los poderes públicos en Francia han recurrido a una reglamentación por medio de la ley Nº 78-17, del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.

Resulta ocioso el análisis de los 48 artículos de la ley, pero debe destacarse que el art. 1º declara que: "La informática debe estar al servicio de cada ciudadano. Su desarrollo debe operarse en el marco de la cooperación internacional. Ella no debe atentar ni a la identidad humana, ni a los derechos del hombre, ni a la vida privada, ni a las libertades privadas o públicas".

En vista de los desarrollos crecientes de sistemas de procesamiento automático de datos y de que las entidades particulares y especialmente que los organismos del Estado requieren cada vez más los datos pormenorizados que identifican a afiliados, asociados, ciudadanos, contribuyentes y usuarios de servicios públicos, se hace impostergable una regulación legal que garantice a las personas el derecho a verificar la exactitud de los datos, su corrección y actualización, como así también que asegure la reserva de la información, salvo que exista un interés legítimo, y que preserve la utilización de ella conforme a los fines para los que fueron recogidos.

En un trabajo sobre este tema publicado en "La Ley" —1984-B, p. 667—, las profesoras Campanella de Rizzi y Sto-

dart de Sasim, consideran que su tratamiento podría incluirse en una ley destinada a regular en forma integral los distintos aspectos de la tutela del derecho a la intimidad o, como alternativa posible que ante el avance de la tecnología, así como las necesidades cada vez más crecientes de información, el tema se contemple en una ley que se refiera específicamente al uso de la informática, con relación a las libertades públicas y privadas de las personas tanto físicas como jurídicas.

La cuestión a que nos estamos refiriendo fue también motivo de consideración en las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas durante el año 1983 y en las cuales se aprobó un despacho de "lege ferenda" recomendando reglamentar el uso de la informática para evitar agresiones a la vida privada contemplando los aspectos a que nos hemos referido precedentemente.

En el mismo sentido se pronunciaron las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil realizadas en Mercedes en el mismo año 1983 recomendándose regular específicamente el uso de la informática, de modo que no pueda lesionar los derechos personalísimos.

Se lograría así, siquiera en parte, que el Estado ponga un límite razonable a la creciente intromisión en la privacidad de los ciudadanos concediendo a éstos, en el marco de un ordenamiento legal adecuado, las garantías de respeto de la vida privada que el propio Estado ha reconocido en Convenciones y Pactos Internacionales como un derecho del hombre y se ha comprometido a convertirlo en libertad pública individual como un derecho subjetivo dentro del ordenamiento jurídico interno.

EL TERRORISMO Y EL DERECHO AERONÁUTICO INTERNACIONAL

Comunicación del académico Dr. Federico Videla Escalada, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de julio de 1986

I. – INTRODUCCIÓN

Es evidente que vivimos una época en que la violencia ha adquirido un lamentable crecimiento en la vida de los pueblos. Cada vez son más frecuentes sus manifestaciones y más lamentables sus consecuencias y hay momentos en que parece que, a pesar de todos los progresos registrados por la humanidad, el mundo contemporáneo carece de elementos eficaces para enfrentarla.

Dentro del cuadro de la violencia, el terrorismo constituye un aspecto sustancial y no es, por ello, de extrañar que una investigación realizada a su respecto, algunos años atrás con el patrocinio de la Universidad de Columbia, haya sido publicada bajo el título "A time of terror".

Realmente, es razonable afirmar que vivimos un tiempo de terror o una hora de terror y que se torna imprescindible que la humanidad adopte medios eficaces para superar el desafío que le plantea el terrorismo.

No necesito señalar, pero igualmente deseo destacarle desde ahora, que el Derecho es un instrumento indispensable para obtener ese objetivo substancial, ya que tiene por finalidad afianzar la Justicia y defender el orden y la paz. Con verdad puede decirse que una respuesta jurídica ade-

cuada constituye el medio básico sobre el cual deben estructurarse las medidas aptas para derrotar al alarmante flagelo.

Indudablemente que el enfoque del tema en toda su amplitud excede en mucho las posibilidades de esta comunicación, que sólo procura esbozar un cuadro muy parcial que muestre las soluciones jurídicas arbitradas en el ámbito del Derecho Aeronáutico internacional frente a los ataques llevados a cabo por el terrorismo contra la aviación, que han conformado un cuadro de extrema gravedad.

Creo que el punto de partida para este análisis reside en la consideración de algunos caracteres específicos del Derecho Aeronáutico y de ciertos aspectos del terrorismo y de su acción en materia de atentados contra la aeronavegación.

II. — CARACTERES DEL DERECHO AERONÁUTICO Y HECHOS ESPECÍFICOS DEL TERRORISMO CONTRA LA AVIACIÓN

Los caracteres del Derecho Aeronáutico que merecen ser puestos de relieve en relación con nuestro tema son la internacionalidad y el reglamentarismo, consecuencia, este último, del dinamismo propio de esa disciplina jurídica.

La internacionalidad es consecuencia directa de la naturaleza de la actividad aeronáutica, la cual está destinada a funcionar principalmente en vuelos que exceden las fronteras de un solo Estado.

Esto resulta de las cualidades específicas de las aeronaves, cuyo desplazamiento rinde más utilidad a medida que se alargan las distancias recorridas, dado que, por su mayor velocidad en comparación con cualesquiera otros medios de transporte, obtienen ventajas más amplias en materia de tiempo de viaje.

Su desplazamiento se produce, muchas veces, por el espacio aéreo situado sobre lugares donde no rige soberanía alguna y, en otras oportunidades atraviesa, en corto tiempo, el de más de un Estado, cuya soberanía según el conve-

nio de tipo general vigente, el de Chicago de 1944, se extiende al que está encima de su territorio.

Como consecuencia lógica de esta característica, en materia aeronáutica los convenios internacionales revisten la calidad de fuente preeminente y hasta cabe recordar, con sentido anecdótico, que el primer convenio general, el de París, de 1919, precedió cronológicamente a la sanción de la totalidad de las leyes orgánicas internas de los diversos países.

Desde otro punto de vista, el extraordinario desarrollo adquirido por la aviación y la rapidez de su avance técnico determinan que la disciplina jurídica que la rige ostente un dinamismo excepcional, lo cual motiva la vigencia del reglamentarismo, que se manifiesta en que las leyes establecen los lineamientos fundamentales de la regulación de las instituciones y relaciones jurídicas vinculadas con la actividad aeronáutica y delegan en organismos administrativos la sanción de normas complementarias que faciliten su adecuación a los cambios de circunstancias impuestos por el avance técnico.

Frente a la agresión terrorista, los dos mencionados caracteres del Derecho Aeronáutico han promovido la elaboración de instrumentos destinados a enfrentarla en diferentes terrenos, unos preventivos y otros de derecho sustantivo y ámbito de vigencia en gran parte de la Tierra.

Expuestos estos lineamientos específicos del Derecho Aeronáutico, corresponde ahora dirigir la mirada hacia el terrorismo.

Sin la pretensión de dar un concepto que lo defina, tarea cuya dificultad se refleja en las complicaciones que han encontrado los organismos internacionales para elaborarlo, estimamos que hay una noción genérica que refleja el sentir general respecto al significado de esa expresión.

Cabe interpretar como terrorismo al accionar de grupos que utilizan la violencia como instrumento para desorganizar y desintegrar a las sociedades políticas en que actúan. Su finalidad inmediata es sembrar el terror —de ahí su denominación— con el fin de minar la resistencia de la auto-

ridad y de la población. La finalidad remota puede variar pero siempre cuenta con un contenido político. En ocasiones, un fin de liberación nacional, en otras la toma del poder y la implantación de regímenes fundados en la fuerza.

Si ordinariamente ataca a los gobiernos, también puede tener como objetivo a un sector, una clase, un pueblo o un partido.

En cuanto a los medios, también pueden ser muy diversos, pero siempre condenables: asesinatos individuales o masivos, atentados con explosivos, secuestros. Huelga pretender realizar una enumeración. Son conocidos y nuestro país ha tenido oportunidad de sufrirlos en vasta escala.

Para la exposición de nuestro tema, debemos, por consiguiente, reducirnos a la mención de los instrumentos utilizados en mayor medida por el terrorismo para atentar contra la navegación aérea, especialmente contra el transporte, simplemente para poder contemplar con una referencia concreta los instrumentos jurídicos elaborados para enfrentarlo.

Sin embargo, antes conviene hacer un pequeño alto para formular una observación que reviste cierta importancia: precisamente porque el terrorista obra con una finalidad concreta y determinada, los medios que utiliza, además de apuntar a objetivos directos, tienden a producir un aporte publicitario en favor de la causa que inspira la acción de aquél.

Dadas las características de nuestra época y el papel preeminente que desempeñan los medios de comunicación social, los terroristas, mediante acciones espectaculares, logran que esos medios masivos de información reflejen los detalles de los hechos, recojan las declaraciones y manifestaciones de víctimas y victimarios, así como de autoridades gubernamentales y de figuras dirigentes que son llamadas a opinar sobre los acontecimientos.

Todo ello constituye una valiosa propaganda, que favorece los planes del terrorismo y multiplica el efecto nefasto de su accionar sobre la población que sufre sus embates.

Tras esta breve reflexión, retornamos a la enumera-

ción de los actos terroristas que más frecuente y espectacularmente atacan a la aviación.

Sin duda, los apoderamientos ilícitos de aeronaves fueron y continúan siendo en buena medida, los hechos más resonantes y concitaron en mayor medida el interés público y la atención de los juristas.

Dentro del marco general de las finalidades perseguidas por sus autores, el apoderamiento ilícito fue medio idóneo para tomar rehenes, secuestrar y asesinar personas, obtener la liberación de presos políticos o comunes, apoyar movimientos tendientes a lograr la independencia de comunidades que están o se consideran sojuzgadas, destruir materiales valiosos, poner en cuestión la seguridad y las posibilidades de vivir en paz y ordenadamente de algunos países, etc. etc.

Asimismo, esos acontecimientos recibieron la más amplia publicidad y permitieron a sus autores obtener así un importante aporte propagandístico.

No tan publicitados pero muchas veces más trágicos fueron los atentados contra aviones practicados por medio de explosivos, que en muchos casos los destruyeron juntamente con sus ocupantes: pasajeros y tripulaciones fueron víctimas directas de esta violencia, que constituyó una manifestación moderna de la llamada filosofía de la bomba, elemento destructivo utilizado en otras etapas de crecimiento del terrorismo.

En esta nueva aparición, cabe hacer notar que sus efectos se vieron multiplicados, ya que, por sus características, los aviones son sumamente vulnerables a esta especie de atentados y por la circunstancia de desarrollar gran parte de sus vuelos a una altura considerable ofrecen pocas perspectivas de salvación a los viajeros.

Los efectos sobre el desarrollo de la actividad aeronáutica fueron, por tal razón, muy serios y se debió estudiar la instauración de sistemas de prevención que disminuyeran sus peligros.

Como acotación, cabe señalar que, además de las opor-

tunidades en que tuvieron lugar hechos de esta naturaleza con sus trágicas consecuencias, la aviación se vio también afectada en su funcionamiento, seguridad y regularidad por las numerosas comunicaciones recibidas por los más diversos medios, en que se hacía saber que a bordo de una aeronave se había colocado algún elemento explosivo, lo cual obligaba, por elementales razones de prudencia, a proceder a revisaciones y controles que demoraban la partida de los aviones y complicaban los esquemas de las empresas aerotransportistas y de los organismos de tránsito aéreo.

A estos ataques que tuvieron por objeto a los vehículos se agregaron otros dirigidos contra instalaciones en tierra. En algunas oportunidades los atentados apuntaron a las oficinas de empresas transportistas, especialmente en momentos de gran tensión en la lucha entre los pueblos de Medio Oriente. Inclusive cabe recordar un hecho en que fue baleado con graves consecuencias un ómnibus de la Compañía El Al, israelí, en que se registraron muertos y heridos entre el pasaje. Entre los primeros cabe incluir a una azafata de la compañía mencionada.

Más directamente vinculados con el desarrollo de la aeronavegación están los atentados producidos en muchos aeropuertos, pocas semanas atrás, por ejemplo, en el que lleva el nombre de Leonardo da Vinci, donde opera el tráfico internacional de Roma.

Este tipo de atentados ha consistido generalmente en la colocación de explosivos o el despliegue de un grupo terrorista armado de ametralladoras y que abre fuego de modo más o menos indiscriminado.

Esta mirada a vuelo de pájaro a hechos que conmovieron y conmueven a nuestro mundo permite apreciar de inmediato la gravedad de la amenaza cernida sobre la actividad aeronáutica.

Es notorio que este admirable medio de comunicación que ha acercado a los hombres de los puntos más distantes del Planeta y constituye una de las mayores conquistas al servicio de la Humanidad, se encontró en una situación que,

inclusive, puso en peligro su supervivencia y, sin duda, le originó daños considerables.

Para agravar la situación, se sumó y se mantiene, una circunstancia impredecible: como todos sabemos, hay Estados que apoyan las actividades terroristas, dan asilo a sus actores e, inclusive, promueven sus actividades criminales.

En algunos casos, ese apoyo es positivo y ostensible, como sucede con Libia respecto a los ataques perpetrados contra la aviación civil israelí, mientras que otros pretenden introducir distinciones dentro del terrorismo y reservar las sanciones punitivas para algunos grupos y excluir a otros, a los que califican como movimientos de liberación nacional. Tal el caso, por ejemplo, de la Unión Soviética.

Probablemente, la gravedad del cuadro fue motivo determinante de la decisión con que se encaró la defensa de la aviación frente a la agresión terrorista.

III. – LA RESPUESTA DEL DERECHO AERONÁUTICO

Como señalamos anteriormente, las manifestaciones del terrorismo dirigidas contra la aviación son sólo una parte de las que afectan a muchos sectores de la vida contemporánea.

Y como es natural, las sociedades humanas procuran defenderse del flagelo en todos los ámbitos en que se hace presente. Esto da lugar a la adopción de medidas de orden general que constituyen por su amplitud un importante medio de protección de la actividad aeronáutica.

Como no hemos de referirnos a ellas, puesto que nuestra investigación tiene un campo restringido, eminentemente especializado, nos ha parecido indispensable formular esta breve mención antes de considerar las específicamente adoptadas a través del Derecho Aeronáutico en el plano internacional.

Antes de hacerlo, deseamos poner de relieve que mu-

chos Estados han puesto en vigencia normas de derecho interno destinadas al mismo fin. Generalmente se inspiran en los preceptos similares empleados en el orden internacional.

En este último, cabe anotar que se elaboraron reglas administrativas de prevención de los hechos, es decir, medidas de seguridad, por una parte y que, por otra, se concretaron varios acuerdos internacionales.

IV. — LAS REGLAS PREVENTIVAS DE SEGURIDAD

En primer lugar, es menester recordar que, con la finalidad de evitar atentados terroristas, se sancionaron normas preventivas destinadas a garantizar, en la mayor medida posible, la seguridad de los vuelos.

En este aspecto adquiere relevancia el carácter reglamentarista del Derecho Aeronáutico, ya que si se desea determinar la naturaleza jurídica de estas reglas, cabe decir que se trata de normas reglamentarias que marcan una confluencia entre el Derecho Administrativo y el Aeronáutico.

En la mayoría de los casos, tienden a la protección de la seguridad de la prestación de un servicio público, ya que, en proporción casi excluyente, los ataques terroristas contra aeronaves han sido dirigidos contra las destinadas al transporte.

Generalmente, han apuntado a aviones que prestan servicios regulares, pero ha habido ataques contra máquinas que realizaban servicios de transporte no regular, "charters" en la terminología anglosajona, usualmente utilizada en el ámbito de la aeronáutica comercial.

Parece obvio agregar que siempre se trata de transportes de pasajeros y que únicamente se han detectado algunos pocos ataques contra transportes de carga, reducidos a oportunidades en que se realizaba algún vuelo en que se llevaban armas o algún tipo de material bélico.

Sería prácticamente imposible pretender esbozar un catálogo de las normas de esta especie aplicadas actualmente.

En general, consisten en medidas de contralor desarrolladas mediante la utilización de medios técnicos avanzados, como los exámenes con empleo de rayos X u otros elementos de detención.

Sin embargo, no cabe descartar otros más elementales, pero muchas veces eficaces, como la revisación personal de viajeros para comprobar si portan armas o explosivos o la colocación de los equipajes al lado del avión para que los pasajeros en el momento de abordarlo indiquen cuáles les pertenecen, de modo de evitar que alguien pueda despachar un bulto que contenga explosivos y, por su parte, permanezca en tierra.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, es interesante anotar quiénes elaboran las reglas preventivas de seguridad.

Formalmente son normas administrativas originadas en las autoridades que tienen a su cargo la regulación del funcionamiento de los aeropuertos y aeródromos. La legislación de cada Estado define, naturalmente, la respectiva organización y atribuye la función del caso a la pertinente repartición.

Pueden por ello ser dictadas y puestas en vigencia por la dirección de cada aeropuerto o por reparticiones más amplias, como direcciones de infraestructura o circulación aérea, pero, en definitiva, dependen de la autoridad administrativa de cada país.

Y en este tema, como en todos los que ocupan el Derecho Aeronáutico, se manifiesta una llamativa uniformidad: las medidas se aplican más o menos estrictamente pero, en esencia, coinciden en la generalidad de los casos.

Muchas veces la diferencia en la estrictez o flexibilidad depende de situaciones específicas derivadas de condiciones diferentes: en un aeropuerto donde opera una línea aérea de un país donde el terrorismo reviste mayor gravedad, se hace necesario extremar los cuidados.

Pero, como antes señalamos, existe una manifiesta uniformidad básica.

En buena medida, esto se debe a que las reglas preventivas de seguridad responden a los resultados de estudios cuidadosamente realizados por organismos internacionales, sean ellos gubernamentales o privados.

Entre los primeros, cabe señalar a la OACI, donde se han ocupado del tema la Comisión de Navegación Aérea y el Comité de Transporte Aéreo, ha intervenido el Comité Jurídico y el tratamiento de la cuestión ha llegado al Consejo en diversas oportunidades.

Entre los privados, merecen recordarse las tareas cumplidas por IFALPA, la entidad que agrupa a los pilotos de las líneas aéreas y especialmente a la IATA, que agrupa a prácticamente todas las empresas aerocomerciales que cumplen servicios de transporte regular en el plano internacional.

Esa conjunción de esfuerzos de técnicos, juristas, pilotos y empresarios ha servido de base para las disposiciones que los diversos Estados han puesto en vigor en sus respectivos territorios.

Y, como conclusión, puede afirmarse que la aplicación de estos preceptos reglamentarios de tipo administrativo ha alcanzado un alto grado de eficiencia para reducir los daños causados por el terrorismo a la aviación.

V. – LOS CONVENIOS INTERNACIONALES RELATIVOS AL APODERAMIENTO ILÍCITO DE AERONAVES

Al mismo tiempo que las primeras manifestaciones del terrorismo contra la aviación impulsaban a la elaboración de las normas preventivas de seguridad, la OACI y los estudiosos del Derecho Aeronáutico comenzaron a trabajar en la preparación de anteproyectos de convenios internacionales destinados a combatirlo.

El primer hito en esta marcha se concretó al aprobarse en Tokio el 14 de septiembre de 1963 el Convenio relativo

a las infracciones y a ciertos otros actos ocurridos a bordo de aeronaves.

El documento muestra escasa precisión y ni siquiera da un concepto de esos hechos ilícitos, para los cuales, por otra parte, no prevé sanciones, pero tiene el mérito de haber sido el primer documento internacional sancionado ante la aparición del terrorismo.

Si se piensa que los apoderamientos recién comenzaron hacia 1960, no puede dejar de reconocerse que la reacción de la comunidad internacional fue muy rápida y que había habido una correcta captación de la gravedad del fenómeno que recién empezaba a desarrollarse.

Esto explica que, a pesar de los defectos del Convenio, tanto la OACI como organizaciones particulares y la doctrina conformada por los estudiosos del Derecho Aeronáutico, hayan recomendado insistentemente su ratificación.

En nuestro país, por ejemplo, en las Terceras Jornadas Nacionales, celebradas en 1968, en Buenos Aires, organizadas por la Universidad del Salvador, se aprobó una recomendación en tal sentido, conforme a la propuesta formulada por el relator, ese notable jurista que se llamó Federico Ortiz de Guinea, quien, no obstante, había señalado con sólidos fundamentos las objeciones que merecía el Convenio.

En su texto, es necesario distinguir dos partes: la primera se refiere a las facultades de los comandantes de aeronaves y constituye el único texto internacional sancionado sobre ese importante tema. No cabe retacearle elogios al respecto, aunque no cabe tampoco calificarlo de perfecto, pero la consideración de esa parte es ajena al estudio de nuestro tema de hoy.

En lo atinente a éste, el Convenio estableció reglas de competencia en materia penal y procuró alcanzar un mínimo de cooperación internacional para proteger a la aviación amenazada por los primeros apoderamientos de aeronaves.

Es de notar que, con claro sentido práctico, los Estados Unidos propusieron incluir en el Convenio un precepto que impusiera a los Estados la obligación de procesar al autor del

hecho o conceder su extradición, pero la propuesta llegó demasiado tarde para ser tratada y, por consiguiente, no pudo concretarse en el texto finalmente aprobado.

Debido a ello, el deber substancial asumido por los Estados partes consiste en "tomar todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control", según resulta de las expresiones textuales del art. 11, que demuestra que, por encima de todo el Convenio constituye un esfuerzo para aliviar las consecuencias negativas que el apoderamiento ilícito de un avión causa a su pasaje y tripulación.

En ese mismo art. 11, aparecen mencionados los elementos substanciales del hecho ilícito en cuestión. Se refiere a "cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo", o a que sea inminente la realización de tales actos.

Aun cuando la descripción del hecho sea demasiado vaga, cabe decir que se encuentran dadas las bases para una posterior tipificación.

Y también cabe señalar que no hay una calificación como figura delictual ni se prevé sanción contra el autor, sino que únicamente aparece como aspecto concreto el de la necesidad de permitir que la legítima autoridad retome la conducción a bordo y la conserve.

De todas maneras, quedan determinados dos elementos que más tarde servirían para avanzar en la tarea de tipificación y calificación de estos hechos.

Son ellos el apoderamiento del avión o la interferencia en su viaje y que aquél esté en vuelo.

Asimismo, conviene anotar, como nota positiva, que el texto de Tokio impone diversas obligaciones y reconoce ciertas facultades a los Estados, ya que contiene disposiciones referidas a la entrega o detención del presunto delincuente sobre la base de una adecuada consideración de los poderes y funciones asignados a los comandantes de aeronaves en el mismo Convenio.

Por el contrario, es francamente negativo que éste no

haya establecido el deber de conceder la extradición de los autores de apoderamientos ilícitos de aeronaves.

Cabe afirmar con certeza, que si se desea combatir eficazmente al terrorismo en este tipo de manifestaciones, la extradición obligatoria es instrumento fundamental.

En el Convenio de La Haya, como veremos enseguida, el tema recibió un tratamiento distinto y, sin duda, mejor.

Más aún, ni siquiera estableció el Convenio de Tokio la obligación para el Estado de aterrizaje de detener al infractor entregado a sus autoridades por el comandante del avión.

Para no extender el comentario, sólo consideramos oportuno destacar que tampoco el tema de la jurisdicción fue adecuadamente reglado, ya que se asignó prevalencia a la del Estado de matrícula, pero se admitieron varias excepciones lo cual desde el punto de vista práctico —substancial en una cuestión como la que dio origen al Convenio—, afectó el valor de la solución conformada por el texto de 1963.

Estas diversas fallas dificultaron evidentemente el proceso de ratificación, que se desarrolló con suma lentitud. No obstante, hacia 1969, en un momento en que se multiplicaron ilícitos de aeronaves, el Convenio entró finalmente en vigencia.

En rigor, por esos defectos, no resultó idóneo para obtener los resultados buscados frente a la agravación de este tipo de hechos, pero es innegable que constituyó un primer paso institucionalizado en el Derecho Aeronáutico internacional para la obtención de esa finalidad, esencial para la subsistencia de la aviación, especialmente la de transporte.

La insuficiencia señalada motivó que, aun antes de entrar en vigencia el Convenio de Tokio, y al mismo tiempo que la OACI, la IATA y otras entidades intensificaban los esfuerzos para sumar ratificaciones, comenzó el proceso de elaboración de un nuevo convenio destinado a combatir los apoderamientos ilícitos de aviones.

Al reunirse en Buenos Aires, en 1968, la Asamblea de la OACI admitió que el art. 11 del Convenio de Tokio pro-

veía un instrumento, aun cuando fuese imperfecto, y requirió al Consejo que impulsara otras medidas destinadas a resolver adecuadamente el problema.

El Consejo, en diciembre de 1968, condenó todos los ataques contra la aeronavegación y en abril de 1969 formuló una declaración en que afirmó que no deben ser tolerados los actos de interferencia ilícita de aeronaves en la aviación civil internacional.

Dentro de este concepto más genérico, indicó que estaba comprendido el apoderamiento ilícito de aeronaves y creó un Comité para que estudiara especialmente el tema.

Es de destacar que en esos momentos había crecido de modo impresionante el número de apoderamientos ilícitos a punto tal que, entre 1969 y 1970 estadísticas muy responsables indicaron que habían sido afectados por tales hechos más de nueve mil pasajeros de ochenta y nueve países.

A esa altura de la cuestión se había generalizado la convicción en cuanto a que los apoderamientos eran una verdadera arma de lucha revolucionaria.

Además, como los hechos en casi todas las oportunidades atacaban a aeronaves de transporte regular de pasajeros, los terroristas contaban con la necesidad que existía de proteger la vida de aquéllos. Inclusive, se señaló que era necesario elogiar la conducta y la serenidad puestas de manifiesto por los miembros del personal aeronavegante de los aviones que contribuyó eficazmente a evitar males que pudieron alcanzar consecuencias gravísimas.

A raíz de las condiciones reinantes, la preocupación creció progresivamente y a los esfuerzos de la OACI se sumaron los de la IATA, que analizó el problema en varias ocasiones.

También se interesó la IFALPA, que dedicó diversas reuniones a analizar la cuestión e, inclusive, amenazó con adoptar medidas muy serias si no se tomaban decisiones tendientes a contener efectivamente al flagelo. Entre ellas, se refirió a una suspensión general de actividades a escala mundial y un boicot a los países que no liberaran a las aeronaves

civiles y sus tripulaciones cuando llegaran a sus territorios por causa de apoderamientos ilícitos.

En el campo de la doctrina cabe señalar los estudios de la International Law Association, el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional y las Jornadas Latinoamericanas, Iberoamericanas y las Nacionales de Derecho Aeronáutico.

Sobre la base de todas estas opiniones, el Comité Jurídico de la OACI produjo un informe y un Subcomité preparó un proyecto de nuevo convenio.

Mientras se desarrollaba esa tarea, Suiza y Austria, aeronaves de cuya nacionalidad habían sido atacadas por terroristas, solicitaron la convocatoria de una Asamblea extraordinaria de la OACI para junio de 1970. A ese pedido se sumaron algunos otros atentados graves, como el del desierto jordano e inclusive apoderamientos de aeronaves soviéticas.

Se reunió esa Asamblea, condenó los hechos de violencia, deploró sus consecuencias y formuló un serio llamado a todos los Estados.

El proceso de elaboración del nuevo convenio y del de Montreal al que nos referiremos más adelante, prosiguió y en La Haya en diciembre de 1970 se reunió una Conferencia en que participaron setenta y siete Estados, que con el apoyo de los Estados Unidos y la Unión Soviética, aprobó un texto que hasta ahora se mantiene en vigencia y se denomina Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves.

Nuestro país lo ha ratificado por ley 19.793.

Las opiniones sobre el convenio no son coincidentes, algunos se muestran satisfechos, mientras que otros lo consideran demasiado débil.

Por encima de esas diferencias, cabe señalar que el texto fue aprobado prácticamente por unanimidad —hubo dos abstenciones— pese a que algunos de los Estados participantes en la Conferencia sostenían que debía concederse asilo político a los autores de ciertos apoderamientos ilícitos, punto de vista que se ligaba con la posibilidad de determinar si aqué-

llos habían actuado por cuenta de algún movimiento de liberación nacional.

Fue importante, frente a esta posición, haber alcanzado la casi unanimidad, ya que, en definitiva, ésta significaba la consagración del principio según el cual el fin no justifica los medios.

Además, desde el comienzo corresponde señalar que se acordó fundamental importancia, como veremos, al tema de la extradición.

Como síntesis, cabe decir que el texto define la infracción, obliga a los Estados a reprimirla con severidad, hace susceptibles de extradición a sus autores, atribuye competencia a los Estados de matrícula y de aterrizaje para conocer en el correspondiente proceso y obliga a todo Estado donde se encuentre el delincuente a conceder la extradición o someterlo al pertinente proceso.

En definitiva, en nuestra opinión, merece juicio favorable y se puede decir que constituye un instrumento adecuado para la lucha contra los apoderamientos ilícitos de aeronaves como lo manifestaron en sus respectivas conclusiones las Quintas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y las Quintas Jornadas Nacionales realizadas en nuestro país.

Por otra parte, desde su sanción se produjo una disminución de estos actos terroristas, de modo que los frutos han sido positivos.

Tras esta breve exposición previa, comentaremos algunas de las disposiciones fundamentales del Convenio.

En el artículo 1 tipifica el hecho. Expresa: "Comete un delito: 1. toda persona que a bordo de una aeronave en vuelo: a) ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos; b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos".

Los elementos que surgen de tal definición son la ilicitud objetiva del hecho, el empleo de violencia, sea fuerza física

o intimidación, la finalidad de apoderarse de la aeronave o ejercer ilícitamente su control, que la aeronave esté en vuelo y que el acto de apoderamiento tenga propósitos ajenos a la prestación del servicio o la realización de la operación aérea a que esté afectada la máquina.

Respecto a uno de los elementos enunciados —que la aeronave esté en vuelo— es de señalar que el Convenio se aparta de la clásica especificación del Convenio de Roma y determina, en su artículo 3, que lo está "desde el momento en que se cierren todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque".

En caso de aterrizaje forzoso, el criterio cambia y se entiende que el avión continúa en vuelo hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y las personas y los bienes que estén a bordo.

El concepto de aeronave en vuelo es, de este modo, más amplio que el de Roma y la finalidad de esta modificación obedece al deseo de comprender en el ámbito del Convenio a la mayor cantidad posible de hechos ilícitos.

Ese mismo espíritu inspira la redacción del art. 2: "Los Estados contratantes se obligan a establecer para el delito penas severas". La expresión no es totalmente precisa pero deja perfectamente en claro la intención de sus redactores.

Antes dijimos que, si no se ponderaba debidamente la importancia de la extradición en esta materia, era muy difícil que se alcanzaran las finalidades perseguidas y se lograra un instrumento útil para combatir este tipo de actos terroristas.

De ahí que, como reflejo del criterio antes señalado, los redactores del texto de La Haya se hayan preocupado seriamente de ese tema, que trataron juntamente con el de la jurisdicción, dada la estrecha vinculación que, desde el punto de vista de la eficacia de la solución buscada, existe entre ambos.

Las mencionadas cuestiones están tratadas especialmente en los arts. 4º a 8º del Convenio, los cuales integran un sis-

tema que dispone, en síntesis, lo que enunciamos a continuación.

El instrumento fundamental consiste en enumerar una amplia nómina de Estados que tienen jurisdicción para el juzgamiento de los hechos delictivos en cuestión y en procurar que no exista falla alguna en materia de extradición.

Atribuye competencia al Estado de matrícula de la aeronave afectada, al de aterrizaje, al del domicilio o sede principal del explotador de la aeronave si ésta estuviera arrendada y, además, al Estado que niega la extradición del autor del delito.

Se trata, como puede apreciarse, de una solución muy amplia que conforma una verdadera internacionalización de la competencia con el fin de asegurar el procesamiento de los culpables.

A esto se suma la obligación de los Estados, establecida en el art. 6 del Convenio, de detener al infractor y realizar una investigación preliminar inmediata y la reglada por el artículo siguiente, que determina que, si un Estado no concede la extradición, debe procesarlo ante sus Tribunales competentes, los cuales deben dictar su resolución de acuerdo con las disposiciones relativas a los delitos comunes de carácter grave, conforme a su legislación.

Como antes señalamos, estos preceptos dedicados a la jurisdicción se complementan con lo dispuesto en el art. 8 sobre extradición de los autores de los apoderamientos.

Este precepto determina que el delito se considera incluido entre aquellos que dan lugar a extradición en todo tratado celebrado por los Estados contratantes; que éstos se comprometen a incluirlo como tal en todo tratado que suscriban en el futuro; que, en caso de no existir tratado de extradición con otro de los Estados contratantes, se podrá considerar al Convenio como tal; que no se subordina la extradición a la existencia de un tratado entre los Estados directamente interesados y que, a los fines de la extradición entre las Partes, se considerará que el delito ha tenido lugar no sólo donde ocurrió sino también en el de los Estados obli-

gados a establecer su jurisdicción de acuerdo con las normas que rigen este tema.

Con esta disposición se ha logrado que el apoderamiento ilícito de aeronaves sea en todos los casos un delito susceptible de dar lugar a la extradición, con el complemento de la obligación de juzgar al autor del hecho del modo antes indicado si no se concediese aquélla.

Este breve resumen del Convenio de La Haya permite comprender la importancia que se acordó al tema de los apoderamientos ilícitos de aeronaves y, por consiguiente, a la lucha contra el terrorismo que, por ese medio, llegó a poner en peligro el funcionamiento de la aeronavegación.

No puede decirse que se haya alcanzado una solución perfecta, pero es evidente que se consiguió elaborar un instrumento jurídico adecuado que se demostró apto para obtener resultados satisfactorios.

VI. – EL CONVENIO PARA LA REPRESIÓN DE ACTOS ILÍCITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AVIACIÓN CIVIL

Cuando mencionamos los medios utilizados por el terrorismo en su ataque contra la aviación, manifestamos que, si bien los apoderamientos ilícitos habían sido los más espectaculares, la nómina no se agotaba con ellos.

En efecto, es sabido que, sobre todo en algunos momentos, proliferaron los atentados de todo orden, especialmente contra aeronaves y aeropuertos e inclusive contra otras instalaciones indispensables para el desarrollo ordenado de la actividad aeronáutica.

De ahí que la sanción del Convenio de La Haya de 1970 haya sido considerada insuficiente para una solución general del problema y que se haya continuado trabajando para preparar nuevos textos destinados a superar los daños producidos por los demás medios terroristas.

La culminación de tales esfuerzos fue el Convenio para

la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, suscripto en Montreal el 23 de septiembre de 1971, convenio que la Argentina ratificó por ley 20.411.

Cuando todavía estaba en preparación el texto de La Haya, la Asamblea de la OACI, reunida en la sede del organismo, en Montreal, en 1970, encomendó al Comité Jurídico que proyectara un texto destinado a reprimir los ataques no contemplados por el que luego se convertiría en el Convenio antes comentado.

El Comité preparó en Londres un proyecto a ese fin y en 1971, como dijimos, fue sancionado el nuevo Convenio.

Dada la variedad de hechos que debían ser tomados en consideración, se hizo necesario, al definir el concepto de aquellos que caen dentro de los términos del Convenio, darles una gran amplitud.

Esto se refleja en el art. 1 que dice: "Comete un delito toda persona que ilícita e intencionalmente: a) 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; b) Destruya una aeronave en servicio o le cause daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo; c) Coloque o haga colocar en una aeronave en servicio por cualquier medio, un artefacto o substancia 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; d) 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; e) Comunique, a sabiendas, informes falsos, poniendo con ello en peligro la seguridad de una aeronave en vuelo".

En el inciso 2 del mismo artículo, se añade que comete también un delito quien intente la realización de uno de los hechos enumerados o sea cómplice de su autor.

Este texto responde a las instrucciones que la Asamblea

de la OACI había impartido al Comité Jurídico en el sentido de preparar un proyecto de convenio que se aplicara a todos los ataques contra la aeronavegación que no cupiesen en la noción de apoderamiento ilícito.

En esa sesión se habló de actos ilícitos de interferencia contra la seguridad de las aeronaves en tierra y en vuelo y de los aeropuertos y demás instalaciones de infraestructura así como de los actos de violencia contra aeronaves, sus tripulaciones y pasaje y también contra los mencionados elementos integrados en la infraestructura y, en síntesis, contra todo acto de violencia o interferencia dirigido contra la aviación civil internacional y específicamente, contra la acción desarrollada contra ella por el terrorismo, para todo lo cual debía proveerse la pertinente represión.

Estimamos que el texto del art. I del Convenio de Montreal responde adecuadamente a estos lineamientos.

Además, la amplitud del cuadro crece por cuanto en este Convenio no sólo se toma en cuenta a la aeronave en vuelo —para la que se mantiene el concepto del Convenio de La Haya, más amplio que el incluido en el de Roma de 1952— sino que se agrega a la aeronave "en servicio", lo cual extiende el período en que debe tomarse en cuenta la comisión del acto de violencia o interferencia.

En efecto, conforme a lo establecido en el punto b) del art. II, "se considera que el avión está en servicio desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo, hasta 24 horas después de cualquier aterrizaje, el período de servicio se prolongará en cualquier caso por todo el tiempo que la aeronave se encuentre en vuelo" y finaliza el inciso con una remisión a la definición de aeronave en vuelo.

Esta extensión del período de protección a los aviones constituye una medida de gran utilidad, ya que cubre los ataques mientras aquellos están en tierra, estacionados o listos para partir e, inclusive, en un hangar donde se los prepara para el vuelo.

Si se piensa en el valor enorme de las aeronaves de trans-

porte, sobre todo de las de gran capacidad, tipo "jumbo", se comprende los daños que un ataque contra esas máquinas puede inferir a la actividad aeronáutica, ya que las posibilidades de reposición inmediata son escasas.

De este modo, se ha procurado defender a la aviación civil de las interferencias y violencias que no cubría el Convenio de La Haya.

No es del caso hacer referencia a la obligación impuesta a los Estados de sancionar el delito con penas severas, la amplitud de las jurisdicciones y la solución en materia de extradición, por cuanto todos estos temas están reglados con los mismos lineamientos seguidos respecto a ellos por el Convenio antes comentado.

Con la suma de ambos, el de La Haya de 1970 y el de Montreal de 1971, se ha conformado una regulación represiva destinada a defender a la aeronavegación de los ataques del terrorismo.

Y es menester señalar que, progresivamente, los apoderamientos ilícitos y los atentados, actos de violencia e interferencias se redujeron, aun cuando todavía asistimos a ataques, a veces muy graves, que muestran la importancia del flagelo terrorista.

Cabe, pues, afirmar que, entre las medidas de seguridad establecidas por los organismos administrativos y los dos convenios, el Derecho se ha demostrado, una vez más, idóneo para afianzar la justicia, el orden y la paz en un ámbito en que estaban seriamente amenazados.

VII. — ALGUNOS COMENTARIOS ADICIONALES

Antes de finalizar, estimamos oportuno formular algunos comentarios conexos con el tema.

En primer lugar, conviene anotar que, como ocurre muchas veces en las negociaciones de los convenios internacionales, las soluciones finalmente concretadas no alcanzan el

nivel óptimo, sino que es preciso declinar algunas ambiciones con el fin de obtener frutos relativamente satisfactorios.

En este tema, varios Estados buscaron complementar lo hecho con la elaboración de un convenio más, que debía agregarse a los anteriores y estaría destinado a prever sanciones colectivas contra los Estados que no los cumplieran debidamente.

Habría sido muy útil que hubieran tenido éxito, ya que se hubiese neutralizado la acción de los Estados que, mediante diversos procedimientos, protegen y apoyan o, al menos, tratan benévolamente a algunos grupos terroristas.

Con la finalidad de alcanzar esa meta, se reunieron una Asamblea Extraordinaria de la OACI y una conferencia diplomática en Roma en 1973, pero lamentablemente el esfuerzo no tuvo éxito.

El otro comentario se refiere a que, en la legislación positiva argentina, el Código Aeronáutico incluyó, al ser sancionado en 1967, los artículos 217 y 218, que se referían respectivamente a los apoderamientos ilícitos de aeronaves y a los actos ilícitos contra la seguridad de las aeronaves, los aeropuertos y, en general, la circulación aérea.

Infortunadamente, esos preceptos fueron derogados en oportunidad de reformarse el Código Penal, pero son clara muestra de la conciencia que existía en nuestro país sobre la gravedad de los ataques contra la aviación civil por parte del terrorismo.

En síntesis, el análisis de la manera como el Derecho Aeronáutico internacional ha respondido a los ataques terroristas constituye una demostración más de la importancia de las normas jurídicas para el progreso de la humanidad, mediante el afianzamiento de los grandes valores sociales, imprescindibles para que el hombre cumpla sobre la Tierra el destino que Dios le asignó.

LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS EN MATERIA DE ABORTO

Comunicación del académico Dr. Jorge A. Aja Espil, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de octubre de 1986

Son bien conocidos los múltiples problemas que suscita el tema del aborto tanto en el campo legal, como en el religioso, social, médico y aun económico. Hay una vastísima literatura, siempre polémica, sobre la legitimidad o no del aborto, que nos llega desde los albores mismos de la civilización.

En el terreno judicial se han producido decisiones trascendentes, como la del Tribunal Constitucional alemán del 25 de febrero de 1975, en donde se sostuvo que existe vida humana, en el sentido de existencia histórica, desde los catorce días después de la concepción. También el Tribunal Constitucional de España de abril de 1985 donde se declaró la inconstitucionalidad de diversas normas del proyecto de ley de aborto, y que mereciera un prolijo comentario del Dr. Bidart Campos en "El Derecho", t. 113, pág. 479.

En los Estados Unidos, el problema del aborto, combatido desde siempre por la rigidez religiosa de los puritanos y de los cuáqueros, ha sido encauzado a través de una regulación jurisprudencial de la Corte Suprema. Dos fallos muy criticados, uno del año 1973 y otro reciente, de junio de 1986, ventilan los aspectos constitucionales, biológicos y aun médicos que caracterizan al tema.

Como es bien sabido, la Corte Suprema norteamericana está integrada por 9 jueces, que representan diferentes es-

cuelas del pensamiento, de tal modo que en aquellas cuestiones que encierran grandes principios de filosofía jurídica, la división entre los llamados liberales y los conservadores aparece notoria en sus votos. El Juez William Brennan, con treinta años en la Corte, y el Juez John P. Stevens, encabezan el pensamiento liberal, siendo defensores acérrimos de las libertades humanas, mientras que el actual presidente William H. Rehnquist es, sin duda, el más conservador de sus miembros, al que se suma el Juez Byron White.

Naturalmente, en una cuestión tan debatida como el aborto, aquella división filosófica de la Corte aparece tajante en la opinión de la mayoría y en la de la disidencia, sobre todo cuando se aborda el orden de los valores y su escala jerárquica.

El examen de las decisiones de aquel Alto Tribunal permitirá apreciar cómo ellos penetran en la sociedad americana, y cómo van más allá de los límites funcionales de la potestad jurisdiccional.

Antes de introducirnos en el análisis de los dos conflictivos fallos sobre el aborto, y que motivan esta comunicación al cuerpo académico, se hace necesario una breve reseña de un importante precedente jurisprudencial del año 1965, en donde la Corte norteamericana incursiona en una nueva definición axiológica sobre la privacidad, que luego será recogida en aquellas sentencias.

I. *Griswold v. Connecticut* (año 1965)

El respeto al ámbito de la intimidad, también llamado derecho a la privacidad en la semántica anglosajona, tiene vieja raigambre en la jurisprudencia norteamericana.

El derecho a la privacidad frente a los excesos de las publicaciones, tenía su apoyo en la Enmienda I. La privacidad era un escudo que defendía a la personalidad humana de la intrusión arbitraria y de la publicidad irracional. Posteriormente, protegida por las Enmiendas IV y V de la Constitu-

ción, fueron los jueces Black, Frankfurter y Douglas quienes sostuvieron que el allanamiento ilegal, no ya del domicilio sino de la intimidad física, era execrable.

Hay que llegar a la primera semana de junio de 1965, para encontrarnos con una decisión trascendental de la Corte Suprema en el campo de la llamada intimidad o privacidad. En el caso llevado a su conocimiento, se cuestionaban las leyes del Estado de Connecticut que prohibían el uso de anticonceptivos. Por siete votos contra dos el Alto Tribunal las declaró inconstitucionales, por ser lesivas al ámbito de la intimidad (right of marital privacy), derecho que, hasta ese momento, se ubicaba en la "penumbra" de la declaración de los derechos de la Constitución. Sostenía la Corte que el Estado de Connecticut, bajo la apariencia de reglamentar la venta de anticonceptivos, lo que en realidad hacía era prohibirlos.

En el fallo recaído en la causa Griswold v. Connecticut, (381-U.S.479-1965) se expresa que el concepto de privacidad es más descriptivo que analítico, pudiendo abarcar dos aspectos: 1) el derecho del individuo para decidir cuánta y qué información sobre sí mismo está dispuesto a revelar; 2) la autonomía o derecho del individuo a realizar o no determinadas acciones o someterse a ciertas experiencias.

La conclusión del Tribunal fue en el sentido de que las leyes de Connecticut afectaban "áreas sensitivas de la libertad" tal como el derecho del individuo a ser libre de toda indebida intrusión del Estado y a su libre decisión de engendrar o dar a luz hijos.

El juez de la Corte William O. Douglas, concluía su razonamiento con estas palabras: "¿Vamos a permitir que la policía lesione el recinto sagrado de los lechos matrimoniales? La sola idea es repelente".

La importancia de este fallo consiste en el cambio de sustento constitucional que se le arrima al derecho a la privacidad. Hasta entonces, éste se identificaba con las específicas previsiones enumeradas en la Enmienda IV (domicilio, papeles, efectos), pero a partir del caso Griswold v. Connecti-

cut, la privacidad pasó a ser un "derecho fundamental" protegido por la Enmienda XIV y limitado sólo en caso de existir un compulsivo interés del Estado.

Ya veremos enseguida cómo esta nueva ubicación de la privacidad en la escala de valores, es recogida por la misma Corte en los dos fallos sobre el aborto.

II. *Roe v. Wade* (Año 1973)

Hasta el año 1973 existían en la mayoría de los Estados norteamericanos y en el distrito federal, leyes que prohibían o bien limitaban severamente la práctica del aborto. Como quedó dicho, ello respondía a una profunda convicción ética-religiosa de los americanos. En ese año llegó a conocimiento de la Corte el caso Roe v. Wade (410-U.S.-113-1973) en el que se cuestionaba una ley estadual restrictiva del aborto (Abortion Control Act). En decisión adoptada por 7 contra 2, la mayoría conducida por la argumentación del juez Harry Blackmun, sostuvo que la cláusula del debido proceso legal —enunciada en la Enmienda XIV— al proteger la *libertad personal* alcanza también al derecho de la mujer para interrumpir su embarazo. Como se ve, este fallo encuadraba el aborto en el campo constitucional.

El voto de la mayoría sostiene que un prolijo estudio de los antecedentes médicos y legales sobre el aborto, convenció al tribunal de que la prohibición del mismo carecía de la "fundamentación necesaria" frente a los preceptos constitucionales. Así, al analizar el concepto "persona" como sujeto protegido por la cláusula del debido proceso, tanto en la Enmienda XIV como en otras disposiciones de la Constitución (Enmiendas IV y V), subraya que éstas no incluyen al *no nacido* (the unborn) quien carece, en consecuencia, de protección constitucional. Podría decirse que aquí la Corte se aferra a una interpretación extremadamente literal de la Constitución, basándose en que la Enmienda XIV dice: "todas las personas nacidas (born) o naturalizadas en los Estados Unidos...".

Por el contrario, enfatiza la Corte, el derecho a la privacidad personal (personal privacy), es decir "la esfera privada del individuo" goza de garantía constitucional, apoyada en la propia Enmienda XIV, destinada a proteger la libertad individual de la acción del Estado [1]. Es aquí donde el tribunal entronca su argumentación con el caso Griswold.

Este derecho a la intimidad, agrega la Corte norteamericana, es lo suficientemente amplio como para proteger la libertad de decisión (freedom of choice) de la mujer para decidir "per se" el interrumpir o no su embarazo. Es que el derecho a la privacidad, concluye el Tribunal, es un *derecho fundamental*, y, por lo tanto, jerárquicamente superior.

Hay que remontarse al año 1925 (caso Gitlow v. New York), a la Corte del juez Holmes, para encontrar, por primera vez, la afirmación de que hay *derechos personales fundamentales* —tales como la libertad de palabra y de prensa— que tienen una especial protección en el debido proceso de la Enmienda XIV, y que se suman al derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, enunciados expresamente en esta Enmienda.

La Corte norteamericana introdujo de ese modo una distinción axiológica en materia de libertades individuales [2]. En la cúspide de esa escala jerárquica hay valores fundamentales ante los cuales debe ceder la potestad reglamentaria del Estado. Esta distinción se conoce más modernamente con la nomenclatura de derechos personalísimos frente a los derechos personales.

Retomando ahora al fallo de la Corte en el caso Roe v. Wade, sostiene el voto de la mayoría que, precisamente, por tener el derecho a la privacidad la jerarquía de derecho fun-

[1] Esta línea argumental es utilizada por el Juez Petrachi en el reciente fallo de los estupefacientes, cuando dice: que el art. 6 de la ley 20.771 (tenencia de drogas para consumo personal), debe ser invalidado pues conculca el art. 19 de la C. Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales.

[2] Nuestra Corte Suprema en el caso Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida, sostuvo que el ámbito de la intimidad no cede ante la libertad de expresión (del voto de Caballero y Belluscio), aunque con apoyo en los arts. 19 C.N. y 1071 bis del Código Civil.

damental amparado por el debido proceso de la Enmienda XIV, toda restricción al mismo sólo puede justificarse frente a un apremiante o compulsivo interés del Estado (a compelling State interest).

Llegado a este punto, el tribunal reconoce que el Estado tiene un doble interés frente al aborto: 1) el *importante y legítimo* interés en preservar y proteger la salud de la mujer embarazada; 2) el *importante y legítimo* interés en proteger una *potencial vida humana* (potentiality of human life). Estos dos intereses —continúa la Corte— son independientes y distintos, pero cada uno de ellos crece en sustancia a medida que el embarazo se aproxima a su fin hasta llegar a una hora en el que aquellos dos intereses se hacen compulsivos.

A tal efecto, la Corte procede a distinguir *tres períodos o estadios* (stage) en que el derecho individual y el interés del Estado deben armonizarse a lo largo de los nueve meses de la gestación.

1) El primer estadio es aquel que coincide con el primer trimestre del embarazo y en que el aborto es relativamente seguro, al tiempo que no existe posibilidad de vida humana para el feto, fuera del seno materno. No hay, en consecuencia, interés compulsivo del Estado y la mujer, en consulta con su médico, es libre de decidir sin intervención estatal sobre el fin del embarazo.

2) El segundo estadio corresponde al trimestre *intermedio*, en donde se acentúa el peligro para la salud de la mujer embarazada y, simultáneamente, se acrecienta el interés del Estado para regular el aborto de un modo razonable, a fin de preservar y proteger la salud de la paciente.

3) El tercer estadio comienza con la viabilidad (viability) del feto, o sea cuando éste tiene, presumiblemente, aptitud para sobrevivir fuera del seno materno (entre 24 y 28 semanas). En otras palabras, el "nasciturus" es susceptible de vida independiente. En un momento dado, la línea de separación entre la vida fetal y la vida humana se confunde por

lo que el interés del Estado se hace compulsivo. Entonces sí, el Estado puede limitar y aun prohibir el aborto, salvo que la vida de la madre esté en peligro. El único caso autorizado sería, pues, el aborto terapéutico, es decir cuando hay que escoger entre la vida de la madre y la del "nasciturus".

La argumentación final del fallo en Roe y Wade se centra en que siempre es mejor permitir a algunos individuos el derecho a tomar decisiones incorrectas que negarles a todos los individuos el derecho a tomar decisiones que tienen una profunda trascendencia en sus destinos. La primitiva sociedad —agrega Blackmun— pudo haber sido protegida del pecado con solo una ley que prohibiera probar manzanas. La experiencia de Adán habría inclinado a sus descendientes a estar en favor de tal regulación. Pero, entonces, los valores individuales quizá habrían tenido otros destinos si tal norma hubiera transitado por la historia.

III. *Thornburgh (Gob. de Pennsylvania) v. American College of Obstetricians and Gynecologists.* (Año 1986)

Desde la decisión de la Corte Suprema en el caso Roe v. Wade el llamado "freedom of choice", o sea la libertad de decidir, de optar por la "interrupción del embarazo" (to end her pregnancy), buscó ser reglamentada por los distintos gobiernos de los Estados.

Así, en el año 1982, el gobierno de Pennsylvania dictó una ley (statute) —Pennsylvania Abortion Control Act—, en cuya virtud la mujer en trance de enfrentar un aborto debía ser convenientemente informada sobre los eventuales daños físicos y efectos psicológicos que podrían producirse como consecuencia de la intervención quirúrgica.

El Colegio de Obstétricos y Ginecólogos se presentó ante el Tribunal Federal de Distrito, alegando que tal ley del Estado de Pennsylvania (Abortion Control Act) violaba la Constitución Federal y solicitando un *injuction,* es decir, una medida preliminar que prohibiera, por inconstitucional, la aplicación de aquélla. El tribunal hizo lugar parcialmente

a lo solicitado, por lo que su fallo fue apelado y elevado al Tribunal de Apelaciones (Court of Appeals) de Circuito. Éste amplió la declaración de inconstitucionalidad a numerosas previsiones contenidas en la ley impugnada.

Frente a esta decisión, el Gobierno de Pennsylvania interpuso un *writ of certiorari*, ante la Corte Suprema [3], en cuya virtud ésta puede revisar una sentencia sobre la inconstitucionalidad de una ley federal o de una ley estadual, cuando un derecho reconocido por la Constitución ha sido controvertido. Este recurso sólo se concede por motivos "especialmente importantes" a fin de reexaminar la cuestión.

En junio de 1986, la Corte Suprema, por cinco votos contra cuatro, confirmó la decisión del Tribunal de Apelación que, como quedó dicho, había declarado la inconstitucionalidad de la Ley de Control del Aborto del Estado de Pennsylvania (84-U.S. 495-1986).

La opinión mayoritaria fue conducida —al igual que en el caso Roe v. Wade— por el juez Harry Blackmun (los restantes jueces fueron Brennan, Marshall, Powel y Stevens), y la minoría estuvo formada por William Rehnquist, Byron White, el Pte. Burger y la juez O'Connor.

Esta Corte Suprema —expresa la sentencia que comentamos— desde el caso Roe v. Wade, ha venido sosteniendo la necesidad de mantener la *vitalidad* (la vigencia) del principio constitucional que llamamos "freedom of choice" (libertad de decidir), y de aquí que los gobiernos de los Estados no deben, bajo la excusa de proteger la salud de la madre o la vida fetal en gestación (potencial life), *intimidar* a la mujer embarazada para influir en su decisión, en su opción.

Corresponde, ahora, que analicemos las normas contenidas en la ley de Pennsylvania, y que fueron cuestionadas por ser contrarias a los derechos amparados por la Constitución.

3 Desde 1914, la Corte Suprema de los Estados Unidos, puede entender en el caso de que una deisión de un Estado afecte al derecho federal, aun cuando la sentencia se haya resuelto por la inconstitucionalidad de la ley estadual.

1. — La Secc. 3205, contiene lo que se denomina "consentimiento informado" (informed consent) que exige que la mujer embarazada otorgue "su voluntario e informado consentimiento" para que el médico practique el aborto.

Esta información sobre los peligros del aborto debe ser dada, por lo menos, 24 horas antes del consentimiento de la paciente, y el médico o la persona responsable de proveerla quedan sujetas a penas criminales para el caso de indebido incumplimiento.

A juicio de la Corte, esta exigencia, como regla general es aceptable y, por supuesto, no es inconstitucional. Sin embargo, distinta podrá ser la conclusión a que se arribe —agrega la sentencia— si la reglamentación de la ley a los efectos de cumplir con aquel recaudo, tiende a influir en la libertad de decisión de la mujer, en su opción a abortar o dar a luz.

Siete son los explícitos requerimientos de la ley para dar por cumplida la exigencia de la información, y cinco de ellos deben ser efectuados por el médico de la mujer. Son estos:

a) Informarle el nombre del médico que practicará el aborto.
b) Informarle sobre los posibles daños físicos y los efectos psicológicos sobrevinientes que no pueden preverse con exactitud.
c) Informarle sobre los riesgos médicos que acarrea el procedimiento quirúrgico a ser empleado en el caso particular.
d) Informarle el tiempo que lleva el embarazo y edad probable del feto.
e) Informarle los riesgos médicos que puede sufrir la paciente si se prolonga la gestación hasta el alumbramiento.

En cuanto a las dos restantes exigencias son:

f) Informarle sobre los beneficios que por asistencia médica gozará la paciente, tanto en el parto como

antes y después del alumbramiento (período pre-natal y post-natal).

g) Informarle sobre la asistencia que el padre está obligado a dar al hijo por nacer.

2. — La Secc. 3208, exige lo que llama "información impresa" (printed information), o sea el material impreso suministrado por la Comunidad que debe entregarse a la paciente en el período de información, y en el que se describe las características anatómicas y fisiológicas del feto a las dos semanas de gestación, así como las *alternativas del aborto,* explicadas en la siguiente forma:

"Existen numerosas agencias públicas y privadas, dispuestas a ayudar a la madre en gestación a dar a luz al hijo, y a asistirla, a madre e hijo, después del nacimiento, si no opta por darlo en adopción. La ley —concluye la disposición— exige que el médico le dé oportunidad de comunicarse con una de aquellas agencias antes de practicar el aborto".

3. — Secc. 3214, requiere un "dictamen o informe médico firmado" (reporting requirement) bien detallado y que incluya, entre otros, los siguientes datos:
Lugar de residencia, edad, raza, estado civil de la paciente, número de embarazos, fecha de su última menstruación y tiempo probable del feto; emergencia de la intervención médica; forma de pago de la intervención quirúrgica, etc.

Este informe, si bien es reservado, está sujeto al libre acceso por parte de funcionarios públicos.

Al entrar al análisis de estas reglamentaciones, sostiene la Corte que el Estado de Pennsylvania no tiene autoridad ilimitada para decidir qué información debe darse a la paciente proclive al aborto. Ésta es una responsabilidad privativa del médico, que es el llamado a decidir sobre la información apropiada y quien, según las particulares circunstancias que rodean el caso, decidirá sobre el particular.

En el sentir de la Corte la inconstitucionalidad de las normas reglamentadas se basa en dos razones decisivas: 1) que la información requerida por la ley impugnada está dirigida, no tanto a apoyar el consentimiento de la mujer como a persuadirla de no hacerlo. 2) que toda la información a suministrar va más allá de las particulares circunstancias del caso y de las necesidades de la paciente, para interferir en el campo propio del médico que la atiende. En otras palabras, el Tribunal juzga que tales regulaciones implican una "undesired and incomfortable strait-jacket" (una no deseada y molesta camisa de fuerza).

Se trata de una *información intrusa* (intrusive informational prescription) de la ley de Pennsylvania que violenta tanto la libre decisión de la mujer como el campo profesional del médico. Afecta la privacidad del consentimiento "voluntario e informado" que debe resultar del diálogo entre la mujer y el médico. Aquí —expresa el voto de la mayoría— la información compulsiva desplaza al consentimiento informado que dice inspirar a la ley.

Con respecto a la exigencia legal de proveerle a la paciente de literatura impresa sobre el aborto, así como sobre las características del feto a las dos semanas, el tribunal las estima excesivamente detallista (over inclusive) y que para nada se vinculan con la información médica idónea para la decisión final de la paciente. Sólo sirve para confundir y agravar la ansiedad natural de ésta.

IV. *Argumentación de la minoría en el caso Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*

Aunque los cuatro votos en minoría tuvieron distintos fundamentos, es el del juez White el que alcanza mayor vuelo y, además, el que vuelve a poner en tela de juicio la decisión de la Corte del año 1973, en el caso Roe v. Wade.

Comienza por recordar que habiendo disentido con la decisión recaída en el caso Roe v. Wade, desea reiterar tal posición: "Continúo creyendo —dice— que este albur ha sido

fundamentalmente errado desde un comienzo. Pero aun partiendo del caso Roe v. Wade tampoco se justifica el resultado alcanzado por la mayoría en el tema que nos ocupa". Pasa luego a rebatir las críticas que el juez preopinante, Stevens, le ha formulado.

En efecto, el juez Stevens, en su voto de apoyo a la mayoría, se dedica a recordarles a los jueces White y Rehnquist que el fallo Roe v. Wade está amparado por la regla "stare decisis", es decir, el principio del "common law" en cuya virtud los jueces están obligados a respetar la doctrina del precedente.

Una sentencia después de cierto tiempo adquiere una fuerza especial, no sólo porque el pueblo ha basado en ella su posterior conducta sino porque la posterior inactividad del legislador debe ser interpretada como una ratificación tácita de la decisión judicial.

A) *La regla "stare decisis"*

El juez White comienza por ubicar en su justo punto a la regla "stare decisis", que le ha invocado el juez Stevens. La regla *"stare decisis"* (que podríamos traducir como estar a lo resuelto —y en el lenguaje curialesco argentino con la fórmula "dejar sentada jurisprudencia" o bien "jurisprudencia firme que fija doctrina"—), es válida cuando las decisiones recaídas se concilian con el principio contenido en la ley, o cuando tratándose de causas standards (corrientes) se les abriera a discusión en cada caso con resultados arbitrarios o imprevisibles.

Pero el "stare decisis" no es el único límite a la decisión judicial (judicial decision making); en casos como el que nos ocupa que hacen a nuestra facultad de poner en el campo de la inconstitucionalidad una ley estadual o federal, que son la expresión democrática de la voluntad del pueblo, deben ponerse en juego otras consideraciones.

Desde que la Constitución misma está ordenada y establecida por el pueblo de los Estados Unidos, las decisiones constitucionales de esta Corte no deben, por lo menos en teo-

ría, frustrar la autoridad del pueblo a gobernarse a sí mismo a través de las instituciones de su propia invención y en armonía con los principios de su propia elección [4].

Sentencias que encuentren en la Constitución principios y valores que no pueden, honradamente, ser leídos en ella, usurpan la autoridad de que es titular el pueblo, desde que tales decisiones representan opciones que el pueblo jamás se ha hecho y que el juez no puede desconocer. Por esta razón es esencial que la Corte mantenga el poder de restablecer la autoridad a quien legítimamente le corresponde, corrigiendo soluciones que, al reconsiderarlas, se encuentren erradas.

Consecuentemente, la Corte ha aceptado que la regla "stare decisis" no debe ser aplicada rígidamente en decisiones constitucionales y así no ha dudado en dejarla de lado (overruled) cuando la experiencia, la doctrina y la reflexión demostraron que los fundamentos de aquellas resoluciones tienen cabida en la Constitución. Así, la regla "stare decisis" no impidió que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, con una diferente integración, quince años más tarde rechazara la interpretación de que la Enmienda XIV autorizaba a los Estados a mantener el sistema racial de segregación en las escuelas (caso Brown v. Board of Education 377-V.S. 483) (1954).

B) *El precedente Roe v. Wade fue errado*

Desde mi punto de vista —concluye White— ha llegado la oportunidad de reconocer que la decisión recaída en el caso Roe v. Wade, al igual que en los precedentes citados, debe reverse.

Recuerda que la mayoría en el caso Roe v. Wade afirma que la mujer tiene el derecho fundamental de interrumpir su embarazo y que este derecho sólo puede ser limitado en vista de dos intereses que protege el Estado: 1) la salud de la madre; 2) el interés de proteger la vida del feto, lo que sólo ocurre a partir del punto de la viabilidad de éste.

[4] Es la tesis del Prof. norteamericano Albert Kales ("New Methode in due proces cases").

Un lector de la Constitución norteamericana, luego de conocer el caso Roe v. Wade —argumenta White— se sorprendería al advertir que ninguna de estas hipótesis están comprendidas en su articulado. Obviamente no hay en el texto constitucional referencias al aborto, al embarazo, o a la reproducción humana en general, pero tampoco nada que haga pensar que sus autores pensaron en algún momento, en proteger el aborto.

Por supuesto —agrega aquél— que la Corte nunca suscribió el punto de vista simplista de que la interpretación constitucional debe limitarse al puro texto constitucional o a la intención de los constituyentes. La Constitución es un documento que contiene principios fundamentales en términos impregnados de valores (value-laden terms), que dejan amplio margen para que el juez los ejecute al tiempo de interpretarlos y aplicarlos.

En especial la Enmienda XIV, cuando prohíbe la privación de la "vida, libertad, o propiedad sin el debido proceso legal", ha sido interpretada por la mayoría de la Corte con una *amplitud tal* (broad interpretation) como para que provea protección sustantiva contra la lesión que el Estado pueda infringir a una amplia esfera de intereses individuales. Sin embargo, en una mayoría de casos la protección de la libertad y de la propiedad individual, bajo la protección de la Enmienda XIV, ha sido fuertemente limitada; la acción del Estado, al tropezar con los intereses individuales, sólo necesita ser *racional* para sobrevivir al filtro de la cláusula del debido proceso. La determinación de la racionalidad debe ser hecha con una gran dosis de deferencia a las políticas dictadas por los gobiernos estaduales. Sólo aquellos derechos *fundamentales* contenidos en la Constitución, son titulares de una protección adicional suministrada por un examen judicial más estricto de la legislación que choca con ellos.

En consecuencia, yo no coincido —dice White— en que esta "libertad" de la mujer para escoger, para optar por el aborto sea tan *fundamental* como para que sobre ella no puedan incidir restricciones legislativas. Las libertades fun-

damentales están más claramente presentes cuando la Constitución provee un texto expreso en el que se reconoce su existencia y su importancia. Entonces ellas se incorporan —sin duda— a la garantía de la Enmienda XIV.

Pero cuando la Corte se arriesga a definir como fundamentales ciertas libertades que no están enunciadas en la Constitución (es decir las que sólo están incluidas en la "penumbra" de las expresamente enumeradas) entonces debe actuarse necesariamente con el mayor cuidado.

El intento de *enunciar* los límites dentro de los cuales debe operar la Corte cuando hecha mano de la cláusula del debido proceso para proteger libertades no expresamente enunciadas en el texto constitucional, ha llevado a una serie de pautas que White enuncia así: a) limitarlas a aquellos intereses que están "implícitos en el concepto de la libertad" consagrada por la Constitución, de tal modo que si fueran sacrificados no existiría ni libertad ni justicia;

b) definirlas como aquellas que están profundamente arraigadas en la historia y tradición nacional;

c) identificar la fuente de los valores constitucionales, no con la predilección filosófica de los jueces llamados a decidir, sino con las opciones hechas por el pueblo al constituir su sistema de gobierno.

En otras palabras, serían los fundamentos del orden social al cual está vinculada la civilización de los Estados Unidos.

En el caso Roe v. Wade, la Corte justificó su reconocimiento al aborto como derecho fundamental de la mujer, con la invocación a decisiones en que la autonomía de la persona estaba ligada a la conducta familiar, la crianza de los hijos, a la privacidad marital para procrear o no hacerlo, etc., y sobre los cuales se había decidido correctamente que están "implícitos en el concepto de la libertad conferida y aun arraigados en la tradición nacional". En mi opinión expresa White, no parecen conectados directamente con el tema del aborto.

La propia Corte reconoció en el caso Roe —recuerda

White— que la "mujer embarazada no puede quedar encerrada en su privacidad" cuando —como en el aborto— está en juego la destrucción de otra entidad. Cualquiera sea la respuesta a la cuestión metafísica o teológica de si el feto es un ser *humano,* o a la cuestión legal de si el feto es *persona,* término utilizado por la Constitución, se debe reconocer: primero, que el feto es un ente que lleva en sus células todas las características genéticas que caracterizan a un miembro de la especie "homo sapiens" y que lo distingue de otras especies: y segundo, no existe una línea que separa, de manera no arbitraria, a un "nasciturus" de un niño, a la vida fetal de la vida humana. Dada la existencia del feto y su continuo desarrollo —o sea la vida— (el proceso fisiológico de la vida) entonces lo que está en juego, lo que está comprometido, no es la sola decisión de la mujer embarazada. Debe reconocerse que esta decisión es, al menos, *sui generis* y como tal diferente de las que esta Corte tuvo en cuenta para definir la esfera de la privacidad, ya sea en lo personal, o en lo familiar.

Replicando al juez Stevens, argumenta White que en el caso del aborto, el "freedom of choice" no tiene el mismo rango de derecho fundamental que el que la Corte encontró en las regulaciones al control de natalidad (Griswold v. Connecticut - 1965). Así, es necesario distinguir entre la libertad de la mujer para decidir *después* de la concepción de que la que se toma *antes* (no tener hijos). La diferencia conceptual estriba en la diferente caracterización de la libertad en una y otra hipótesis. En el caso del control de la natalidad, lo que está en juego es la libre decisión del individuo para procrear o no sin intervención del Estado; se trata de un derecho fundamental ya que la privacidad o autonomía individual está implícita en las libertades enunciadas por la Constitución.

En cambio en el caso Roe —concluye White—, no se da ni la condición de estar "implícito en el concepto de libertad conferida" ni "en las raíces de la historia o tradición de la Nación", ni en cuanto a "los valores que inspiran a la Constitución", ya que éstos no compelen a reconocer el aborto como derecho fundamental.

Un segundo error básico —expresa White— y que invalida la decisión de la Corte en el caso Roe v. Wade, es que el interés del Estado en proteger la "potencial vida humana" (es decir, el bien jurídicamente protegido), solo ocurre a partir del momento en que la vida del feto tenga independencia intrauterina.

Tanto para White, Rehnquist y O'Connor, la elección de la viabilidad (viability) como el momento en que el interés del Estado deviene compulsivo (compelling) es enteramente arbitraria. No estriba el interés del Estado en proteger a aquellos que serán ciudadanos si sobreviven fuera del seno materno, sino el interés del Estado en el feto como un ente o ser en sí mismo, lo que no cambia por el punto de la viabilidad que determine al buen juicio del médico.

El aborto —para White— conlleva un conflicto moral y político, por lo que en una sociedad democrática debe ser resuelto —en última instancia— por la voluntad del pueblo, ya sea expresada por la legislación o a través de los principios generales que la Constitución ha incorporado.

C. *Fomentar los nacimientos y no el aborto*

En la segunda y última parte de su voto, White arranca de una premisa distinta: la de que aun aceptando como válida la decisión recaída en el caso Roe v. Wade, la opinión de la mayoría en el caso Pennsylvania es errada.

Desde que el caso Roe —dice White— no parte de que el aborto sea en sí mismo deseable, debe aceptarse que la decisión judicial no persigue que los Estados auspicien o apoyen el aborto. Más bien debe reconocerse que los Estados pueden, legítimamente, adoptar políticas de fomento de los nacimientos más que la de abortos y esto es lo que procura la legislación del Estado de Pennsylvania.

¿Por qué la ley de Pennsylvania es inconstitucional? La argumentación de la mayoría, se contesta White, es fundamentalmente retórica, y rebate una por una las objeciones mayoritarias:

1) Que la información a suministrar parece ser, en al-

gunos aspectos, irrelevante para la decisión de la paciente. Lo que es irrelevante es la decisión de declararla irrelevante, concluye White con ironía.

2) Que alguna de las disposiciones serían inválidas porque la información requerida puede incrementar la *ansiedad* de la paciente sobre el procedimiento quirúrgico y aun influir en su decisión. Las observaciones formuladas son correctas pero no constituyen un problema constitucional. En el recordado caso Roe no se buscó maximizar los abortos sino maximizar las opciones, por lo que no se debe impedir que el Estado apoye una opción en favor de los nacimientos.

3) Que hay una *intrusión* en el campo discrecional del médico porque se viola la privacidad del diálogo entre el médico y la paciente y se avanza sobre las responsabilidades propias del médico. La reglamentación de la práctica de la medicina, al igual que la de otras profesiones, es una materia propia de la legislación y sólo revisable judicialmente por la vía de la razonabilidad.

El largo voto de White concluye diciendo que el voto de la mayoría traduce la inseguridad que ellos mismos sembraron en el caso Roe. Concientes de que en el caso Roe se creó algo de la nada y dado que son muchos en este país los que sostienen que la sentencia es básicamente ilegítima, la Corte ha respondido ahora en tono defensivo. Frente a una legítima política de apoyo a los nacimientos, la mayoría lo ha interpretado como una amenaza o crítica a la sentencia recaída en Roe. Por ello ha invalidado las reglas de la ley de Pennsylvania que, sin embargo, en modo alguno contravienen el derecho al "freedom of choice" reconocido por la Corte en el caso Roe v. Wade.

V. *Reflexión final*

Expresamos, para terminar, algunas reflexiones que nos merece la sentencia que acabamos de glosar.

La lucidez de las argumentaciones intercambiadas entre la mayoría y la minoría de la Corte Suprema de los Estados

Unidos sobre el aborto, vinculado al ámbito de la privacidad del individuo, no nos impide advertir sobre los peligros que crea un excesivo racionalismo frente a lo que las cosas son.

El meditado y humano voto del juez disidente White, es un ejemplo palpable de lo que Julián Marías llama las raíces morales de la inteligencia. Aquel pone de manifiesto las contradicciones en que incurre el Alto Tribunal a lo largo de 13 años, puesto que desde el fallo de 1973 (Roe v. Wade) hasta el de 1986 (Thornburgh v. American College) el plano inclinado hacia el aborto se ha pronunciado peligrosamente.

A modo de colofón, resumamos las principales: 1) En 1973, la Corte admitió el aborto con fundamento en el derecho a la privacidad de la mujer; en 1986, le limita a ésta la información previa sobre los peligros que acarrea la interrupción violenta del embarazo.

2) En 1973 la Corte reconoció el legítimo interés del Estado en proteger la "potencial vida humana"; en 1986, sostiene que es inconstitucional proveer a la mujer de información sobre posibles alternativas al aborto.

3) En 1973, la Corte reconoce el "freedom of choice", el derecho a decidir sobre el embarazo; en 1986, en nombre de esa misma libertad de opción, se le proscribe recibir información del Estado para lograr la supervivencia de quien, en el seno de la madre, avanza hacia su nacimiento. Parecería, en fin, que la mitad más uno de los jueces, se han enredado en teorías intelectuales y en apasionada polémica contra los antiabortistas. En suma, han caído en un fanatismo judicial.

OBJETIVOS Y TRABAJOS PROPIOS DEL INSTITUTO DE DERECHO DEL MAR Y DE LA NAVEGACIÓN

Comunicación del académico Dr. José Domingo Ray, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de noviembre de 1986

I. — SISTEMATIZACIONES EN DERECHO

En más de una oportunidad nos hemos referido al tema de las "autonomías" en derecho y, precisamente en el curso del mes próximo pasado, con motivo de las Jornadas organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Comparado y celebradas en la sede de esta Corporación, refiriéndonos al derecho del mar destacamos que *la sistematización del orden jurídico por sectores, depende de los criterios que se usen y de la finalidad que se persiga a ese efecto.*

Se puede hablar así de una sistematización: a) con *fines científicos,* sentando los principios o caracteres y la sistematización de las instituciones del sector en cuestión; b), *con fines legislativos,* es decir del ordenamiento de las normas que regulan las instituciones; c) *para la atribución de competencia* a órganos administrativos o jurisdiccionales; y d) *con fines didácticos o de investigación,* es decir, de enseñanza, de especialización o de trabajos de carácter específico.

Estas reflexiones sirven de introducción para el tema de nuestra comunicación, sobre los objetivos y trabajos propios del Instituto de Derecho del Mar y de la Navegación.

En efecto, hemos agrupado como objeto de estudio de las actividades de este Instituto: el Derecho del Mar, el de la Navegación y el Derecho Aeronáutico, con la finalidad

de tener un amplio campo de acción, sin perjuicio de que cada uno de esos sectores del derecho pueda merecer una sistematización especial, científica o legislativa.

II. – INSTITUCIONES NACIONALES

En el país existen institutos o centros especializados para el estudio y para la difusión de los temas del Derecho Aeronáutico y del Derecho de la Navegación.

El Instituto de Derecho Aeronáutico, dependiente de la Fuerza Aérea, tiene una posición importante porque entre sus miembros y profesores se encuentran personalidades de primera jerarquía, a nivel nacional e internacional y, además, por la infraestructura que la Fuerza Aérea le ha brindado.

La Asociación Argentina de Derecho Marítimo –que tengo el honor de presidir– fue constituida en 1905 y su primer Presidente fue miembro de esta Corporación, el ilustre hombre de Estado e internacionalista Estanislao Zeballos.

La Asociación es la rama nacional del Comité Marítimo Internacional, fundado a fines del siglo pasado, con la finalidad de trabajar en la unificación de la legislación marítima.

El Comité cuenta con filiales en más de 40 países, que envían informes sobre la legislación, jurisprudencia y las opiniones que se le requieren sobre los temas que el Comité decide estudiar.

Existe también el "Instituto de Estudios Marítimos" que publica una revista y boletines para dar a conocer las decisiones de nuestros tribunales sobre temas de la especialidad y que periódicamente también organiza Seminarios.

III. – INSTITUCIONES INTERNACIONALES

El Comité Maritime International –del cual tengo el honor de ser uno de los Vice-Presidentes en representación de

la zona geográfica de habla hispana— realiza una obra proficua y como he dicho, a través de las Asociaciones de Derecho Marítimo Nacional tiene por función trabajar en la unificación del derecho marítimo internacional.

Al Comité se deben todas las Convenciones de Bruselas sobre abordajes, asistencia y salvamento, conocimientos, inmunidad de buques de Estado, limitación de responsabilidad de propietarios de buques de mar, hipotecas, privilegios y embargo sobre buques, entre otras.

Pero hoy día su labor ha sido substituida por la de Naciones Unidas, a través de la Organización Marítima Internacional, la Comisión para el Comercio y el Desarrollo y la de Derecho Mercantil Internacional. El Comité ha quedado como un organismo asesor, de carácter consultivo de los internacionales de Naciones Unidas.

Además de esa tarea el Comité organiza Seminarios como los de Aix-en-Provence (1976); Viena (1979) y Venecia (1983) y se está planeando el próximo a realizarse en Tulane University, New Orleans. Con la finalidad de apoyar esa tarea del Comité se ha creado una Fundación con sede en Londres que recibe contribuciones de todo el mundo.

La Organización Marítima Internacional, también con sede en Londres, ha creado una Universidad Marítima Mundial con asiento en Malmo, Suecia, y requiere apoyo para el período 1987-1991. Cuenta con un presupuesto de 25 millones de dólares y la última Asamblea de la O.M.I. destacó y requirió el apoyo que se espera sea mayor en el futuro, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, del Gobierno Sueco y de Noruega, de los Estados que integran la Organización Marítima Internacional, de las fundaciones, fideicomisos, personas individuales y colectivas que se interesen por la obra de la Universidad y el resultado ha sido favorable.

En el campo del derecho aeronáutico existen organismos oficiales como el Comité Jurídico de la OACI, Universidades especializadas como la de Montreal, McGill University, etc.

El año pasado, a requerimiento de la O.M.I., se me pidió si podía planear en la Argentina estudios para latinoamericanos que no cuentan con la posibilidad de seguir cursos en otro idioma que el español, y la respuesta fue afirmativa. Lamentablemente no hubo concreción del plan, pero no debe descartarse la posibilidad de que en el futuro algo pueda realizarse.

IV. — EL INSTITUTO

Ante la existencia de esas entidades nacionales e internacionales con una labor paralela a la que podría tener nuestro Instituto, al planear su formación en el seno de esta Corporación, teníamos que evitar que el mismo sea una duplicación de lo ya existente y dirigir nuestras miras a una tarea distinta de las de esas organizaciones en pleno funcionamiento.

Por ello pensamos en la realización de investigaciones académicas, a nivel nacional o internacional, con la colaboración de los miembros de la Corporación y de los estudiosos que estén dispuestos a contribuir con su esfuerzo a ese tipo de tareas. Si se obtienen fondos, esos trabajos podrán ser retribuidos, en cuyo caso quienes brinden sus esfuerzos podrán ser recompensados y dedicar un tiempo mayor a la investigación.

Hemos pensado que en el Instituto se pueden estudiar materias que, no obstante su sistematización independiente, presentan afinidades que justifican su unificación, al margen de las tres secciones en que se ha dividido la Academia: "Derecho Público", "Derecho Privado", y "Ciencias Políticas y Sociales".

El Derecho de la Navegación, el Derecho Aeronáutico y el Derecho del Mar, presentan aspectos de derecho público, a pesar de que tanto el Derecho de la Navegación y el Aeronáutico se ubican en los planes de estudio como materias del campo del Derecho Privado y el Derecho del Mar, que co-

rresponde al campo de Derecho Internacional Público, se encuentra con actividades de entes privados.

V. — DERECHO DE LA NAVEGACIÓN. DERECHO AERONÁUTICO Y DERECHO DEL MAR

El Derecho de la Navegación y el Derecho Aeronáutico comprenden, respectivamente, el temario referente al buque o a la aeronave y a su traslación en el espacio acuático o aéreo. Esto implica el análisis de los sujetos y contratos, tipificados por el riesgo y las distintas clases de seguro, así como todo lo referente a la infraestructura y vinculación con los organismos nacionales existentes.

El Derecho del Mar comprende los temas de la jurisdicción y ley aplicables en los espacios acuáticos y los referentes al aprovechamiento y protección de los recursos del mar. En gran parte es materia del Derecho Internacional Público, pero muchos de sus temas interesan al Derecho de la Navegación, algunos al Derecho Aeronáutico y otros a la ecología y a los recursos naturales.

A comienzos de la década de 1970, el Secretario General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, René J. Dupuy, señalaba que se había producido una revolución en los principios tradicionales del mar.

Esa afirmación terminante que Dupuy pronunciara en 1972, en una reunión de la Asociación Argentina de Derecho Comparado celebrada en el Club Francés, la precisa en su obra publicada en 1979, titulada *L'Océan Partagé*. Dice 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 Portavice, sucesor de Ripert y Rodière en la Cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, precisamente analizando 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 sólo era una vía de comunicación y un lugar para la pesca; hoy adquiere un relieve inusitado por las posibilidades que presentan la explotación de los fondos marinos y su industrialización.

Esta nueva sistematización jurídica ha alcanzado una regulación internacional en la Convención de Montego Bay, Jamaica, de fines de 1982. Es el tratado internacional que más demoró en su concreción, 10 años desde que la Asamblea General adoptara la decisión de realizar los trabajos preparatorios y ocho años desde la primera sesión de la Conferencia celebrada en Caracas, en el año 1974. Y 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.

Este estatuto del Derecho del Mar encara en estrecha relación los problemas relativos al alta mar, al mar territorial, a la zona contigua y a la económica, exclusiva, a la plataforma continental, al lecho submarino y a las aguas internacionales, pero la gran novedad es el intento de regular el aprovechamiento de los minerales, hidrocarburos y riquezas oceánicas, principalmente, en el mar libre, en lo que se denomina "la zona".

La Convención no sólo contempla las relaciones entre los Estados, sino también de los particulares entre sí y frente a los Estados, con relación a la explotación de los fondos marinos.

Con la orientación señalada precedentemente hemos elaborado el siguiente plan de trabajo.

VI. — BIBLIOTECA

Se está formando una pequeña biblioteca sobre la base de la donación que la familia de la Dra. Emilia Marta Krom ha hecho a esta Academia y que, con la colaboración del

profesor Oscar Fernández Brital y otros integrantes de la Cátedra a nuestro cargo en la Facultad de la Universidad de Buenos Aires, estamos completando para contar con elementos primarios y organizar un fichero para la investigación.

VII. — DERECHO DEL MAR

El Dr. Hugo Caminos, que tuvo una importante participación de los trabajos de la Conferencia del Mar, ha comprometido su colaboración y nos hará llegar sus últimas contribuciones sobre distintos tópicos de la Convención de 1982.

En una de las sesiones de las Jornadas celebradas en el mes de agosto de este año (1986) en la sede de esta Corporación se trató la posición de los países latinoamericanos y de Israel frente a la Convención y, al presentar el tema, preguntamos:

¿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 de los Estados?

¿La Convención es fuente de derecho, es decir, es fundamento de validez para la decisión de los problemas que se planteen en algunos o en muchos de los numerosísimos temas que 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?

En respuesta a estos interrogantes existen trabajos interesantes y opiniones divergentes.

Cuento ya con un capítulo de la obra publicada por los internacionalistas Dupuy y Vignes, en el que precisamente el Dr. Hugo Caminos encara el tema.

Esperamos que en el seno de esta Corporación se realice un estudio para responder a estas preguntas, en función de

los temas que aborda la Convención y en este sentido contamos con algunos juristas que nos han manifestado su deseo de trabajar en el Instituto.

Hay nuevos proyectos respecto al campo del derecho internacional.

VIII. – DERECHO DE LA NAVEGACIÓN Y DERECHO AERONÁUTICO

Para analizar los temas que seguidamente menciono, han comprometido su dedicación varios especialistas.

Esos temas son:

Sobre "Intercambio de Aeronaves".

Sobre "El Derecho Internacional Privado en la ley de la Navegación Argentina".

Sobre "Los límites de responsabilidad en el derecho marítimo y aeronáutico".

Sobre "El Arbitraje Marítimo".

A todos ellos les hemos ofrecido nuestro apoyo dentro de los límites de nuestras modestas posibilidades.

Personalmente estoy preparando un trabajo sobre "Hipotecas, Privilegios y Embargo de Buques". El proyecto de este trabajo se debe a que la Organización Marítima Internacional y la Comisión de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo me han designado, representando la zona geográfica latinoamericana, para integrar el Grupo de Expertos que debe dictaminar acerca de los proyectos de Convenciones Internacionales existentes y preparar las bases para las legislaciones nacionales sobre esos temas.

Ese Grupo, "ad-honorem", se reunió en el mes de mayo en Londres y en un futuro próximo deberá hacerlo en Ginebra.

Sabemos de las urgencias y dificultades existentes en nuestro medio para la labor de tipo académico y de investigación pero, a pesar de ello, esperamos que estos proyectos para nuestra Academia sean una realidad en un futuro pró-

ximo y que no queden en simples aspiraciones o expresión de buenos deseos.

IX. — DERECHO INTERNACIONAL

Como final de este plan y garantía de éxito en la labor, el Instituto cuenta con la inestimable colaboración del señor académico Federico Videla Escalada. Lamentablemente hoy no está con nosotros porque —afortunadamente para él— se encuentra en Europa, con motivo de su participación en el Congreso de Derecho Aeronáutico que se realizará en los próximos días en España, en la ciudad de Barcelona.

En las últimas conversaciones con el doctor Videla Escalada señalábamos la conveniencia de extender el ámbito de nuestros futuros trabajos al Derecho Internacional Público, con la posibilidad de interesar a los distinguidos académicos de nuestra Corporación y a otras personas que están dedicadas a este sector del Derecho.

En ese sentido —y como miembro de la International Law Association— considero que podemos contar con la colaboración de especialistas en Derecho Internacional Público. En nuestro medio es muy difícil requerir la colaboración de gente joven que se dedique a estudios de carácter académico y planes como los que pensamos que debe impulsar nuestra Corporación. Por esta razón debemos ampliar y no restringir el campo de acción y tan pronto regrese el Dr. Videla Escalada proyectaremos la extensión de las tareas que se encuentran en marcha, pero con la lentitud impuesta por las circunstancias que en nuestro medio limitan las posibilidades de una concreción inmediata.

SOBRE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES, A PROPÓSITO DE UN ARTÍCULO DE PLANIOL Y UN COMENTARIO DE SCIALOJA

Comunicación del académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de noviembre de 1986

Es sabido —y lo he recordado en otras páginas de homenaje (Rev. del Colegio de Abogados de Buenos Aires, año 1979, t. XXXIX, nº 1, p. 87 y ss.), que Aquiles Horacio Guaglianone fue no sólo un prestigioso profesor de derecho civil sino también un inquieto humanista, gustador de las novedades clásicas como diría Unamuno, que más allá del virtuosismo con que manejó la ciencia de su vocación, buscaba descender y ascender a las verdades últimas y gozaba confrontando planteos y opiniones a propósito del ordenamiento jurídico, de las exigencias morales, del obrar ciudadano y aun del destino trascendente del hombre en su vida individual y social.

Es sabido, además, que cultivó el estudio del derecho en todas sus ramas, y que aunque nunca abandonó su inclinación primera por los grandes asuntos del derecho de familia y de las sucesiones, fue profesor titular de Derecho Civil II (Obligaciones) en nuestra Facultad y escribió tra-

Nota del autor: Este trabajo fue escrito para integrar el Libro de Homenaje al académico de número Prof. Aquiles Horacio Guaglianone, que ordenó componer la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, bajo la Dirección del Instituto de Derecho Civil, entonces a cargo del autor. Como otras contribuciones similares acogidas en publicaciones periódicas, se lo da a conocer en este volumen en razón de no haber podido editarse el libro de referencia a raíz de dificultades económicas padecidas por la Universidad y que ha contemplado su Facultad de Derecho y Ciencias Sociales para autorizar la difusión de los trabajos reunidos.

bajos realmente originales sobre asuntos propios de esa asignatura.

En esta ocasión, pues, superando recordaciones tristes y emotivas que prevalecieron en el homenaje anterior al que acabo de referirme, he creído oportuno elegir un tema de rico contenido y dilatadas proyecciones, que alguna vez consideré con él en nuestros habituales diálogos. Por otra parte, debo adelantar que escogí ese tema para el desarrollo de un breve curso de doctorado, en el que conté con la colaboración de quienes suman al estudio del derecho civil una plausible inquietud por esclarecer cuestiones que aproximan a la filosofía del derecho, al derecho público, a la ciencia política, y que atañen, necesariamente, al destino del hombre y a su sed de justicia y libertad.

Las páginas que siguen retoman, pues, el cautivante asunto de las fuentes de las obligaciones, que a comienzos de este siglo examinaron dos ilustres juristas, Marcel Planiol y Antonio Scialoja, en trabajos de incuestionable mérito ("Rév. Critique de Législation et de Jurisprudence", París, 1904, p. 224 y ss.; "Riv. di Diritto Commerciale", Milán, 1904, vol. 1, p. 520 y ss.). Vale la pena meditar sobre las conclusiones de uno y otro, a la luz de una evolución social y política de la humanidad que sobrecoge.

* * *

1. — No nos detendremos en el análisis de los textos griegos o romanos que intentan precisar cuáles son las fuentes de las obligaciones. Recordaremos, sí, que Gayo escribió en su *Instituta* (L. III, § 88) que toda obligación nace de un contrato o de un delito, afirmación que también puede leerse en la *Ética a Nicómaco* del Estagirita. Recordaremos, además, que Gayo agregó después, en sus *Res cottidianae*, las *variae causarum figurae* (varias especies de causas), que amplían la enunciación anterior con otras fuentes no perfiladas, a las que se les hace lugar en el *Digesto* (XLIV, 7, *De obligationibus et actionibus*, 1, pr.) y en la *Instituta* de Jus-

tiniano, donde las *variae causarum figurae* se adosan simétricamente, con ingenuo paralelismo, a las dos categorías principales —contrato y delito—, bajo las híbridas denominaciones de *cuasi-contrato* y *cuasi-delito*, en atención a la similitud de sus efectos (L. III, 13, § 2, *De obligationibus*).

2. — Los glosadores, los postglosadores y sobre todo los antiguos juristas franceses, con paso cada vez más firme, agregaron después a esa tetralogía *la ley*, fuente ya insinuada en un difuso texto de Modestino (D., XLIV, 7, 52). Pothier, acaso sobre la huella de Heinnecius, recoge en 1761 esa evolución trascendental en su *Tratado*: la causa (en el sentido de fuente) de las obligaciones son para él los contratos, los delitos, los cuasi-contratos, los cuasi delitos, *y algunas veces la ley o sólo la equidad* (*Obras Completas*, t. II, nº 3, p. 3, en la edición anotada por Bugnet, Paris, 1861). Se completa así la fórmula clásica que inspira a los codificadores franceses de 1804 (Cód. Nap., L. III, títs. III y IV; en particular, arts. 1101 y 1370) y a los que siguieron sus aguas. Una pléyade de notables comentaristas difunden esa clasificación que, por lo demás, es la que consigna Vélez Sarsfield en su nota a la Sección Primera del Libro Segundo (*De las obligaciones en general*), con transcripciones de Zachariae y de Ortolán.

3. — A partir de entonces, lo que sigue es la crítica progresivamente acentuada de una clasificación que, como apunta Planiol, presenta las cuatro primeras fuentes (contratos y cuasi-contratos; delitos y cuasi-delitos) con una agradable simetría, según que los hechos generadores sean lícitos o ilícitos, intencionales o no, y atribuye residualmente a la ley todo lo que no cabe en las categorías apareadas. Basta pasar somera revisión a los más calificados autores de esta rama del derecho civil para corroborar esa crítica y advertir que las obligaciones cuasi-contractuales y cuasi-delictuales son tenidas por muchos como verdaderas argucias u osadías del pensamiento jurídico, arrasadas hoy por una reali-

dad que pone a descubierto su falacia y obliga a comprender que va en el asunto la confrontación de dos concepciones sociales, de dos ideologías en punto a la función que debe cumplir el orden jurídico, a la esencia del derecho, a los módulos irrelegables de una convivencia justa y pacífica.

4. — Con esa perspectiva conviene meritar las soluciones de algunos códigos o ensayos de codificación de este siglo que se apartan de la clasificación tradicional y reducen o multiplican las fuentes de las obligaciones, ajustándose a una determinada orientación del pensamiento, a una determinada "filosofía", como suele decirse (aunque somos conscientes del uso incorrecto de esta voz), en punto a la organización y a los fines de la comunidad civil y a su ordenamiento jurídico. Son muchos los códigos modernos que prefieren el criterio enunciativo al sistemático. Y el análisis minucioso no podrá prescindir de lo que asientan al respecto el Código alemán, el suizo de las obligaciones, el brasileño, el peruano, el mejicano, el italiano, el venezolano, el portugués y, desde luego, el proyecto franco-italiano de 1928, que tanto debe a la iniciativa de Scialoja.

5. — En nuestro país, una época hubo en que la clásica enunciación de las fuentes (contrato, cuasi-contrato, delito, cuasi-delito y ley) gozó de tal predicamento que la propia Corte Suprema, como lo anota Colmo, allá en los albores de su gestión, llegó a decidir que ésas son las únicas fuentes admisibles según el código de 1871, lo que obstaría a que nuestros tribunales consagrasen una fuente más —la sentencia judicial— en el caso con autoridad para novar la obligación que da origen a una demanda, en modo de pasar desaprensivamente de la prescripción corta que correspondería a la obligación que es materia del pleito a la general de diez años prevista en el art. 4023 (Colmo, A., *Obligaciones*, p. 31, nº 33; C.S.N., "Fallos", 31:33). Colmo no vaciló en calificar la doctrina de la Corte como una verdadera "superchería jurídica", simple supervivencia de un "romanismo retró-

grado" incompatible con el derecho contemporáneo, aunque hoy parece indudable que la hipótesis de la novación jurisdiccional y de la sentencia entendida como autónoma fuente de obligaciones merece considerarse en un estudio cauteloso de las reformas que ha sufrido nuestra gran ley común y de la consecuente jurisprudencia actualizada.

6. — Pensamos, como también lo apunta Colmo, que simplificar o extender las fuentes de las obligaciones es empeño que tiene, a no dudarlo, "valor ideológico y científico". Con esa premonición precisaremos nuestra postura en las páginas que siguen, sin dejar de la mano los estudios de Planiol y de Scialoja, que suscitan y alientan nuestras reflexiones.

* * *

7. — Es verdad inconcusa que en el origen de la obligación siempre hay un hecho que la engendra y una ley que respalda su ejecutividad. Un hecho jurídico, en el sentido del art. 896 del Código Civil, natural o humano, individual o social, lo que no excluye, por cierto, la posibilidad de que la misma ley —hecho jurídico humano y social de superlativa trascendencia— sea el inmediato generador de la obligación en muchos supuestos. Son fuente, por tanto, de las obligaciones exigibles (aparte, pues, las que se fundan en un deber moral y no confieren acción, como las naturales), *el hecho* y *la ley*; el hecho (noción omnicomprensiva) y la ley (que está detrás de todas, pero puede ser asimismo el generador de muchas). Bien entendido que a esta última se asimilan los usos, cuando la vida en comunidad crea reglas que la propia ley acepta como obligatorias en determinadas circunstancias.

8. — En el amplio rubro de los hechos caben, como es sabido, los humanos voluntarios o involuntarios. Y son los primeros —los voluntarios, lícitos o ilícitos— los que proporcionan la fuente más copiosa de obligaciones exigibles,

paralelamente con la ley. Son pues los hechos voluntarios lícitos o ilícitos y la ley las dos grandes vías paralelas por donde circula el flujo principal de las obligaciones exigibles. Y decimos así —lo reiteramos— sin perjuicio de las impuestas por la costumbre que la ley homologa y de las que nacen de un deber moral o un sentimiento de equidad, aunque la ley no las muna de acción.

9. — Dijo bien Portalis cuando afirmó rotundamente que "el derecho es la voluntad", individual o colectiva. Y dijo bien Planiol cuando, resumiendo las cosas, terminó por seleccionar dos fuentes de las obligaciones civiles: la voluntad privada, lícita o ilícita, y la ley; la voluntad singular del individuo y la voluntad general del legislador, como escribe Scialoja. Es sabido, sin embargo, que antes que estos dos ilustres juristas, Toullier sostuvo que, en última instancia, todas las obligaciones provienen de la ley. Y es sabido también que en tiempos más cercanos Josserand criticó la concepción bipolar de Planiol porque, a su juicio, en tren de auspiciar simplificaciones, la voluntad privada, lícita o ilícita, el contrato mismo, caerían en la órbita de la obligación legal, desde que sólo generan el vínculo de derecho en virtud de una norma permisiva del legislador que les atribuye fuerza obligatoria. Pero a nuestro entender ello no es así, porque la ley no crea sino que se limita a reconocer la aptitud jurígena de la voluntad individual, cuando regula la formación y efectos de figuras determinadas o tipifica y sanciona procederes inadmisibles. Es de justicia consignar, como lo apunta Demolombe (t. 31, p. 13, nº 11), que Toullier tuvo tiempo de rectificarse y de admitir que la ley "sólo interviene después de su nacimiento (el de la obligación) para garantizar la ejecución". Pero a pesar de todo la tesis del monismo absoluto nunca ha dejado de tener adeptos, en el siglo anterior y en el presente.

10. — Para Scialoja, la concepción de Planiol es valedera pero no es novedosa. En el fondo, sólo sustituye la fórmula

"obligaciones contractuales y no contractuales", que está en el Código de Napoleón, cambiando la negativa del segundo término por la expresión positiva *obligaciones legales*. Y tampoco en esto es muy novedosa, porque viene de antiguo la división entre *obligationes ex contractus* y *obligationes ex re*, y las segundas tendrían marcada correspondencia con las legales a que se refiere Planiol. Y añade aun que la escuela germana ha sabido distinguir entre *obligationes dativae y nativae* (mediatas o inmediatas), derivando en aquéllas el vínculo de un acto humano y en éstas directamente de una disposición de la ley. En el fondo —concluye, citando a Perozzi—, se trata de enfrentar dos fuerzas vivas: la fuerza del individuo o la fuerza de la organización social; la voluntad del individuo o la voluntad del legislador.

11. — Como se ve, parece no existir en este punto disidencia ostensible entre Planiol y Scialoja. Ambos prohíjan una clasificación bipolar, que Scialoja encuentra clara y quizás demasiado clara. Por eso más adelante, tratándose de las obligaciones nacidas de la voluntad individual, cree necesario distinguir entre las que resultan de la voluntad real y las que resultan de la voluntad declarada, que a su juicio *es como decir de la ley*. De manera que en el campo del acto voluntario lícito habría lugar para responsabilidades —y consecuentemente para obligaciones— que fluyen de la ley y no de la voluntad individual. A lo que cabe todavía añadir que a renglón seguido Scialoja recomienda distinguir la *actividad humana* de *la voluntad*, como fuente de los efectos jurídicos. Cuando el ordenamiento da eficacia jurídica al acto querido en sus consecuencias y en sus fines se dirá que los derechos nacen por voluntad del hombre, *reconocida y sancionada por la ley*. Pero cuando el ordenamiento hace depender determinadas consecuencias de una actividad humana que se dirige al acto en sí (lícito o ilícito) pero no a sus efectos, entonces —arguye— es necesario reconocer que las consecuencias jurídicas tienen lugar por voluntad de la ley. Y en esos casos la ley no tiene en cuenta la voluntad sino el hecho.

12. — Algo más que una reminiscencia germana está presente en estas reflexiones del jurista italiano, que razona sin duda con principios y conclusiones de la teoría de la declaración de voluntad, una teoría que "domina toda la concepción del acto jurídico y todo el campo de las transacciones de orden económico", como dice Raymond Saleilles en el prefacio de su libro famoso (*De la déclaration de volonté*), editado apenas tres años antes, en 1901. Pero queda por ver aún el destino que corren las figuras híbridas (el cuasi-contrato y el cuasi-delito) en los planteos medulares que venimos analizando.

13. — La doctrina universal condena acerbamente desde hace mucho la noción de cuasi-contrato con argumentos que comparte Planiol. Pero la contribución del jurista francés va más allá de las críticas habituales, pues se atreve a decir no sólo que el cuasi-contrato no tiene nada de común con el contrato porque no juega en él el consentimiento, sino que los hechos que le dan origen no son *lícitos* y *voluntarios* como lo pretende la opinión generalizada, sino *involuntarios* e *ilícitos* en virtud de que se fundan en un enriquecimiento sin causa, vale decir, en *un estado de hecho contrario a derecho.* Ciertamente, la crítica es audaz y en este punto compartimos la observación de Scialoja. El cuasi-contrato está en la ley positiva a través de figuras clásicas (la gestión de negocios y el empleo útil, v. gr.), y nos parece muy duro hablar de la ilicitud de esas figuras porque tienden a conjurar un enriquecimiento sin justificación en derecho. Es difícil considerar involuntaria y condenable la conducta del gestor que obra a conciencia y en los términos de la ley, aunque la voluntad del obligado no concurra a engendrar el vínculo. El acto es *voluntario y lícito respecto de quien lo ejecuta,* como dice Scialoja, y la obligación nace aquí claramente de la ley, como lo demuestra la circunstancia de que la capacidad del obligado —y Planiol lo subraya sagazmente— no se toma en consideración en modo alguno, lo que sólo se explica admitiendo que *para él* la obligación es independiente de su voluntad.

14. — En lo que hace al cuasi-delito, es evidente que las obligaciones referidas a esa figura nacen de la ley, como derivadas de un hecho dañoso que infringe el derecho. Para Planiol, tanto las obligaciones delictuosas como las cuasi-delictuosas dan pie a la obligación de resarcir y son, por tanto, *la transformación en dinero de un deber legal preexistente que ha sido violado: el deber de no dañar a otro.* Toda obligación legal tiene, a su juicio, origen en el temor de una lesión injusta que se trata de *evitar* si se la estima de futuro o de *reparar* si ya se ha consumado. Las que tienden a la reparación de un perjuicio ya ocasionado son las que ordinariamente se llaman delictuosas, cuasi-delictuosas y cuasi-contractuales. La fórmula más general que las comprende es "no dañar a otro sin derecho", el viejo "neminem laedere" de los jurisconsultos romanos. Y Planiol concluye que, fuera de los contratos, todo se retrotrae a esta idea de noble contenido moral en materia de obligaciones.

15. — También aquí opina Scialoja que la concepción del jurista francés no es original y reivindica para sus predecesores romanos e italianos la paternidad del precepto "neminem laedere" como fuente de las obligaciones patrimoniales. Donde se encuentra una lesión del derecho patrimonial ajeno que deba repararse —escribe— allí está la obligación, se trate de obligaciones contractuales, cuasi-contractuales o emanadas de los hechos ilícitos. Pero esto, que es verdad desde el punto de vista general y filosófico, merece objeción para Scialoja desde un punto de vista menos elevado y más jurídico. A su entender, el precepto "neminem laedere" puede ser considerado como el fundamento no sólo de las obligaciones legales sino de todas las obligaciones, de todo el derecho y aun de toda la ética, y si no es la fuente de las obligaciones, vale al menos como el fundamento de las relaciones obligatorias, las cuales tienden, como todas las relaciones jurídicas, ostensible o virtualmente, a evitar o reparar un daño y a asegurar la convivencia social. Las obligaciones legales —argumenta— no son sino un medio predispuesto por el ordenamiento jurídico para el logro de ese fin. Pero fuente

de la obligación, jurídicamente hablando, no es una categoría tan lejana y genérica, sino la fuerza, *la energía* que impone el deber y da contenido a la obligación.

16. — Por todo ello, Scialoja manifiesta tener un criterio distinto que el de Planiol para caracterizar las obligaciones legales. El único elemento común a todos los vínculos que entran en esa categoría es, a su juicio, *la existencia de un estado de hecho*. Todas las obligaciones legales —apunta— presuponen la existencia de un hecho humano (lícito, ilícito) o natural, que por sí solo o en concurso con otras circunstancias fijadas por la ley determina el surgimiento del vínculo obligacional. Y es difícil distinguir estas obligaciones fundadas en un estado de hecho de las fundadas en la voluntad, tanto que el propio Scialoja confiesa que estaría más seguro ateniéndose a un criterio negativo y diciendo llanamente que la obligación es legal cuando no está fundada en la voluntad del obligado.

17. — Parece innecesario subrayar que esta problemática tuvo eco en las codificaciones y ensayos de codificación de nuestro siglo. El *Tratado Elemental* de Planiol, en cuyo segundo volumen ya se asientan, en síntesis, las ideas del ilustre autor, comenzó a publicarse en 1899, mientras culminaba la elaboración del B.G.B., vigente desde el 1º de enero de 1900. Es indudable, por tanto, la gravitación que en sus meditaciones pudo tener (además de los antecedentes extraídos del derecho romano, del medieval, y en particular de autores franceses como Pothier, Merlin, Toullier, Delvincourt, Aubry et Rau, Duranton, Marcadé, Mourlon, Larombière, Troplong, Demolombe) la escuela alemana y, desde luego, la metodología del Código alemán, en cuyo art. 305 se lee: "A no mediar disposición contraria de la ley, es necesario un contrato entre las partes interesadas para el establecimiento o la modificación de una obligación *por acto jurídico*", parágrafo que marca la oposición entre obligaciones que nacen de la voluntad individual —cuya figura más caracterizada es el contrato— y obligaciones que nacen de la

ley, según se trate de los hechos jurídicos en que juega la voluntad declarada o no juega en absoluto la voluntad del hombre. Ya se vio, por otra parte, en qué medida las meditaciones de Scialoja se hacen cargo de esa corriente del pensamiento jurídico germano, al punto de considerar como nacidas de la ley antes que de la voluntad individual las obligaciones que brotan de la declaración de voluntad y no de la voluntad real del obligado.

18. — Parece innecesario, también, subrayar que el Código Suizo de las Obligaciones (1881-1911-1936) enuncia como fuente el contrato, los actos ilícitos y el enriquecimiento sin causa (arts. 1/67); que el Código del Brasil, de 1916, incorpora a su esquema la declaración unilateral de voluntad (arts. 1505/1507); que el Código de Méjico, de 1932, añade a los contratos la declaración unilateral de voluntad, el enriquecimiento sin causa, la gestión de negocios, las obligaciones que nacen de los actos ilícitos y el riesgo profesional; que el Proyecto franco-italiano de 1928, cuya elaboración promocionó Scialoja en los últimos años de la fecunda vida de Planiol (muerto en 1931), prefiere una extensa enunciación de las fuentes que incluye no sólo el contrato, la promesa unilateral, la gestión de negocios, la repetición de lo indebido, los actos ilícitos, el enriquecimiento sin causa, sino también hasta la obligación de exhibir la cosa (arts. 59/86) ; en fin, que el Código italiano de 1942, de notoria gravitación en muchas empresas legislativas contemporáneas, prefiere abrir su Libro Cuarto, De las Obligaciones, con una disposición muy general y muy comprensiva, capaz de abarcar lo imaginado y lo imaginable en el tema que nos ocupa: "Las obligaciones derivan del contrato, del hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico", reza el art. 1173.

19. — Detenemos aquí una corta ejemplificación que ayuda a advertir cómo se pasa de un criterio sistemático a otro en el que prevalece la enunciación acrecida de las fuentes de las obligaciones civiles, hasta caer en la fórmula abier-

ta, renunciando al propósito de clasificarlas o enumerarlas pero sin excluir, por cierto, de la mente del jurista el intento nunca abandonado de agruparlas apuntando a su razón de ser, a la génesis del vínculo y a la trascendencia individual y social del asunto. Acaso convenga añadir que, entre nosotros, Bibiloni suprimió en su Anteproyecto el art. 499 del Código Civil (tomado del *Esbozo* de Freitas, art. 870), no por inexacto pero sí por doctrinario y sobreabundante, y decidió auspiciar la inclusión de una norma que en su primer período se limita a decir: "Las obligaciones no se presumen. No existen sino por los hechos que este Código reconoce como causas de ellas". Acaso convenga añadir también que el Proyecto de 1936 prefirió acercarse a la fórmula del B.G.B. en un art. 788 que reza así: "Salvo precepto expreso de la ley, la constitución o modificación de las obligaciones *por actos jurídicos entre vivos* sólo puede tener lugar mediante contrato", regla que, como puede observarse, limita su disposición a los actos jurídicos entre vivos, porque es obvio que será la voluntad individual del causante o la voluntad de la ley la que juegue en el proceso de la devolución sucesoria. Acaso convenga añadir, por último, que el Proyecto de 1954 prefiere el criterio irrebatible del Código italiano de 1942 cuando se limita a decir: "No hay obligación sin causa, esto es, que no derive de algún hecho idóneo para producirla, según el ordenamiento jurídico" (art. 855).

20. — De cualquier modo queda claro, a nuestro juicio, que si el jurista indaga, como corresponde, las verdades últimas y se detiene a meditar sobre la trascendencia individual y social del conflicto que subyace en el estudio de las fuentes de las obligaciones, terminará por admitir, como lo admitieron Planiol y Scialoja, que en el asunto se postula claramente el enfrentamiento de la fuerza del individuo con la fuerza de la organización social, de la voluntad del individuo con la voluntad del Estado, de la voluntad del individuo con la voluntad de la ley como fuentes indeclinables de las obligaciones civiles. Una conclusión simple, tal vez demasiado simple, como escribió Scialoja, pero que de antiguo asentó

en su comentario Toullier, cuando a renglón seguido de la rectificación que señalamos más arriba se animó a escribir: "es evidente que las obligaciones que nacen sin convención no pueden proceder sino de la omnipotencia de la ley, cuyas órdenes son obligatorias para todos" (*Le droit civil français* VI, nº 3 y 4; XI, nº 4 y 6). Una conclusión que supo compartir Larombière, cuando escribió que es la ley la que da nacimiento a las obligaciones que no proceden de una convención, sin el concurso y aun contra la voluntad del obligado, en ocasión y a causa de su hecho (*Téorie et pratique des obligations*, V, nº 2, art. 1370).

21. — Faltaría agregar que la acepción múltiple de las palabras —y, si se quiere, el uso indebido de ellas— permite a muchos utilizar la voz "causa" en el doble sentido de fuente y de fin. No es extraño, pues, que el problema genético de las fuentes de las obligaciones se examine por la doctrina también bajo el epígrafe "De la causa de las obligaciones" desde tiempos remotos. Y como la moral y el derecho se alumbran por la misma matriz, es fácil comprender que al examinar las fuentes de las obligaciones ilumine su espectro el inmarcesible prestigio de un puñado de principios elementales que abonan la sana convivencia: respetar la palabra empeñada, no dañar a otro, restituir lo ajeno, observar las leyes, ser solidarios en la consecución del bien común, cumplir las cargas impuestas por el estado de familia, por la propiedad, por la vecindad, por el parentesco, por la función, reparar el daño causado y, en suma, ser veraz y pacífico, vivir honestamente, respetar al prójimo en su persona, en su patrimonio, en sus derechos, obrar siempre en justicia y equidad y, en todo caso, reparar, resarcir, restituir para hacer honor a las obligaciones que nacen de la conciencia y de la voluntad del hombre, de la ley natural y de la ley positiva, como concluye Demolombe.

22. — Queda clara así la neta oposición entre las obligaciones que reconocen como fuente la voluntad de la persona y las que reconocen como fuente la voluntad de la ley; las

que proceden de la fuerza del individuo y las que proceden de la fuerza de la obligación social, como sintetiza Perozzi. Adherimos, pues, no sin admitir el mérito de algunas objeciones de Scialoja, al esquema simple (acaso demasiado simple, volvemos a repetirlo, como lo subraya el jurista italiano) de Planiol, quien elimina justicieramente, a nuestro juicio, las artificiosas "cuasi-explicaciones" con que se abrieron paso desde tiempos remotos los cuasi-contratos y los cuasi-delitos y se queda, en suma, con la voluntad individual (lícita o ilícita) y la ley como único y auténtico manadero de las obligaciones civiles. Y si ello es así, como Planiol lo sostuvo a comienzos de esta centuria; si se acepta que la voluntad individual y la ley son el único y auténtico manadero de las obligaciones civiles, se comprende la proyección política y social de este asunto, según se especule con la prevalencia de una u otra voluntad —la del individuo o la del Estado— en la vida organizada de las naciones. Es evidente que cada tiempo histórico pone su acento en una u otra, obedeciendo a una orientación individualista o socialista, liberal o cesárea. Y allí asoma en el campo del derecho civil el gran tema social y político de todas las edades: el gran tema de la libertad, el gran tema de la elevación o la postración del ser humano.

23. — No parece difícil comprender, a la zaga de este planteo, que está hoy más viva que nunca la cuestión que planteábamos cuarenta años atrás, cuando escribíamos, en lozana juventud, sobre la crisis del contrato y ligábamos ese asunto con la crisis de la voluntad autónoma, de la libertad, de la regla moral; cuando advertíamos sobre el absurdo de concebir un derecho sin voluntad o una voluntad sin derecho y puntualizábamos la proyección desquiciadora de una realidad irreversible que ha crecido sin pausa y que hoy nos abruma, con el cesarismo en triunfo, con la fortificación creciente del Estado, con el deslizamiento pertinaz y progresivo hacia planificaciones y realizaciones socializantes, empeñadas en menguar o abolir la determinación individual y aun en arrancar de su trono a la ley general, impersonal e irretroactiva, según la medulosa síntesis de Domat.

24. — De todo eso, nada menos que de todo eso se trata cuando en distintas comunidades, bajo distintos regímenes de gobierno —cualquiera sea su rótulo—, se cercena más de lo prudente la autonomía de la voluntad y se multiplican las obligaciones legales, las responsabilidades objetivas, abriendo paso a la intromisión opresora del Estado en las relaciones privadas; cuando el derecho público penetra en el derecho civil, lo penaliza y lo desarticula; cuando la libertad sólo se concibe como generadora del desorden, al decir de Ripert; cuando la ley se torna solución de oportunidad y cumple desembozadamente la función de la ley y la función del contrato, al decir de Lambert; cuando se exacerba el dirigismo económico y jurídico; en fin, cuando la propiedad se desvigoriza, las corporaciones renacen y el impulso creador en todos los órdenes se estrangula.

25. — Ya hemos visto que el gran tema de las fuentes de las obligaciones recibe hoy el aporte de otros manaderos encarecidos por animosos partidarios: la voluntad unilateral, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la interpretación integradora, la sentencia fundada en un dilatado arbitrio judicial y otras concepciones afines serían, en opinión de muchos, fuentes copiosas de obligaciones civiles que no habrían advertido ni los romanos, ni Heinnecius, ni Pothier, ni los juristas de otros siglos con menos luz de verdad y de justicia.

26. — Parece indudable, sin embargo, que por esa vía se favorece la creación pretoriana de las obligaciones civiles, su revisión y su mudanza, en términos que autorizarían a admitir, extremando las cosas, la sustitución de la ley por el arbitrio judicial en el esquema clásico que consignamos *supra*. Peligrosa tendencia, a nuestro juicio, que no contribuye a abonar el crédito de la magistratura, en tanto no esté servida, como lo soñaba Aristóteles, por jueces que sean "lo justo vivo del derecho". Peligrosa tendencia que compromete la prestación del más delicado servicio público, el de la administración de justicia, cuyos resortes pueden relajarse mer-

ced a una vagarosa interpretación de la ley, del acto jurídico de derecho privado y aun del acto ilícito. Todo lo cual mueve en nuestros días, cada vez con mayor frecuencia, a eludir el sometimiento de los casos a la instancia jurisdiccional para confiar la solución al criterio de los prudentes sin toga, administradores de una justicia privada que acaso justifique por el mérito y el número de sus respuestas, en días que vendrán, la recopilación de otro Digesto...

27. — Creemos que no está demás, mientras indagamos el origen de las obligaciones civiles, llamar la atención, como lo hemos hecho otras veces, sobre la crisis de la voluntad autónoma y jurígena, sobre el prestigio y desprestigio de la ley, sobre la significación del predominio de una u otra, sobre las bases de un régimen republicano de gobierno que asegure los beneficios de la libertad, la correcta administración de justicia y el prestigio de las magistraturas, ponderando los datos inquietantes de una realidad cuya entraña social, política y ética merece ser penetrada. En esta índole de asuntos no sirve a la República con honradez quien no remonta el razonamiento hasta las fuentes y no desciende después a los vitales casos de aplicación.

Pensaba así Guaglianone, con quien viví medio siglo de compenetrada existencia de la que hice veraz recordación en el otro homenaje al que me refiero en las primeras líneas de este artículo.

Me ha sido muy grato recordar lecturas y meditaciones de los años idos, hoy que la fraternal amistad se ha vuelto irremediablemente añoranza y espera.

III

V REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

HORIZONTES FILOSÓFICOS, SOCIOLÓGICOS Y CULTURALES DE LA PERSONA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Disertación pronunciada por el académico Dr. Germán J. Bidart Campos, en oportunidad de la V Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada los días 16 y 17 de ocubre de 1986

Cuando decimos que el derecho constitucional da organización jurídico-política a la convivencia humana en el estado, presuponemos que enfrenta inicialmente una realidad social, cual es la de esa misma convivencia. Cabe, en otras palabras, decir que encuentra el dato de la sociedad global o máxima y, dentro de ella, a los hombres que la integran. Tan elemental afirmación nos coloca ante el hecho cierto de que todo derecho constitucional resuelve, de algún modo, la situación o inserción del hombre en la comunidad política, también cuando ese modo de situación le pueda ser desfavorable o hasta denigrante. Por eso, porque en función valorativa interesa alcanzar para la persona un status compatible con su dignidad de tal, pensamos que es útil para el derecho constitucional la búsqueda de algunos horizontes filosóficos, culturales y sociológicos.

Primero la filosofía, y casi conjuntamente la sociología, tienen algo —y mucho— que decir acerca de la persona humana. En lo que ambas proyectan al campo del derecho constitucional, cabe polarizar los posibles puntos de partida en dos: o arrancar como realidad primaria del hombre mismo, o arrancar de la sociedad. Según cuál se considere como núcleo del hecho social, así será la línea básica del derecho constitucional. Cuando el núcleo del hecho social sea el hom-

bre —según vieja enseñanza del maestro Tristán de Athayde— el horizonte constitucional tendido desde la filosofía y la sociología resaltará el valor personalidad. Cuando lo sea la sociedad, la persona se diluirá en un conjunto prioritario, sea éste la propia sociedad, sea la raza, sea la nación, sea la clase, o cualquier otro grupo. Y entonces, los valores comunitarios prevalecerán sobre el valor personalidad.

Tomando desde el comienzo una postura valorativa, nos enrolamos filosóficamente y sociológicamente en la afirmación de que el hombre es el núcleo del hecho social, y desde ese horizonte traspolamos el personalismo al derecho constitucional. No interesa cuál sea la razón última en que cada cual fundamente su adhesión al personalismo, porque en tanto el derecho constitucional es una solución empírica, lo que importa al derecho constitucional es que esa solución empírica se compadezca con el personalismo, cualquiera sea la vía de ideología especulativa a través de la cual se arribe al personalismo.

Pero, en cambio, sí interesa que al proponer al hombre como núcleo del hecho social, se opte por el individualismo o por el solidarismo, dentro de una dicotomía a la que nos referimos hace muchos años en un estudio inserto en el libro de homenaje a Héctor Lafaille. El individualismo no significa, en realidad, la elemental primacía de la persona sobre la sociedad y sobre el estado, que es propia del personalismo, sino la desfiguración insolidaria de la relación entre el hombre y lo social que es propia de las exaltaciones egoístas de la parte respecto del todo.

Si es verdad que hay sociedad y hay estado porque hay hombres, también es verdad que el único modo de vida humana se da en la sociedad y en el estado, en cuanto ya enseñaba Aristóteles que fuera de una y de otro se era bestia o se era Dios. El ámbito natural y propio de la persona se ubica, por eso, en la convivencia que denominamos sociedad, y esa convivencia social demanda necesariamente una organización política que llamamos estado. La persona, sin dejar de ser el núcleo del hecho social, y precisamente por serlo,

forma parte y es parte de la sociedad y del estado, y es parte de esos "todos", pero lo es "para" su propio beneficio, porque los trasciende y supera en excelencia, y porque es el origen y el fin de la organización política.

Cuando en la alternativa de individualismo o solidarismo nos afiliamos al segundo, la sociología nos abre otro horizonte hacia el derecho constitucional, en el cual horizonte nos muestra que dentro de la sociedad y del estado la convivencia humana engendra grupos o sociedades menores o intermedios, con fines parciales que satisfacen necesidades también parciales, y que se traman y confortan en el bien total que es el bien común público como fin del estado.

Estas redes asociativas que circundan al hombre con más proximidad que la sociedad global y que el estado, crean solidaridades sectoriales que el derecho constitucional debe respetar y fomentar, incorporándolas y articulándolas en el todo mayor cuyo fin es el bienestar general. Y esto es, en resumidas cuentas, lo que García Pelayo ha calificado sagazmente como la sociedad organizacional, a la que presta atención el actual constitucionalismo que estructura al estado social de derecho, o al estado de bienestar, o al estado de democracia social.

¿Qué visión recogemos a esta altura? La de un derecho constitucional que al ubicar al hombre en la comunidad política le depara un status acorde con su dignidad de persona, con su libertad y sus derechos. Y a eso lo llamamos democracia; pero que a la par que reconoce al hombre como persona jurídica, reconoce y estimula a los grupos y asociaciones que el hombre forma dentro de la sociedad máxima, a los cuales extiende también libertades y derechos, y a los que juntamente con los hombres abre la posibilidad de participación política en defensa de sus intereses. Y se nos aparecen así los partidos y los grupos políticos, y las entidades sindicales y profesionales, y las asociaciones empresariales y patronales, y los múltiples entes del campo de la educación, de la cultura, de la economía, etc.

Con muchos de tales grupos surgen los poderes socia-

les, como el poder partidario, el poder sindical, el poder económico, el poder militar, el poder religioso, el poder cultural, el poder empresario, de cuya realidad y presencia da cuenta la sociología, pero a los cuales el derecho constitucional debe respetar como poderes sectoriales, o parciales, o fragmentarios, porque sus fines también son de esa naturaleza, en tanto el poder político o poder del estado —que no deja de ser un poder también social— es un poder total, porque es de toda la sociedad —y no de una parte— y para toda la sociedad —y no para una parte—. De aquí deducimos como lección sociológica para el derecho constitucional que ni los poderes sociales deben enancarse o fundirse con el poder político, ni el poder político debe identificarse con ninguno de ellos, porque en ambos casos los poderes parciales se hacen totales, o el poder total se sectorializa, perdiendo unos y otros su identidad sociológica y sus roles específicos. Es, en suma, la necesidad de mantener la frontera entre la sociedad y el estado, y de respetar una versión de la separación de poderes —en este caso, no dentro del mismo poder político, sino entre éste y los poderes sociales propios de la sociedad—.

La habilidad radica, entonces, en lograr una integración equilibrada de los poderes sociales, parciales o sectoriales, dentro de la organización estatal, que no los sustraiga del ámbito natural de la sociedad en la que emergen, que no los avasalle con el poder político, y que no produzca confusión ni concubinato entre unos y otros, ni por iniciativa de la sociedad, ni por iniciativa del estado.

Parecería que estas indicaciones de tipo sociológico exigieran sagaces soluciones jurídicas en el ámbito constitucional, donde se compromete no sólo el derecho de libre asociación para las entidades grupales, sino también un conjunto de principios reguladores de la vida social y de la iniciativa privada en muy distintos campos, a los que normalmente no debe llegar el estado sino en función subsidiaria, respetando las energías espontáneas y las formas asociativas que surgen de una sociedad libre, y haciendo aplicación analó-

gica de lo que para las asociaciones puede tenerse como versión del principio de intimidad o privacidad de la persona humana: las asociaciones, dentro de la regla de especialidad según sus fines, han de gozar de un área de autonomía suficiente en su estructura interna y en el desarrollo de su actividad, de grado variable según la índole y la intensidad de los interses sociales en juego.

Una filosofía que, construyendo el armazón jurídico-político de la sociedad, descendiera desde el estado hacia la sociedad en vez de remontarse desde la sociedad hacia el estado, sería proclive a imaginar a los grupos, a las asociaciones, y a los poders sociales, como creaciones formales del estado que autoriza o permite su existencia, en vez de considerarlos como creaciones o resultados de la libertad personal y social, a los que el estado reconoce y garantiza su existencia con controles mínimos por razones de bien común. El horizonte sociológico, a su vez, ayudaría a ensanchar y holgar las tramas asociativas y a descomprimir las injerencias estatales si se viera al pluralismo social como despliegue y expansión naturales de la persona humana en una convivencia libre, en tanto estrangularía a ese mismo pluralismo si lo hiciera dependiente del criterio gubernamental, lo supeditara a sus permisiones, o convirtiera a las asociaciones en agencias o sucursales del estado.

A mero título de ejemplo, vale insistir en lo que estos temas proyectan a organizaciones tales como los partidos políticos, las asociaciones sindicales y patronales, las entidades de educación privadas, los colegios profesionales, las obras sociales, y las corporaciones económicas.

Hechas estas breves referencias, retomamos nuevamente los horizontes filosóficos y sociológicos que se abren en torno de individualismo y solidarismo, para derivar al tema de los derechos personales en el derecho constitucional. Un reciente artículo conocido por nosotros en la revista "Facetas" (Nº 72 del año 1986), del profesor Leslie Lipson, de la Universidad de California, al discurrir sobre "La filosofía de la democracia" (p. 11 y sig.) plantea y resuelve el dualismo de liber-

tad e igualdad proponiendo a ambas como complementarias y no como antagónicas, y distinguiendo al estado democrático como aquél que busca la libertad y la igualdad.

Nuestra personal visión filosófica y sociológica nos lleva a compartir la idea de que el derecho constitucional debe, a veces delimitar razonablemente ciertas libertades a algunas personas a fin de ampliar las correlativas libertades ajenas; o, en otro lenguaje, que ha de limitar razonablemente los derechos de algunos para ampliar la capacidad de ejercicio de los derechos de otros. Si como dice Lipson "la igualdad confirma la comunidad del individuo con los demás dentro de un marco social" (p. 13), el derecho constitucional no ha de escatimar una moderada y justa intervención del estado para atenuar las desigualdades de mayor calibre que impiden a muchas personas acceder realmente al efectivo disfrute de algunos derechos, con lo que se tiende a liberarlas de los óbices que las discapacitan para gozarlos o, en otras palabras, a facilitar libertades igualitarias. Tenemos por cierto que ya no es suficiente lo que los filósofos políticos llaman la "libertad de", que nos exonera de limitaciones e impedimentos (libertad negativa), sino que se hace menester añadir la "libertad para", que proporciona facilidades (libertad positiva). Como efecto constitucional práctico, este enfoque conduce a admitir que la libertad y los derechos no solamente encuentran del lado del sujeto pasivo una obligación de abstención u omisión para dejar expedito su ejercicio, sino algunas veces una obligación de dar o de hacer con la que satisfacer bienes elementales de la persona a cuyo favor se debe tal obligación. Y, como complemento, la libertad igualitaria demanda igualdad de oportunidades, lo que se compadece con la afirmación de Lipson en el sentido de que la "libertad-igualdad es, en concreto, un concepto indivisible" (p. 15).

En nuestra apretada síntesis, nos resta incursionar en el horizonte cultural. Si acudimos a la noción de conjunto cultural o complejo cultural de la sociedad con que se maneja Duverger en su *Sociología Política*, hallamos en toda sociedad una serie de ideas, valoraciones, creencias y representa-

ciones colectivas acerca de la política. Hay una legitimidad sociológica que consiste en la idea o imagen que se forma en una colectividad, y que tal colectividad acepta y valora como justa, en materia de derecho y de política (diríamos: de derecho constitucional). Hay también una legitimidad legalizada, que es la que plasma formalmente en el derecho positivo, y que puede o no concordar con la legitimidad sociológica. Y hay, por fin, una legitimidad filosófica, en cuanto análisis crítico de la legitimidad, que procura descubrir racionalmente desde el reino ideal de los valores cuál es la legitimidad objetivamente justa. Este esquema aparece claramente propuesto por Elías Díaz en su *Sociología y Filosofía del Derecho* (Madrid, 1982).

La filosofía es capaz de brindarnos su discurso racional en torno de la legitimidad justa, y es capaz también de hacernos comprender que esa misma legitimidad justa incorpora ingredientes que en cada circunstancia histórica dependen de las valoraciones sociales, que es como decir de la legitimidad sociológica. Es así como hoy no vacilamos en afirmar que, filosóficamente, la legitimidad justa exige satisfacer procesos electorales competitivos para la formación de los elencos de poder, porque las sociedades contemporáneas los imaginan como la mejor vía de selección de los gobernantes, y porque paralelamente reputan injusto que un sector social se empine en el poder marginando la participación social de todo el conjunto.

De esta idea extraemos alguna conclusión interesante. El derecho constitucional ha de procurar la coincidencia de las tres legitimidades: la sociológica, la legalizada, y la filosófica. Ello significa que el derecho constitucional no ha de desdeñar la búsqueda de la legitimidad justa en ultimidad filosófica, a la vez que ha de atender a la legitimidad que sociológicamente es reputada como tal en las valoraciones comunitarias, para dar formulación sintetizada a ambas en la legitimidad que legaliza positivamente en su ordenamiento jurídico.

Se dirá que en el marco de la sociedad compiten varias

legitimidades sociológicas, o que existe más de una imagen social de lo que se valora como legítimo. Esta eventual pluralidad de legitimidades sociológicas no debe asombrarnos ni perturbarnos, porque en orden a las soluciones empíricas el derecho constitucional puede extraer de aquel pluralismo sociológico de legitimidades un consenso mínimo de base sobre lo que diferentes fracciones sociales consideran legítimo. Ello es, a la postre, la convergencia en determinados valores y reglas de juego a compartir en la convivencia política, y el acatamiento consentido a ese repertorio común valorado como legítimo. Al respecto, creemos necesario insistir en que nuestra Constitución de 1853-1860 legaliza una legitimidad que, además de ser justa en ultimidad filosófica, recibe suficiente consenso social en su plexo axiológico como legitimidad sociológica, lo que viene bien para alertar sobre la necesaria cautela en una eventual reforma de la Constitución, a fin de no alterar la identidad entre la legitimidad legalizada, la sociológica y la justa, y de no incorporar a la constitución ningún principio en torno del cual los disensos sociales impidan el acuerdo de base.

Del horizonte cultural que sintéticamente hemos esbozado se hace conveniente derivar una pedagogía constitucional que difunda, fomente y profundice en todos los sectores de la sociedad —que es como decir en su complejo cultural, o en el sub-sistema cultural— las ideas, creencias, valoraciones y representaciones colectivas afiliadas al humanismo personalista, cuya solución empírica viene política y jurídicamente propuesta en el preámbulo de la Constitución. No se trata tanto de catequizar las ideas, cuanto de inducir las conductas para emplazar la convivencia dentro de ese modelo empírico.

Pero como punto final queremos decir con sinceridad que tal modelo debe ser puesto en funcionamiento de manera atractiva y moderna, lo que obliga a dar interpretación dinámica y actual al techo ideológico de la Constitución, tanto como a sus normas, para que enfoques cristalizados en el pasado no propaguen la impresión de que la Constitución es inadaptable a las pretensiones contemporáneas de nuestra

sociedad, o de que su liberalismo repudia al constitucionalismo social y a las inserciones solidaristas de la persona en los grupos que, cada día más, proliferan en nuestro pluralismo. Si no ofrecemos un rostro moderno del liberalismo en la democracia social, abrigamos temores de que se vuelva antipático y, para muchos, repudiable. Aunque sea nada más que por eso, hemos escogido el tema de los horizontes filosóficos, sociológicos y culturales de la persona en el derecho constitucional, con el afán de rescatar la realidad de un hombre situado en una sociedad organizacional, desde cuya compleja trama solidaria ingresan al derecho constitucional los requerimientos de la justicia social, del desarrollo, de la participación. Si no abrimos nuestra imaginación para darles respuestas en y con la libertad, dentro de la mentada interpretación dinámica de la Constitución, habremos de afrontar el riesgo de que las urgencias inciten a vastos sectores sociales a canjear la libertad por otros bienes que se le supongan incompatibles, porque no habremos sabido nosotros conciliarlos en un modelo democrático apto para asumir desde la libertad la satisfacción del desarrollo.

APÉNDICE

Se nos ocurre interesante sugerir una ojeada al constitucionalismo provincial que durante el año 1986 ha hecho expresión en nuevas constituciones locales, de entre las cuales tomamos al azar la de Salta.

El preámbulo y el articulado contienen alusiones a la libertad, la igualdad, los derechos humanos, la solidaridad, el acceso a la cultura, la democracia participativa y pluralista, la democracia social de derecho, etc. Y el art. 13, con resabios de la Constitución italiana (a la que ya habían dado seguimiento algunas de nuestras provincias, como la de Santa Fe) dice que "los poderes públicos aseguran las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, procurando remover los obstáculos que impidan o

dificulten su plenitud". Esta norma principista ha de ligarse al art. 14, en el que leemos que "la provincia reconoce y garantiza los derechos inviolables de la persona, sea como individuo, sea en el seno de las formaciones sociales donde aquélla desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social".

LA INFORMÁTICA Y LA PROTECCIÓN DEL SECRETO DE LA VIDA PRIVADA

Disertación pronunciada por el académico Dr. Jorge Bustamante Alsina, en oportunidad de la V Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada los días 16 y 17 de octubre de 1986

Los progresos recientes de las ciencias y de las técnicas han hecho que las comunicaciones entre los hombres sean más numerosas, más fáciles y más rápidas, pero han tenido como contrapartida crear graves amenazas para el secreto de la vida privada. La protección de la vida privada que reconoce el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica tiene así en frente la problemática de la técnica de las comunicaciones en creciente avance, por un lado, y por el otro la preservación de la libertad de expresión o derecho a la información consagrada universalmente por convenciones internacionales como el Pacto mencionado en el ámbito de América Latina.

En el aspecto técnico las nuevas modalidades de la investigación son fuente de amenazas de inmixión en la vida privada, y los modernos medios de difusión de imágenes y sonidos, a su vez, contribuyen a la divulgación de los aspectos reservados de la vida íntima.

Las técnicas de investigación con respecto a la vida privada pueden ser consideradas como técnicas físicas y técnicas psicológicas. Las primeras consisten en la utilización de las leyes de la naturaleza para construir aparatos capaces de ejercer una penetración clandestina. En tal sentido son de destacar los dispositivos ópticos que utilizan el telescopio y el aparato fotográfico permitiendo tomas a distancia por las

que se obtienen imágenes y reproducciones de personas y de documentos. Hoy se emplean también cámaras de televisión miniaturizadas para obtener imágenes clandestinas.

Los dispositivos acústicos son, sin embargo, los más usados porque permiten obtener resultados más eficaces. Las ondas sonoras emitidas por la palabra al propagarse, hacen vibrar el micrófono con una intensidad variable apta para captar la más mínima expresión oral. La mayoría de los procedimientos clandestinos consisten en la utilización de la línea telefónica de la víctima, aunque éste no sea el único medio porque actualmente existen micrófonos que pueden ser disimulados en un objeto cualquiera, como un reloj pulsera, o un mueble de una habitación, los cuales pueden recibir la voz humana hasta una considerable distancia.

Las técnicas psicológicas de investigación presentan el carácter común de tener directamente por objeto la psiquis humana. Algunas tienden a lograr un conocimiento lo más preciso posible de las facultades mentales, por ejemplo los test de evaluación de la personalidad utilizados para la orientación pedagógica y para la selección de personal.

Otras técnicas psicológicas intentan descubrir lo que una persona pretende mantener reservado y consisten en procedimientos destinados a hacerle decir la verdad, tales como los detectores de mentiras. Estos procedimientos actúan sobre el subconsciente produciendo reacciones subliminares y se diferencian fundamentalmente de los cuestionarios o tests en los que el sujeto sometido a la investigación tiene plena conciencia de sus respuestas por lo cual puede considerarse que no se atenta contra la libertad de la persona como sucede en cambio con las técnicas subliminares.

A las técnicas de investigación se agregan las técnicas de divulgación o de difusión de imágenes y sonidos. Durante mucho tiempo la vida privada no ha podido ser divulgada más que de boca a oído. Luego por el libro y la prensa escrita, y actualmente por el cinematógrafo, la radiodifusión y la televisión que alcanzan un público prácticamente ilimitado.

Hoy día la explosión de la informática es uno de los as-

pectos más importantes de la evolución de la técnica y de la información y su incidencia en el secreto de la vida privada crea graves problemas en la sociedad moderna. El desarrollo de la informática ha sido tan rápido y tiene aplicaciones tan diversas que no es fácil establecer con exactitud sus consecuencias económicas y sociales. La mayor dificultad para precisar sus alcances en torno del secreto de la vida privada radica en que la informática es estudiada por los informaticistas, (valga el neologismo), con total despreocupación de las cuestiones jurídicas que ello suscita y, por otro lado, los juristas no tienen muy en cuenta los avances de la técnica y su inmediata incidencia en el ámbito de los derechos que constituyen la materia de sus afanes. Parece imponerse hoy la necesidad de realizar estudios interdisciplinarios para que la informática avance sin desmedro de la protección del secreto de la privacidad.

El desenvolvimiento y el consiguiente progreso de la informática ha provocado una explosión en las comunicaciones porque ella permite la rapidez, la economía y la capacidad de concentración de la información. A esta rapidez y economía de los ordenadores o computadoras se agrega la extensión de la información pues la capacidad de la memoria de aquellos es superior a la de un fichero ordinario, lo que permite formar bancos de datos, es decir, conjuntos de referencias susceptibles de servir de soportes a aplicaciones diversificadas, haciendo posible un sistema coherente para hallar información, introducir nuevos datos, eliminar aquellos perimidos, y establecer relaciones nuevas entre los diferentes elementos, mediante la interconexión de los sistemas de información.

Sin duda la informática ha contribuido a dar notable impulso al progreso de la actividad social en los diversos aspectos y su aplicación resulta de más en más diversificada. Limitada al principio a la investigación científica, su aplicación se ha extendido a los análisis estadísticos, la gestión administrativa y fiscal del Estado, a las actividades industriales, comerciales y profesionales de los particulares y a la promo-

ción de la enseñanza en todos los niveles desde el primario al superior.

Sin embargo, la Comisión "Informática y Libertad" creada para hacer el estudio de base al proyecto de ley del 6 de enero de 1978, dictada en la República Francesa, señala en su informe al Presidente de la República de fecha 27 de junio de 1975, que si bien la informática no ha provocado hasta entonces ataques a la libertad, comporta, sin embargo, riesgos para el futuro.

Un primer riesgo consiste en la alteración de la personalidad como consecuencia de las informaciones inexactas o incompletas que puedan introducirse en los ordenadores. Estas informaciones sirven a la definición o formación del perfil de un individuo que puede ser utilizado en la gestión del personal de la Administración Pública o en el control de las actividades de los administrados o en el establecimiento de un coeficiente de moralidad o peligrosidad de un sujeto. Esas definiciones comportan el riesgo de una categorización de los individuos sin tener en cuenta matices que pueden resultar del espíritu, del sentimiento y de la moral de cada uno. El riesgo de categorización es tanto más grave cuanto que la información del perfil de una persona la convierte en una abstracción cuando se produce el intercambio de información entre los ordenadores dada la capacidad de tratamiento de cada uno de ellos. Este peligro comporta un grave atentado a la identidad que es un aspecto importante de la intimidad.

Otro riesgo que posee la memoria de los ordenadores consiste en conservar indefinidamente los datos nominales, y los resultados de los tratamientos computarizados de ellos. Puede así atentarse contra el derecho al olvido que es un derecho natural indispensable para que el peso de un pasado no destruya al hombre haciéndole perder el sentimiento de su libertad al impedirle rehacer su personalidad.

El desarrollo de la informática es susceptible de producir otros ataques al secreto de la vida privada por la divul-

gación de ésta. Comporta el riesgo de que aquellas informaciones acumuladas relativas a las personas sean utilizadas para otros fines distintos de aquellos para los cuales han sido recogidas. Ese riesgo de desviar la información que existe también en los ficheros ordinarios se multiplica en los ficheros automatizados por la facilidad de la intercomunicación de un ordenador con órganos periféricos y aun de ordenadores entre sí.

Ese riesgo existe en las relaciones entre órganos de la administración pública. La Comisión antes aludida expresa en su informe que "si se dice a menudo que es tiempo de suprimir el aislamiento de los diferentes servicios de las administraciones por la difusión y el intercambio de la información, parece sin embargo necesario velar para que las informaciones difundidas sean solamente útiles para su empleo legítimo en el ejercicio de la misión propia de cada servicio".

El riesgo de desviación de la información nominativa existe también en las relaciones entre las empresas privadas. Existen empresas que se han constituido para reunir ficheros de direcciones y referencias, para venderlos a otras empresas. Las desviaciones de la información sea de la administración pública o sea de los particulares, pueden ser utilizadas para establecer entre las personas discriminaciones injustificadas fundadas en particular en sus opiniones políticas, filosóficas o religiosas y sobre su condición social o posición económica, atentándose así contra el principio de igualdad que es fundamental en la organización política del Estado.

Para delimitar el concepto y la extensión del significado de la informática es posible ceñirse a la definición del Diccionario de la lengua francesa (Litré, t. 3, verbo "ordinateur") que adopta Pierre Kaysen, quien es el autor que ha producido la obra más completa sobre la materia titulada *La protection de la vie privée*, edición 1984, con prólogo de Henri Mazeaud. La definición de la Academia Francesa de la Lengua respecto a la informática dice que: "Es la ciencia del tratamiento racional especialmente por máquinas automáticas, de la información considerada como el aporte de los co-

nocimientos y de las comunicaciones en los dominios técnico, económico y social".

El peligro que comporta el avance de la tecnología en orden al desarrollo de la informática respecto a la vida privada se puede resumir en estas palabras de André Roux en su libro *La protection de la vie privée dans les rapports entre l'etat et les particuliers*, edición 1983. Dice allí el autor citado que "El ordenador con su sed insaciable de información, su reputación de infalibilidad, su memoria donde nada puede borrarse, podría ser el centro nervioso de un sistema de contralor que transformaría la sociedad en un mundo de cristal, en el cual nuestro hogar, nuestra situación financiera, nuestras relaciones, nuestra salud física y mental, sería puesta al desnudo ante cualquier observador". La vida privada resulta el valor humano más vulnerable a la generalización y perfeccionamiento de la informática; lo cual es un grave peligro en orden al progreso social, pues en el Estado moderno la vida privada está en el corazón de la libertad. El hombre tiene necesidad de proteger su intimidad para desenvolver plenamente su personalidad y requiere la garantía de su vida privada como condición para el ejercicio de las libertades públicas.

El respeto de la vida privada es un derecho de la personalidad que consiste en la debida protección de aquella parte de la existencia del hombre que se excluye de la actividad pública y a la cual los terceros no tienen acceso, en principio, a fin de asegurar a la persona el secreto y la tranquilidad a que tiene derecho como ser humano. El juez Cooley, en su libro *The Torts*, p. 29, año 1888, se refiere a "The right to be let alone", como un axioma del hombre que busca la paz en la soledad de su espíritu.

El dominio de la vida privada es el de su vida familiar, conyugal o sentimental y su contenido está constituido como lo describe Raymond Lindon en "Les Droits de la Personalité", Dictionnaire Juridique, 1983: por la identidad de la persona que incluye el nombre, edad, filiación, estado civil, profesión y domicilio, como asimismo su salud, su patrimonio, sus ingresos, sus opiniones políticas y religiosas. La Corte

Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Ponzetti de Balbin", dijo en su fallo del 11 de diciembre de 1984, coincidentemente con lo expuesto, que el derecho a la privacidad se fundamenta en el art. 19 de la Constitución Nacional y comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas.

El respeto de la vida privada es un derecho de la personalidad cuya jerarquía no es menor que el derecho a la vida, a la integridad corporal, a la libertad, al honor, a la preservación moral de la creación intelectual, al derecho a la información y al respeto debido a los despojos mortales de la persona. Es que todos ellos no son sino los atributos esenciales de la persona, inseparables de su condición humana y cuyo desconocimiento implicaría aniquilar su existencia física y moral como individuo y como ser social.

Decimos que los derechos de la personalidad son todos ellos valores de igual jerarquía porque el interés jurídico que protegen es el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen a la persona humana, cuya unidad como ser ético físico no tolera el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos que son parte inescindible de su existencia misma.

Tal vez pueda decirse que en un orden jerárquico de los derechos, el valor vida está antes que los otros valores que emanan del hombre como ser moral, porque suprimida la vida no cuentan ya los otros bienes jurídicamente protegidos, pero aunque la existencia física no experimente ningún ataque, el desmedro de los otros bienes significará la privación de su goce, frustrándose así un interés legítimo que el ordenamiento jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad del hombre.

La informática cuyo empleo en la sociedad moderna reporta beneficios para el desarrollo de la vida comunitaria de cada Estado y para la intensificación de las relaciones internacionales en razón del fondo común de datos susceptibles de intercambiarse, se enfrenta con la protección debida al secreto de la vida privada que ha sido reconocido como un

derecho del hombre por el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, ratificada en el art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas y por la Convención Europea de Defensa de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales adoptada por el Consejo de Europa en 1950. En el ámbito del continente americano ha sido establecido el mismo principio por la Convención denominada Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por nuestro país por la ley 23.054 promulgada el 19 de marzo de 1984 y que por su ulterior ratificación es parte del Derecho Interno Argentino.

La utilización de la informática por los Estados constituye un riesgo agravado en la medida en que el Estado interviene cada vez más en la vida de los particulares, poniendo en conflicto las normas de aquellas convenciones internacionales así como los principios de respeto de los derechos individuales que consagra la Constitución Nacional, con la acumulación y divulgación electrónica de datos personalizados o nominativos por el uso de la cibernética.

Es que la actividad del Estado exhibe hoy en muchos países dos aspectos bien diferenciados. Por un lado está el aspecto del Estado cuya organización constitucional le asigna funciones propias de la soberanía política y que justifican su existencia: asegurar la defensa de la Nación, promover el bienestar común asegurando los beneficios de la libertad, hacer y aplicar la ley para realizar la justicia y garantizar la seguridad jurídica. Por otro lado aparece otro aspecto del Estado que ejerce actividades ajenas a aquellas funciones esenciales. El Estado regula la producción y el consumo, controla precios y abastecimientos, administra empresas que tienen el monopolio de los servicios públicos, sin considerar aspectos culturales y sociales en los cuales la intervención del Estado parece excesiva.

Una concepción totalitaria del Estado a través de programas políticos de gobiernos de inspiración socialista, lo coloca en el centro de la vida comunitaria desplazando unas veces y regulando excesivamente otras, la actividad de los

particulares en desmedro de la libre iniciativa, del esfuerzo y de la capacidad creadora de los individuos.

Hace ciento cincuenta años decía Benjamín Constant en su *Cours de Politique Constitutionelle*: "El gobierno fuera de su esfera no debe tener ningún poder; en su esfera nunca tendría demasiado".

Hoy Alain Madelin, actual ministro de Industria del gabinete francés de Jacques Chirac, propugna "Moins d'Etat; Davantage de Droit" (ver su comentario en "Le Figaro", Magazine del 20 de junio de 1985). Menos Estado exige delimitar la frontera entre la sociedad civil y el Estado, poniendo un límite a éste para que su avance no termine por aniquilar la actividad que el individuo debe libremente realizar en la sociedad. Más derecho significa atribuir a los hombres las facultades jurídicas que, como derechos subjetivos, los protegen contra los excesos del poder público conteniéndolo así dentro del Estado de derecho.

Si el Estado debe ceñirse al ejercicio de los poderes que le son propios, es también deber del Estado crear el orden jurídico adecuado mediante la formación del derecho positivo o sea un sistema de normas legales que regule armónicamente la sociedad, de tal modo que cada individuo pueda realizar su destino en plenitud y libertad sin otro límite que el que le imponen la moral y el debido respeto de los demás.

El catedrático español Jesús González Pérez, que nos visitara durante el mes de junio pasado, dijo al incorporarse a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España el día 5 de mayo: "El hombre como ser superior de la Creación, como Señor del Universo, con un destino trascendente que cumplir como sujeto y protagonista del Derecho, es el destinatario de la actividad del Estado. El Estado sólo está justificado por el cumplimiento de un gran fin, el bien de los súbditos. Todas sus funciones responden a esa finalidad última, de aquí la posición instrumental que le corresponde con respecto al libre desarrollo y a la realización del destino del hombre". (*La Dignidad de la Persona*, p. 49, Madrid, 1986).

A su vez, Julián Marías al referirse a "la libertad en juego", en "La Nación" del 14 de junio pasado, afirmaba que el Estado debe ser enérgico, pero tiene que limitarse a sí propio, es decir, tener configuración, no extravasarse de sus fronteras propias, precisamente para tener plena eficacia en ellas y no invadir lo que corresponde a la sociedad.

Hemos insistido en este aspecto del "Etat Sauvage", como se la llama hoy en Francia a esta estructura política que por obra de los gobiernos socialistas está omnipresente más allá de las libertades y garantías que consagran sus instituciones fundamentales, las cuales son formalmente respetadas pero realmente violadas en el ejercicio del poder.

También hemos señalado los riesgos de la informática frente al derecho de los individuos a la preservación del secreto de la vida privada. Como corolario de ello corresponde señalar que existe el peligro de que cuanto mayor sea la intervención del Estado, más amplia su penetración dirigista, la técnica de la informática constituirá un instrumento idóneo para la realización de esos fines, utilizándola cada vez con mayor frecuencia y más intensidad en desmedro del respeto debido a la intimidad y a la libertad de las personas.

Hemos señalado los principales peligros que comporta la generalización de los sistemas automatizados de acumulación de datos en cada ordenador y la divulgación de ellos por medio de la interconexión de diversos grupos operacionales. Esos peligros atentan eventualmente contra el secreto de la vida privada que, como dijimos, es un derecho de la personalidad de singular trascendencia y cuya protección ha sido el objeto de tratados y convenciones internacionales.

Va de suyo que la informática como sistema de comunicación computarizada tiene relación con el derecho a la información que es también un derecho de la personalidad pero solamente en tanto y en cuanto pertenece al género de la comunicación humana. El derecho a la información constituye un derecho humano de jerarquía constitucional que consiste en la facultad de cada individuo de recibir y divulgar información por los medios de comunicación social sean éstos

orales, escritos o gráficos, como la prensa escrita, la radio, la televisión o el cinematógrafo.

La informática, por su parte, es una técnica de comunicación por cuyo medio se reciben informaciones, se acumulan, se conservan, se intercambian datos; su función no hace a la esencia del derecho a la comunicación social sino que sirve de instrumento de tecnología avanzada al servicio del progreso de la sociedad en investigación científica, en la administración pública, el comercio, la industria, la educación y la cultura.

Estos procedimientos automatizados e interconectados pueden afectar el secreto de la vida privada y consecuentemente ocasionar daños a los particulares que resulten involucrados en la aplicación de los procesamientos electrónicos de datos.

La operatividad dolosa o simplemente culposa de este instrumento técnico puede dar lugar a un ataque a la vida privada en el aspecto de la preservación de la identidad de la persona, su perfil moral, su situación patrimonial y no alcanza obviamente a la voz y la imagen. En efecto, por una parte, la recolección de datos falsos o inexactos sobre el nombre, edad, filiación, profesión, domicilio, etc., deforma la identidad alterándola dentro de lo que en la técnica informática se denomina información nominativa. Lo mismo sucede si los datos de una persona son falsos en punto a sus ideas políticas, filosóficas o religiosas, como también si se recogen referencias equivocadas sobre sus ingresos o situación patrimonial.

Luego, por la interconexión de los sistemas se opera el tratamiento automatizado de informaciones nominativas que puede dar por resultado una categorización del individuo creando un perfil abstracto de la persona no solamente en su realidad psicofísica, sino también en relación con su ideología y su condición patrimonial.

A todo ello se suma la conservación indefinida de los datos en los centros de concentración o bancos y la posibilidad de una indebida utilización de ellos desviándolos ilícitamente del fin para el cual fueron recogidos.

Demás está decir que los daños que de todo ello pueden derivar, afectarían en algunos casos el patrimonio del encuestado perjudicándolo por la frustración de una ganancia legítima esperada resultante de una negociación en gestión del desempeño de una actividad pública o privada o del ejercicio de una profesión, etc. También puede causar daño moral por los padecimientos que sufra la víctima en la órbita de su patrimonio moral subjetivo y aun en el aspecto objetivo de su reputación lo cual configuraría ya una lesión al honor, que es otro valor distinto de la intimidad pero que goza de la protección como derecho de la personalidad.

La cuestión se sitúa entonces en el campo de la responsabilidad civil. Allí se advierte que conforme al principio del art. 1109 de nuestro Código Civil, "todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio".

La responsabilidad por el daño causado corresponde al dueño o a quien utilice o explote un tratamiento automatizado de información. La responsabilidad sería extracontractual si no mediare entre aquellos y la víctima un contrato para realizar la operación en el interés de ésta.

El factor de responsabilidad sería subjetivo y consistiría en la culpa o dolo de quien opera el sistema automatizado o por cuenta de quien se realiza la operación, pues por mucho que los tratamientos computarizados emplearen cosas es decir los ordenadores o computadores y todos los medios magnéticos que forman el sistema, la recolección de datos y los programas de aplicación así como el resultado de la información, son obra de la voluntad y la acción del hombre. Por esto puede afirmarse que la responsabilidad se opera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del hombre con las cosas que le sirven de instrumento y la culpa resulta presumida conforme a lo dispuesto en la primera parte del agregado al art. 1113 después de la reforma de la ley Nº 17.711. Si la acción fuese delegada en operadores del sistema, la responsabilidad sería del principal de acuerdo con la primera parte de aquel artículo del Código y con fundamen-

to en el factor objetivo de garantía que hace inexcusable esta responsabilidad.

Si la protección de la vida privada es un derecho del hombre como ha sido reconocido en la Declaración Universal de 1948, en el Pacto de las Naciones Unidas de 1966, en la Convención Europea de 1950 y en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, los Estados signatarios adherentes están obligados a respetar ese derecho y adoptar en su legislación los instrumentos normativos indispensables para que ellos se cumplan. La legislación deberá contemplar la adecuada relación entre una justa protección del derecho a la privacidad y la posibilidad del uso de los sistemas automatizados.

Para llenar esta necesidad se dictó en Francia el 6 de enero de 1978 la ley relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.

Esta ley contiene en su Capítulo I, *Principios y Definiciones*. En el art. 1º se prescribe que la informática debe estar al servicio de cada ciudadano. Su desarrollo debe operarse en el marco de la cooperación internacional. No debe atentar contra la identidad humana, ni contra los derechos del hombre, la vida privada, las libertades individuales o públicas. Dice más adelante el texto legislativo que ninguna decisión de justicia que implique una apreciación sobre el comportamiento humano puede tener por fundamento un tratamiento automatizado de las informaciones que den una definición del perfil o de la personalidad del interesado. Lo mismo se dispone respecto a decisiones administrativas o privadas que no podrán tener ese único fundamento.

Después de señalar el alcance restringido de las informaciones automatizadas, define la ley francesa lo que se entiende por información nominativa y por tratamiento automatizado de informaciones nominativas. Lo primero son las informaciones que permiten la identificación de las personas físicas, y lo segundo es el conjunto de operaciones realizadas por medios automáticos relacionados con la reco-

lección, registro, modificación, conservación, y destrucción de informaciones nominativas, así como las operaciones que se refieren a explotación de ficheros o bancos de datos especialmente las interconexiones, consultas o comunicaciones de informaciones nominativas.

La ley establece los derechos y garantías de las personas en orden al conocimiento y control de las informaciones, a la posibilidad de formular oposición, corrección y actualización de datos, así como a velar porque ellos sean utilizados conforme a la finalidad para la que fueron recolectados.

Se crea en el mismo texto legal la Comisión Nacional de la Informática y de las Libertades encargada de hacer cumplir las disposiciones de la ley y con poder reglamentario en los casos en ella previstos.

El régimen adoptado en Francia somete a un riguroso control los tratamientos automatizados, públicos o privados, de informaciones nominativas para que ellos sean efectuados de acuerdo con la ley. Con excepción de los casos en que esté previsto que deben ser autorizados por la ley, los tratamientos automatizados operados por cuenta del Estado, de un establecimiento público o de una persona moral de derecho privado a cargo de un servicio público, deben ser decididos por acto reglamentario después de un dictamen fundado de la Comisión Nacional. Los tratamientos automatizados de informaciones nominativas por cuenta de otras personas distintas de las enunciadas, deben previamente ser objeto de una declaración ante la Comisión Nacional, comprometiéndose a que el proyecto satisfaga los requisitos de la ley.

Para las categorías más corrientes que no comportan manifiestamente atentados a la vida privada o a las libertades, deberán ajustarse a normas simplificadas, consistentes en declarar la persona que presenta el pedido, las características y finalidad del tratamiento, cómo se ejercerá el derecho de acceso a las informaciones registradas, cuáles serán las interconexiones que pongan en relación las informaciones, así como su cesión a terceros; deberán también in-

dicar las disposiciones tomadas para asegurar los tratamientos y las informaciones, así como la garantía del secreto protegido por la ley.

Cabe destacar la prohibición de recoger datos por medios fraudulentos o ilícitos, así como poner o conservar en memoria, salvo permiso expreso del interesado, datos relacionados con los orígenes sociales, opiniones filosóficas, políticas o religiosas, o afiliación sindical de las personas.

Se reglamenta en la ley el ejercicio del derecho de acceso a las informaciones, así como la comunicación que el interesado debe obtener a fin de poder exigir, llegado el caso, que las informaciones que le conciernen si son inexactas sean rectificadas, completadas o aclaradas.

Finalmente se establecen graves penalidades para quienes pongan en funcionamiento tratamientos automatizados que infrinjan las normas de la ley.

De todo lo que hemos expuesto resulta que la preocupación por el empleo de la informática radica en la recolección de datos personales de los individuos mediante encuestas que luego serán automatizadas y acumuladas en bancos de datos. Esos datos intercambiados en sistemas interconectados de ordenadores permiten el tratamiento de informaciones nominativas que dan por resultado una categorización de la persona con exclusión de aspectos culturales y morales configurativos de la personalidad. Esa individualización queda registrada en los centros de computación indefinidamente y sirve a la información requerida a cada banco de datos. De allí la trascendencia de las garantías que solamente una legislación adecuada puede proporcionar a los particulares para la verificación y control, rectificación y actualización de esos datos que tan de cerca afectan al derecho a preservar el secreto de la vida privada.

La cuestión es por tanto ajena a la importancia que la informática tiene en el desarrollo de la investigación científica, en la promoción de la actividad industrial y comercial de las empresas, en la función pedagógica como auxiliar eficaz de la enseñanza, en la organización de la admi-

nistración pública y en el control del cumplimiento de las obligaciones fiscales, mediante programas o "softweare" para constituir soportes lógico-magnéticos del conocimiento o información automatizada.

El ejemplo de Francia debe ser seguido por los demás países a medida que el empleo de las técnicas automatizadas de información se generalizan, de manera tal que el propio Estado ponga un límite razonable a su creciente intromisión en la privacidad de los ciudadanos, concediendo a éstos en el marco de un ordenamiento legal adecuado, las garantías de respeto a la vida privada que el propio Estado ha reconocido en Convenciones y Pactos Internacionales como un derecho del hombre y se ha comprometido a convertirlo en libertad pública individual como derecho subjetivo del orden jurídico interno.

PERSONA Y DERECHOS PERSONALÍSIMOS. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INTIMIDAD Y DERECHO DE RÉPLICA

Disertación pronunciada por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía, en oportunidad de la V Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada los días 16 y 17 de octubre de 1986

I

1. — La protección jurídica de la intimidad y el derecho de réplica —asuntos de los que se ocupan dos proyectos de ley radicados en el H. Congreso de la Nación—, obligan a penetrar en el ámbito propio de los derechos personalísimos y a discurrir en términos sumarios sobre su naturaleza y caracteres.

2. — Supuesto que al hombre se le atribuye una cierta personalidad jurídica, hay que reconocer *ab-initio* que existe un cúmulo de derechos consustanciados con ella, sin los cuales no es posible concebir la atribución ni el respeto de la personalidad. Y en ese orden de ideas, es obvio que la personalidad debe ser preservada contra toda agresión que afecte la vida psíquica, intelectual, moral, económica del hombre, y que hay que hacer pacífico el desarrollo de sus facultades, en relación con el derecho de sus congéneres y las atribuciones del Estado.

3. — Cuadra admitir, sin embargo, que los derechos personalísimos tienen contorno incierto e inspiran doctrina y jurisprudencia variada y a veces contradictoria. Place hablar con facundia del derecho a la vida, a la libertad, a la pleni-

tud física y psíquica de la persona, al honor, a los afectos familiares, al pleno ejercicio de la actividad intelectual, sentimental, económica, etc., que todos ambicionamos. Y es corriente afirmar que esos derechos escapan, como principio al trato convencional, a las transacciones ordinarias, porque están ligados al pleno desarrollo de la personalidad, porque definen y defienden a la personalidad misma, porque responden a una muy sensible valoración ética y exigen al máximo el respeto y la protección celosa de sus titulares.

4. — Empero, no cuesta mucho admitir que los derechos personalísimos sufren agresiones frecuentes y depredatorias favorecidas, incluso, por progresos técnicos ininterrumpidos y realidades sociales y políticas contemporáneas. Baste mencionar el acoso de los derechos personalísimos por el uso abusivo o agraviante de la imagen, del nombre, de la correspondencia y, en general, de la palabra y del texto ajenos.

5. — En suma: hay derechos inherentes a la existencia y a la dignidad de la persona humana que deben ser protegidos por la ley.

6. — Pero instrumentar esa protección no es fácil. La primera cuestión es saber cómo y desde qué parte del ordenamiento jurídico debe hacérsela efectiva. ¿Se trata de un problema de derecho privado, de derecho público o de ambos a la vez? ¿Cae en el ámbito propio de la responsabilidad civil o exige la reacción más diligente y enérgica de la responsabilidad penal? ¿Reclama las previsiones de una ley específica? ¿Debe encararse por ambas ramas del derecho —el público y el privado— pero con enfoques distintos? ¿Puede decirse —como dicen algunos— que es más confiable, sobre todo en los tiempos que corren, adelantar la protección que les brinde el derecho común, el derecho privado, que valerse de las declaraciones más ampulosas pero menos operativas del derecho público, insertas en algún texto constitucional? ¿Bastan para proteger el derecho a la vida, a la liber-

tad, a la intimidad, al honor, a la preservación de la salud física, intelectual y moral de la persona las disposiciones atinentes del Código Civil, como el art. 1382 del Código francés o el art. 1109 del Código argentino, o hay que alzar el vuelo y remitirse a una esfera más cernida?

7. — La Asociación Henri Capitant trató este asunto en las Jornadas Franco-Suizas de 1946. No hay que olvidar que la protección de los derechos personalísimos tiene cabida en el art. 19 del Código Suizo de las Obligaciones, en relación con los arts. 27-29 del Código Civil. No hay que olvidar tampoco las aportaciones del derecho privado alemán, italiano portugués, etc., y algunas pautas tan sugerentes como las que proporcionan el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el art. 5 de la Declaración de Bogotá de 1948, el art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos de 1950, los pronunciamientos de algunos congresos internacionales de juristas o expertos de las Naciones Unidas, algunos textos constitucionales como los que lucen en la Constitución del Brasil (art. 153) y aun en nuestra propia Constitución (arts. 14 17, 18, 19, 31, 32) y algunas leyes especiales como la suiza de 1958, la alemana de 1967 o las francesas de 1970 y 1978 para no mencionar anteproyectos y proyectos de notoria significación y tratados internacionales de proyección continental, como el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por nuestro país según ley Nº 23.054.

8. — Con referencia a nuestro ordenamiento jurídico parece innecesario añadir que al abordar el asunto que nos ocupa cabe tener presentes las disposiciones del Código Penal que reprimen las calumnias e injurias, la violación del domicilio, la violación de la correspondencia, la violación del secreto profesional y otras violaciones aún más agraviantes, así como algunas leyes de antigua data, v. gr. la Nº 11.723 que protege significativos valores intelectuales y morales.

9. — Sobre el refinamiento y la amplitud de los medios con que pueden atacarse los derechos personalísimos, amén de los ya mencionados, piénsese en el hipnotismo, los narcóticos, los barbitúricos, el pentotal, el lavado de cerebro, el detector de mentiras, el suero de la verdad y los inyectables de una nutrida gama, sin olvidar que este es un cambio abierto a la incorporación de las más sorprendentes y eficaces aportaciones.

10. — En fin; en punto a la información bibliográfica nacional y extranjera, bien puede calificarse de copiosa. En nuestro país, adelanto la mención de los trabajos de Bielsa, Orgaz, Goldsmith, Osorio, Cifuentes, Díaz Molina, Gatti, Mosset Iturraspe, Masnatta, etc. La tesis de Cifuentes, editada en 1974, proporciona a esa fecha un nutrido listado.

II

11. — Quizá no esté demás advertir que, en alguna medida, el tema de esta disertación remite a antecedentes históricos nacionales dignos de ser recordados.

Producida la Revolución de 1810, fue una primerísima preocupación de las nuevas autoridades dictar los decretos de Seguridad Individual y Libertad de Imprenta.

La Junta Grande, el 20 de abril de 1811, aprobó el reglamento redactado por el Deán Funes que abolía la censura pero responsabilizaba por el abuso de la libertad de imprenta. Castigaba, pues, los libelos difamatorios, los escritos calumniosos, pero mantenía la censura en materia religiosa, y "para asegurar la libertad" creaba en Buenos Aires y en cada Capital de provincia una "Junta Suprema de Censura".

El Primer Triunvirato, el 26 de octubre de 1811, emite el Decreto sobre Libertad de Imprenta, semejante al anterior y en el cual se prescribe que "todo hombre puede publicar sus ideas libremente y sin previa censura". Pero a renglón seguido se añade que "el abuso de esta libertad es un cri-

men" y que "su acusación corresponde a los interesados si ofende el derecho de los particulares y a todos los ciudadanos si compromete la tranquilidad pública". En su caso, el castigo corresponderá a la justicia. Pero la tercera parte de los votos en favor del acusado hará sentencia.

12. — El Estatuto Provisional de 1815 y el de 1816 dado por la Junta de Observación y aprobado por el Congreso de Tucumán en 1817 reiteran la misma política. Y ya en ámbito más propio, la Constitución de 1819 garantiza la libertad de publicar las ideas por la prensa, aclarando que se observarán al respecto las reglas que el Congreso tiene aprobadas provisoriamente, hasta que la Legislatura las varíe o modifique.

Años más tarde, en la Constitución de 1826, el art. 161 garantiza la libertad de publicar las ideas por la prensa, sin adición o condicionamiento alguno.

13. — En la provincia de Buenos Aires se registran algunos antecedentes más significativos.

El 10 de octubre de 1822 se dicta la "Ley sobre los abusos de prensa", instituyendo juicios verbales a sustanciar en 48 horas. Y durante el gobierno de Dorrego, el 8 de mayo de 1828, sobreviene una ley completa y explícita para contener tales abusos: ataques contra la religión, obscenidades, expresiones contra el decoro y la decencia pública, ataques al honor y a la reputación del individuo, sátiras e invectivas que agredan o ridiculicen la persona, defectos de la vida privada, etc., individualizando a la víctima por su nombre y apellido o por señas que conduzcan a ello, aunque se ofrezca probar tales lacras. Se deja a salvo la censura de los actos u omisiones de funcionarios públicos. Y es sabido que dieron base a la ley los excesos de "El Diablo Rosado", "El hijo del Diablo Rosado", el "Pampero" y otros órganos similares.

En fin; el 1º de febrero de 1832 Rozas prohibió el establecimiento de imprentas y la publicación de periódicos sin licencia del gobierno. La medida fue derogada por el Gober-

nador López, quien restableció en su integridad la ley de 1828.

Avancemos ahora concretamente sobre la protección jurídica de la intimidad y el derecho de réplica.

III

14. — Debo reiterar aquí algunos conceptos que tengo emitidos en una disertación anterior. Es común dividir la vida del hombre en pública y privada, así como el derecho en público y privado. Ambas distinciones —la de la vida y la del derecho— son convencionales y controvertibles, pero consagradas por el uso y útiles al esfuerzo intelectual y pedagógico.

15. — Si se parte de esa división dicotómica, es correcto admitir que la vida privada gira en torno de intereses particulares que, como principio, excluyen la intromisión ajena. Pero aunque su ámbito es ceñido, cabe admitir también que no siempre la vida privada prescinde del contacto con otras personas y de la utilización de lugares públicos.

16. — La intimidad es algo más recoleto. En cierto modo es, como lo tengo escrito, la ciudadela de la vida privada. Hay un muro de recato que la defiende. Lo que acontece allí no está destinado a exhibirse ni a recibir la aprobación o la desaprobación del prójimo. En la intimidad cabe lo exquisitamente subjetivo: gestos, conductas, imágenes, manías, supersticiones, recuerdos, epistolarios. Allí duelen la intromisión y la crítica despiadadas. Y a favor del indiscreto no juega la "exceptio veritatis".

17. — Más aun. Todavía hay lugar en la vida del hombre para lo secreto, para la clausura, para lo que no puede evadirse del campo que domina celosamente la persona. Y también para la vida retirada del mundo, monacal, de anacoreta, en soledad, en meditación, en silencio.

18. — En suma: en la vida del hombre existe lo público lo privado, lo íntimo, lo secreto. A la vida pública, el prójimo puede tener acceso libre, en el marco de contadas restricciones legales; por la vida privada cabe exigir respeto, frenando la intromisión desaprensiva; para la vida íntima el acceso debe entenderse vedado, salvo nuestra conformidad o exigencias razonables del medio social; y, por último, la vida secreta, en confesión consigo mismo, no puede allanarse sin repulsa de la moral y del derecho.

19. — A veces, en el reducto vedado se penetra por error o con honesta curiosidad; a veces, con intención furtiva y maliciosa. Y el hombre defiende ese sagrado y se indigna si se trasponen sin permiso las puertas de su hogar, se fisgonea por las ventanas, se difunden sus hábitos o se estrujan sus memorias queridas.

20. — La protección jurídica de la intimidad cabe, pues, en la esfera que es propia de los derechos personalísimos. Y el abuso se consuma y se incrementa merced al desarrollo incansable de los medios de captación y difusión: prensa, fotografía, teléfono, radio, cine, televisión, grabación sonora y otros medios sofisticados puestos al servicio de la curiosidad o de la interferencia.

21. — Se anhela, por tanto, una protección efectiva. Cada día son más débiles los resguardos de la intimidad. Y el derecho debe protegerla cuando se la menoscaba.

22. — Es difícil, sin embargo, perfilar la transgresión y fijar los límites del ámbito protegido sin retacear el derecho a la información ni salvar las fronteras de una sana crítica.

En ocasiones, pueden estar de por medio intereses muy respetables de la investigación científica, de la investigación histórica, de la pedagogía social, del bien común, del orden público.

23. — Conviene, pues, sumar al reconocimiento del derecho la enunciación de las excepciones razonables, v. gr.: a) Si la persona se ha prestado voluntariamente a la intromisión que alega; b) Si se trata de revelaciones útiles que la comunidad debe conocer en mérito a la actividad trascendente que cumple el interesado; c) Si se las justifica por exigencias que consiente la ley, etc., etc.

Desde luego, son circunstancias que, según los casos, pueden presumirse o deben probarse por quien cuestiona la protección judicial.

24. — También es difícil discernir la sanción y la reparación adecuadas. La cuestión se simplifica cuando se hiere un derecho patrimonial o se vulneran ostensiblemente derechos previstos en normas explícitas, cometiendo actos ilícitos punibles, sean delitos o cuasi delitos. Pero no siempre es así. Y parece indudable que en esta índole de asuntos no cabe echar mano de tajantes responsabilidades objetivas. Por el contrario, urge proceder con cautela, ponderando intenciones, caracteres, matices, pues de otro modo se terminaría por herir o invalidar los sentidos, la conciencia, el pensamiento del hombre, al que habría que impedirle ver, leer, razonar, para ponerlo al abrigo de la sanción.

25. — A los temperamentos vivos se les ocurre pronto salir al paso de las extralimitaciones con drásticas medidas capaces de poner en peligro los intereses que se intenta preservar: la censura, el monopolio estatal de los medios de información y difusión, las centrales de inteligencia, etc. Lo difícil —claro está— es dar con el censor que se autocensure...

26. — Y otro punto difícil es precisar el carácter que debe revestir la sanción. Lo más común —y tal vez lo más efectivo— será la sanción civil indemnizatoria, aunque es obvio que la sanción pecuniaria no repara de lleno el honor ofendido ni borra la imagen desdorosa difundida "urbi et orbi".

También se ve justa la disposición judicial que requisa

los elementos con que se perfeccionó el acto reprobable (publicaciones, grabaciones, panfletos, etc.), así como la orden que haga cesar la transgresión y obligue a resarcir el perjuicio. Pero siempre será cierto aquello tan desdoroso que practican sin escrúpulos los audaces y los desprejuiciados: miente, calumnia, difama, porque siempre algo queda...

27. — De cualquier modo, si se decide legislar sobre este espinoso asunto especialmente en el ámbito que es propio de la legislación civil, parece necesario, como escribíamos en 1975:

a) ubicar la materia, de ser posible, en una sistematización general de los derechos personalísimos;

b) reconocer el derecho a la intimidad y acordarle protección jurídica, formulando las excepciones razonables que orienten el juicio de los magistrados;

c) no instituir responsabilidades objetivas;

d) recordar que, sobre el punto, hay normas ya incorporadas a nuestro derecho positivo, constitucional, civil y penal;

e) consultar las aportaciones del derecho comparado y de la jurisprudencia nacional y extranjera;

f) tener presentes, en todo momento, las garantías y derechos individuales que pueden verse afectados por el régimen legal que se instituya.

IV

28. — En materia de protección jurídica de la intimidad y para esclarecer la incorporación de este instituto a nuestro derecho privado positivo, parece útil referirse ahora, en primer término, al trámite de la llamada ley 20.889, promulgada por decreto nº 1180 del 1º de octubre de 1974, y que motivó mi impugnación inserta en la revista "El Derecho", t. 58, p. 699.

Como lo dije allí, se incurrió entonces en palmario error al pronunciarse el Senado sobre un texto distinto del que se aprobó por la Cámara de origen, ello a raíz de una remisión errada, incluida en el acostumbrado "paquete" de fin del año legislativo, según una práctica viciosa que supo calificar agriamente Joaquín V. González en 1911.

29. — Es obvio que el sistema bicameral supone la coincidencia de ambos cuerpos —Cámara de Diputados y Cámara de Senadores— en la formación y sanción de las leyes y que corresponde apuntar a la votación de un mismo texto para que haya ley inobjetable. Así lo entendieron los promotores del proyecto que, haciéndose eco de la buena doctrina y de algunas observaciones metodológicas y de fondo formuladas por el Dr. Alfredo Orgaz en la revista "El Derecho" (t. 60, p. 917), presentaron otro, "derogatorio" del que no pudo ser ley, y que válidamente ha dado pie a lo que es hoy el artículo 1071 bis del Código Civil.

Del texto que originariamente propuso el entonces diputado Tróccoli con otros miembros de su bancada (y también del propuesto por el Dr. Orgaz) se quitaron las palabras "aun sin dolo ni culpa", que abrían paso a una responsabilidad objetiva (ya impugnada en la Cámara de Diputados al votarse la llamada ley 20.889), y la protección jurídica de la intimidad luce hoy en el Código de Vélez, con otra ubicación metodológica, a renglón seguido del abuso del derecho, según lo dispuesto en la ley 21.173.

30. — Oportunamente nos pareció más correcta la ubicación que proponía el Dr. Orgaz (Libro II, Cap. II, De los delitos —civiles— contra las personas), como art. 1090 bis, después de referirse el Código a los delitos civiles de acusación calumniosa. Ello, claro está, supuesto que se considerara necesario legislar sobre la materia desde el Código Civil, sin tratar en él orgánicamente sobre los derechos extrapatrimoniales y en particular sobre los derechos de la personalidad.

Admitimos también la incorporación de la palabra "arbitrariamente" a la cabeza del artículo, que luce en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1848, si ha sido usada para decir "sin excusa legítima, sin apoyo en derecho", con lo cual quedan a salvo las "causas legales de justificación". Nos pareció en cambio innecesario decir —como se dice en el actual 1071 bis— que el perturbador será obligado a cesar en sus actividades ilícitas "si antes no hubiere cesado", pues creemos que razonablemente no es admisible que se ordene hacer lo que ya está hecho. Y nos pareció también innecesario decir que la norma del art. 1071 bis funciona "siempre que el hecho no fuere un delito penal", porque en el régimen orgánico de nuestra legislación positiva no creemos que pueda darse la supuesta superposición de legislaciones y sanciones ni que en todo caso se las conjure de ese modo. En fin, consideramos útil que, conforme con lo propuesto por el Dr. Orgaz, se añadiese que la indemnización debida habrá de fijarse "equitativamente y de acuerdo con las circunstancias por el juez", descartando la aplicación estricta de las pautas clásicas con que se computa la indemnización integral en el derecho de las obligaciones. Y, por último, nada observamos a la posibilidad de ordenar la publicación de la sentencia como una adecuada vía de reparación, sobre todo cuando el ataque a la intimidad se hizo público mediante la utilización de periódicos u otros medios de notoriedad y virtud parecida (radio, televisión, etc.), mereciendo destacarse que el Código Suizo de las Obligaciones tiene una disposición en igual sentido.

V

31. — He de referirme ahora a la última etapa que se cumple en este delicado asunto, con trámite en el H. Congreso de la Nación.

32. — Dos proyectos son los que han motivado las inquietudes y observaciones que intentaré resumir seguida-

mente. Uno proviene del Poder Ejecutivo de la Nación y según su mensaje tiende a proteger los derechos personalísimos, a fin de instaurar un régimen de máximo respeto de los derechos humanos y de efectiva tutela de la dignidad de la persona. Ostensiblemente sustituye el art. 1071 bis del Código Civil e incorpora otros tres con el propósito de "precisar las consecuencias civiles de la violación de los derechos a la vida y a la integridad corporal, a la propia imagen, a la integridad moral, al nombre y a la intimidad", adecuando las normas protectoras de dichos derechos "a los avances científicos y tecnológicos, especialmente en lo relativo a la acumulación de datos por los sistemas de informática", e incidentalmente consagra lo que denomina, sin mucho desarrollo, el "derecho de réplica". El segundo proyecto, anterior en fecha, lleva la firma del senador Ricardo E. Laferrière y en 17 artículos aborda detalladamente este último asunto, a propósito del cual merece recordarse que en 1934 el senador Matías G. Sánchez Sorondo produjo una iniciativa afín que fue rechazada, tras agudo debate, con intervención de los senadores Palacios y Eguiguren.

33. — Del primer proyecto, cuyos autores aducen en su apoyo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las aportaciones más recientes del derecho comparado, me ocuparé, en punto a la protección jurídica de la intimidad, remitiéndome a lo que llevo escrito en la comunicación antes glosada, dirigida a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires el 4 de diciembre de 1975 ("Anales", segunda época, año XXI, nº 16), con las actualizaciones a que hubiere lugar, principalmente en lo que hace a la inclusión del derecho de réplica. Del segundo me ocuparé, si cabe, con mayor atención, pues ha recibido despacho favorable de la Comisión de Legislación General de la Cámara respectiva y adelanto que, a mi juicio, puede dar pie a un contralor informativo y doctrinario de vastas proyecciones y afectar con su régimen, entre otros derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional,

el de publicar las ideas por la prensa sin censura previa y los de propiedad y defensa en juicio, generando tal vez efectos no queridos y seguramente contrarios a los que se proclaman en la fundamentación respectiva.

34. — En verdad sorprende que tras corto lapso —apenas una década— desde la sanción de la ley 21.173, que introdujo en el Código Civil el art. 1071 bis sobre protección jurídica de la intimidad, se propugne ahora la sustitución de ese texto por otro comprensivo de múltiples disposiciones (arts. 1071 bis, 1071 ter, 954 bis y 53 bis), que no sólo amplía aquella protección precisando distintas hipótesis (ataques a la imagen, al nombre o seudónimo, a la privacidad del domicilio, a la reserva de las comunicaciones, a la mortificación de las costumbres o sentimientos), sino que enumera los recursos de que puede valerse el transgresor para alcanzar ese fin (v. gr., aparatos para grabar, filmar, observar, escuchar, así como técnicas de intromisión en la personalidad psicológica, tales como la hipnosis o el suministro de sustancias que alteren las funciones orgánicas normales del individuo). Añádase que se prevé igual pena que la dirigida a reprimir los ilícitos detallados anteriormente *para el que acumule datos, sea o no mediante sistemas de informática, y no permita la verificación de la amplitud y el tenor de los mismos*, como también para el que atente contra el honor personal o profesional, en vida o después de la muerte del agraviado, precisando en una y otra hipótesis quiénes serán los titulares de la acción; y que en la misma norma —como se ve de extenso desarrollo— se desliza el *derecho de réplica, que se ejercerá como rectificación* a difundir por el mismo medio y con iguales características; se autoriza la disposición parcial y temporal de los derechos reconocidos en ella y se limita la representación legal de los menores agraviados, pues deberá contarse con su consentimiento para promover la acción si son mayores de 14 años (es decir, menores adultos cuya incapacidad es la regla general), salvo disposición expresa

de la ley, que en el caso subexamen se considera pertinente (confr. Cód. Civ., arts. 55 y 127).

Tras este extenso artículo, grávido en previsiones prolijas y dispares, el art. 1071 ter declara de aplicación las mismas normas que regulan los actos ilícitos al que sometiere a otro contra su voluntad a un tratamiento médico, pero deteniéndose a precisar quiénes *deberán hacerlo* (el cónyuge, el representante legal o el pariente más próximo) si el paciente no estuviere en condiciones de proveer por sí mismo.

La norma tiene una latitud que sugiere mucho, pues admite además la imposición del tratamiento cuando las personas indicadas no estuviesen presentes o cuando la negativa fuera manifiestamente irrazonable y la decisión tuviera por finalidad evitar un mal al paciente de marras. Se tratan, incluso, hipótesis en que la voluntad del paciente no será requerida, v. gr. tratándose de exámenes, vacunaciones, tratamientos o internaciones ordenadas por autoridad competente —que no se precisa— o cuando medie un interés general, aclarándose, eso sí, que ante el requerimiento del paciente o de su representante éstos deberán ser informados sobre el tratamiento que se aplicará y sus posibles consecuencias.

En cuanto al art. 954 bis, declara anulables los actos jurídicos cuyas prestaciones pongan en peligro la vida o la integridad física de las personas, siempre que pueda presumirse razonablemente "que se obligaron mediante necesidad, ligereza o inexperiencia". De tal modo, se amplían los términos de la lesión subjetiva para una hipótesis extrema no patrimonial.

En fin; el art. 53 bis, luego de apuntar que toda persona capaz de otorgar testamento puede disponer de cualquier forma el modo y las circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la donación de todo o parte de su cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar (ley 21.541), aclara que no pudiéndose acreditar la voluntad del fallecido, la decisión sobre los primeros puntos (excluida la donación de todo o parte del cadáver) corresponderá al cónyuge no divorciado ni sepa-

rado de hecho y a los parientes en el orden sucesorio abintestato, añadiéndose que la decisión deberá adoptarse por unanimidad y que en caso de no logrársela resolverá el juez, a quien se autoriza a alterar los principios expuestos si mediaran razones que lo justifiquen.

A juicio del Poder Ejecutivo, las reformas propuestas modernizan el Código Civil y regulan derechos reconocidos explícita o implícitamente por la Constitución Nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema, haciéndose cargo de avances científicos y tecnológicos.

35. — El segundo proyecto —el del senador Laferrière— no toca al Código Civil y se ciñe a legislar circunstanciadamente sobre el derecho de réplica. Sus disposiciones apuntan a toda información o juicio de conocimiento, artículo o comentario, dato o noticia con posibilidad de verificación objetiva, comprobación o constatación fehaciente, cuya difusión se haya producido. Se excluyen los juicios de valor, opiniones, apreciaciones o hipótesis no fundadas en pruebas sobre los hechos o circunstancias a que se refieren (arts. 1/3).

Se encuentran alcanzadas por las disposiciones de la ley las agencias noticiosas y los reportajes, conferencias de prensa, comunicados, entrevistas, correspondencia o participación de terceros, trascendidos, versiones, rumores o expresiones análogas (art. 5º).

La réplica deberá difundirse en un plazo no mayor de 48 horas, a contar desde la notificación del pedido o desde el acto jurisdiccional condenatorio en su caso. Los gastos que se ocasionen serán a cargo del medio que difundió la información, con la posibilidad de repetir contra el causante (arts. 6º y 8º).

Ante la negativa, procederá la acción judicial con procedimiento sumarísimo y facultades muy extensas del órgano jurisdiccional, que incluyen la clausura y el levantamiento del programa. Bien entendido que se deja a salvo

la posibilidad de reclamar las reparaciones propias de la acción civil o penal (arts. 9º, 10º y 11º).

Declárase que *la ley es de orden público y de garantía de la veracidad informativa* (art. 17º).

El proyecto a que nos referimos, con supresiones y reajustes, cuenta con la media sanción del Senado. Empero, merece aclararse que el dictamen de la Comisión revisora ha suprimido del art. 10º, inc. e) la posibilidad de que el órgano jurisdiccional decrete la clausura de la publicación, el levantamiento del programa o la prohibición de la emisión, según fuera el caso.

Este proyecto, fundado en la necesidad de obtener una información veraz, de moralizar la difusión y garantizar el derecho de defensa frente a la tergiversación de la noticia, ingresó a la Cámara de Senadores el 30/9/84. Un año y casi dos meses después, el 26/7/85, ingresó a la Cámara de Diputados el proyecto del Poder Ejecutivo que antes se resume.

VI

36. — En lo que hace al proyecto del Poder Ejecutivo y a la ampliación que se propugna en punto a la protección jurídica de la intimidad, sigo pensando que es difícil pronunciarse sobre el tratamiento metodológico y sobre la extensión de la protección acordada. Sigo pensando, también, que es conveniente no mechar al Código Civil con disposiciones que alteren su concepción orgánica, su equilibrio, su filosofía, y que, en todo caso, pueden caber en la ley especial que acoja la solución extraordinaria. Sigo pensando, en fin, que es difícil pronunciarse sin hacerse cargo de algunas excepciones, pues como lo dije en la comunicación citada a la Academia Nacional de Derecho, la protección sería razonablemente descartable: a) Si se tratara de revelaciones a que se prestó voluntariamente la persona, v. gr. concediendo reportajes, entregando correspondencia, facili-

tando la labor fotográfica, filmada, grabada, televisada, etc.; b) Si se tratara de revelaciones que es útil y hasta necesario proporcionar a la opinión pública en mérito a la actividad de la persona, para responder al reclamo de quienes exhiben un interés legítimo y necesitan estar informados sobre extremos que inciden seriamente en la vida de la comunidad; c) Si se tratara de revelaciones justificadas por la investigación histórica —una vez transcurrido el lapso prudencial que da perspectiva a los hechos y no desfigura la imagen de los protagonistas— o por la conveniencia de ilustrar sobre el sentido y alcance de pronunciamientos administrativos, judiciales o arbitrales de interés general; d) Si se tratara de temas que interesan a la seguridad y a la administración de justicia, como son, sobre todo, los que tienen origen en la represión del delito y en la identificación de los delincuentes, etc., etc. Bien entendido que quien se consagra a una actividad pública (y especialmente quien tiene la obligación de rendir cuentas a la opinión, como es el caso del político), mal puede agraviarse si lo que se difunde atañe al correcto ejercicio y contralor de esa actividad; que quien se promociona adelantando detalles íntimos de su vida, mal puede agraviarse si el comentario o la imagen que se impugna lo exhibe en esa situación; que quien ha producido el propio relato del asunto escabroso o lo tiene incluido en sus memorias, tampoco puede agraviarse si lo emula la competencia; y, en fin, que quien elige un lugar público para mostrar su intimidad y difundir su imagen y su opinión controvertibles, mal puede agraviarse por que un observador prolijo lo recoja y lo comente.

37. — Dije también —y lo reitero— que en esta índole de asuntos no caben responsabilidades genéricas y objetivas. Y agregué que si lo que se quiere es salir al paso de informaciones desaforadas, irreflexivas, deformantes, que comprometan la paz, el honor, la dignidad de las personas, urge proceder con cautela, porque de otro modo es fácil caer en soluciones acaso bien inspiradas pero que ponen

en peligro, precisamente, los altos valores que se intenta preservar.

Cuando la índole de la cuestión lo consienta —añadi— un temperamento drástico y desaprensivo *podría animarse a propiciar como solución la censura,* y la Constitución Nacional es el óbice que de ese modo se olvida. O podría también pensarse en un *desmesurado ejercicio del derecho de réplica* —versión intelectual de la ley del talión como se ha escrito alguna vez— que no siempre resulta eficaz, porque es común que la réplica sólo agrave la difusión de la infamia.

Y en fin; abundan los que suelen decir que estos males se corregirían con el *monopolio estatal de los medios de comunicación.* Y en este orden de ideas están prestos a sugerir que no sería ilógico que la libertad de prensa coexistiese con el monopolio de las agencias informativas, de la televisión y de la radio. Lo que no se dice —claro está y ya lo hemos apuntado antes— es que el Estado no se autocensura en sus ediciones o emisiones, allí donde el régimen legal consiente el antedicho monopolio.

38. — Sería del caso ahora referirse con mayor extensión al proyecto del senador Lafferrière, especialmente dirigido a consagrar el derecho de réplica.

Ese derecho es entendido como la facultad que tiene toda persona de exigir que el periódico u otro medio de difusión que haya publicado o difundido una información injusta, ofensiva o errónea, susceptible de menoscabar su reputación, publique o difunda también, inmediatamente y sin cargo, una respuesta rectificatoria, con presentación tipográfica, imagen, ubicación, dimensiones, etc., de las mismas características y en el mismo órgano o por el mismo medio de difusión de que se trata.

39. — La figura condice con el sagrado derecho de defensa, pero hay que reconocer que no es fácil dar con la instrumentación adecuada. La réplica puede convertirse en

vehículo de promoción para un supuesto damnificado y generar también considerable perjuicio económico, constitutivo de una verdadera pena sin proceso anterior, para el órgano periodístico u otro medio de difusión forzado a conceder gratuitamente el espacio que la acoja. Se ha dicho que a menudo puede ser peor el remedio que la enfrmedad y se ha argumentado en su contra con el derecho a una irrestricta información, con el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa, con el derecho de propiedad a aun con otros derechos y garantías fundamentales.

40. — No faltan, pues, quienes estiman razonable que la nota rectificatoria y sin cargo sólo debiera tener lugar una vez acreditada la inexactitud de la publicación lesiva. Bien entendido que si la publicación configurase delitos o cuasidelitos que la ley penal o civil reprime, siempre estará abierto el acceso a la jurisdicción del tribunal competente.

Y no faltan, tampoco, quienes arguyen que un proyecto como el que nos ocupa viola los arts. 14, 17, 18, 19, 28 y 32 de la Constitución Nacional, porque impone la publicación sin sentencia previa dictada en un debido proceso; porque cohíbe el derecho de defensa, instaura la justicia privada, hiere el derecho de propiedad, excede el derecho de reglamentar las garantías individuales y crea un ilícito especial contra lo dispuesto en el art. 32 de la Ley Suprema.

41. — La libertad de expresión —se arguye— es propia de un sistema republicano de gobierno; el afectado por una publicación odiosa no está en nuestro país desprotegido por la ley; si el óbice a este aserto es la lentitud de la justicia, correspondería en todo caso perfeccionar y agilitar la instancia judicial previa, pero no invalidar o remover el sistema legal. Con el instrumento proyectado —se dice— podría desatarse contra el órgano de expresión toda una campaña de réplica masiva: el Estado Nacional, en ejercicio del derecho de réplica, tendría espacio gratuito en cualquier medio (periódicos, revistas, radio, televisión, etc.) para exponer gratui-

tamente sus criterios; la prensa diaria tendría que editar otro número para dar cabida a la réplica invasora y desbordante. Todo sin perjuicio de que el razonable derecho de réplica ya existe y se lo practica sin excepciones por la prensa seria y responsable. Todo sin perjuicio de que no puede afirmarse sin agravio genérico inadmisible que las agencias de difusión de noticias y los organismos que las proveen desfiguran maliciosamente la verdad para proteger intereses espurios defendidos en notas, comentarios o editoriales. Lo cierto —se concluye— es que se está procurando instaurar la autocensura por la vía de lo que se califica como una verdadera "ley mordaza", capaz de convertirse en vehículo de un deleznable contralor político, doctrinario y económico, como lo postulan los órganos y las entidades más caracterizadas. "La libertad tiene sus riesgos —se afirma en un editorial que tengo a la vista—, pero el riesgo mayor es suprimirla".

42. — Por último, en la literatura del tema se destaca (véase entre nosotros el *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, de Segundo V. Linares Quintana, ed. Plus Ultra, t. 4, p. 456), que la Corte Suprema de los Estados Unidos, en 1974, en el caso "Pat L. Tornillo v. 'Miami Herald' ", declaró la inconstitucionalidad de la ley del Estado de Florida sobre este asunto, como violatoria de la libertad de prensa. Se dijo allí que debe prevalecer el derecho a la información y que la sociedad debe asumir el riesgo de que un debate sobre asuntos de interés vital no comprenda ni satisfaga todos los puntos de vista encarados o en disputa.

43. — La posición adversa mueve a la invocación de la legislación y la jurisprudencia de muchos países europeos. Se abunda en la cita de la legislación francesa, a partir de la ley del 25 de marzo de 1822 y hasta concluir en los textos de 1981 y 1982 y en el decreto del 25 de mayo de 1983. Se abunda, también, en la cita de leyes concordantes de Alemania, Austria, Bélgica, Italia, España, Dinamarca, Suiza, etc., y se invoca, por último, autorizada doctrina nacional que apoya la iniciativa.

Finalmente se hace mérito de la Convención sobre Derecho de Rectificación aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1952 y del ya citado Pacto de San José de Costa Rica, que nuestro país ratificó por la ley Nº 23.054.

44. — El tema que me ocupa se consideró en prolongadas sesiones de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas que también tengo el honor de integrar. Allí se produjeron eruditas exposiciones de los distinguidos colegas Dres. Linares Quintana, Bidart Campos, Benegas Lynch, García Belsunce, Mayer, Cabral, Vicchi, Malbrán y otros, todas ricas en observaciones de interés, sugeridas por las implicancias constitucionales del asunto y abonadas por los aportes disímiles de la doctrina y del derecho comparado a que antes me he referido. Adviértase que la Constitución del Brasil consagra el derecho de réplica (art. 153, inc. 8º) y ya hemos visto que lo propio hacen la ley y la jurisprudencia de la Corte de Casación de Francia. Queda apuntado también cuál posición tiene acogida en los tribunales de los Estados Unidos de Norte América. Permítaseme tan sólo añadir la conveniencia de tener presentes las disposiciones que ya figuran en varias constituciones de nuestras provincias (Santa Fe, Salta, Santiago del Estero, v. gr.) y en precedentes jurisprudenciales vernáculos difíciles de compadecer con el régimen propio de nuestro derecho común, a juicio de ilustrados colegas (confr. C.N., art. 67, inc. 11 y Pacto de San José de Costa Rica, arts. 2, 11 y 14).

45. — Personalmente y como principio, yo creo que el derecho de réplica no está —no puede estar— coartado por ninguna disposición legal o reglamentaria, pues lo reputo natural e indeclinable y absorbido —permítaseme la expresión— por el sagrado derecho de defensa. Lo difícil es instrumentarlo sin herir otros derechos y garantías de irrelegable entidad. No soy proclive a restringir la expresión del juicio o de las ideas ni tampoco a restringir el derecho a una infor-

mación acabada, pero advierto que en lo proyectado a que antes me referí se arriesga el deterioro no de una sino de varias disposiciones constitucionales, pues me parece que es reducir bastante la cuestión si se argumenta sólo con las que protegen la expresión de las ideas por la prensa sin censura previa (C.N., arts. 14 y 32). Tengo presente, además, que si bien los derechos fundamentales de la persona no pueden ser restringidos por las leyes que reglamentan su ejercicio (ídem, art. 28), para cohibir los excesos están en los códigos de fondo y forma y aun en leyes particulares las acciones para castigar, desagraviar y resarcir cuando la conducta resulte ser alevosa, infundada y gratuita, como desgraciadamente a menudo suele acontecer.

46. — Pienso, asimismo, que las disposiciones proyectadas que me ocupan pueden dar pie —aunque ese no sea su propósito— a un posible contralor doctrinario, ideológico, político, y pueden afectar —lo que no es deseable— al derecho reconocido por la Constitución Nacional de publicar las ideas por la prensa sin censura previa, si se lo hace funcionar abusivamente como una mordaza bajo la apariencia de una justa protección de la intimidad, del honor, de la verdad, generando así, como antes he apuntado, efectos no queridos y seguramente contrarios a los que se aducen en la fundamentación respectiva. Por lo demás, una atenta lectura del articulado permite afirmar, como se ha sostenido por algunos, que en forma perentoria y gratuita, eludiendo la garantía de la defensa en juicio (C.N., art. 18), se promueve en el proyecto un cierto género de justicia privada, con un régimen extraño al que es de esencia en nuestra Ley Fundamental y que hiere también al derecho de propiedad (C.N., art. 17) en cuanto obliga a publicar sin cargo, en el mismo órgano con la misma ubicación y características tipográficas, fonéticas o de imagen y sin dilación alguna, la réplica del que se dice agraviado. De tal modo resultarían relegadas o menoscabadas disposiciones tan sustanciales como las que se consignan en los artículos 14, 17, 18, 19 y 32 de la Constitución

de 1853/60 y en los códigos de fondo y leyes especiales que castigan ilícitos civiles y penales e imponen la obligación de purgar condenas, desagraviar y resarcir. Si se quiere, como también se ha argumentado, no se habrían tenido en cuenta tampoco las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica (art. 11), ratificado por la ley Nº 20.054 que es también Ley Suprema de la Nación (C.N., art. 31), aunque personalmente no descarto que pudiera articularse la inconstitucionalidad de los tratados internacionales, en la medida en que afecten derechos y garantías reconocidos por la Carta Magna.

47. — Algunos se han preguntado si el derecho de réplica interfiere y coarta el derecho a la información o si en realidad lo depura, lo corrobora y robustece.

No puede ignorarse que hay quienes lo ejercen con verdadero fervor y a veces como instrumento de publicidad y propaganda.

Se teme, pues, que la ley acoja el derecho de réplica. Sin embargo, no faltan los que argumentan, valiéndose de cómputos estadísticos, que la réplica no coarta sino que complementa la información, de modo que los replicantes resultan ser colaboradores y no adversarios de los medios de difusión periodísticos o audiovisuales.

Personalmente no creo que todo lo que se dice y hiere sin razón el honor de los demás merezca ser rebatido. A mi entender, hay mucho que merece ser olvidado.

Además, pienso que con esto tiene mucho que ver la naturaleza del hombre y su nacionalidad y raza. Abrir paso a la réplica es sin duda una orientación que prevalece en los pueblos latinos; abrir paso a la rectificación, pero no consentir el retaceo de la información veraz, lo que prevalece en los pueblos germanos y anglosajones. Y tal vez convenga advertir ya que en nuestro idioma el asunto supone atender al uso correcto de cuatro voces de distinta significación: *aclarar, rectificar, responder* y *replicar*. Porque aclarar es quitar lo que desluce, ofusca u obscurece la claridad o transparencia

de algún juicio; rectificar es reducir a su pertinente exactitud y certeza dichos o hechos que se atribuyen a una persona; responder es dar satisfacción o respuesta a lo que se pregunta, adjudica o propone; en tanto que replicar es repulsar, repugnar, contradecir, argüir en contra de lo que se asigna o atribuye a un sujeto; alzarse contra una imputación fraguada que desmedra o lastima.

48. — El llamado derecho de réplica no puede tener en suma, una conceptualización y una aplicación lata, de modo que las sanciones a que dé origen cubren sin distingo lo que conviene a una aclaración, a una rectificación, a una respuesta. No hay que olvidar, tampoco, que contra el agravio, la injuria o la calumnia que lastiman el honor, la dignidad, la reputación de la persona, el derecho positivo abre acción judicial y, en tal caso, es lógico que la condena incluya la rectificación de lo dicho, lo escrito o lo obrado con dolo, a costa del responsable. Quien injuria, agravia o desacredita a su prójimo y en particular quien lo hace valiéndose de un medio de difusión eficiente, debe reparación y merece condena. Pero entiéndase bien: es la justicia la que debe decidir si existe o no transgresión sancionable; calumnia, injuria, intromisión en la privacidad, dolo, malicia, daño, actos depredatorios cometidos valiéndose de un medio de difusión eficaz. Y si en tal caso —repito— lo que se imputa y duele es la lentitud de la justicia, lo que corresponde es acelerarla, introduciendo las reformas procesales y de dotación y servicio que obvian el reclamo.

49. — Tampoco cabe desconocer que la aclaración, la rectificación, la respuesta y aun la réplica son habitualmente admitidas por medios serios de difusión (periodísticos, radiales, televisivos) que conocen y respetan la ética de su menester. No se trata pues de obstar por la vía del derecho de réplica a la libertad de expresión y la tarea informativa que es propia del periodismo impreso u otros medios hábiles de expresión y difusión. Está de por medio la libertad de prensa que la Constitución garantiza en normas que han de enten-

derse en su acepción actualizada, amén de otros derechos ya mencionados, como el de propiedad a que antes he aludido.

Instrumentar el derecho de réplica sería especialmente difícil tratándose de editoriales periodísticos y aun de libros y otras presentaciones complejas y sofisticadas que glosan actitudes de hombres públicos, de partidos políticos o de simples ciudadanos. Libertad de pensamiento, libertad de expresión y derecho a la información acabada tienen, por lo demás, la calidad de pautas conexas amparadas por el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y en la Constitución Nacional es indudable que se concede a la libertad de prensa un amparo de excepción que debe extenderse a otros medios de difusión corrientes, consustanciados con el funcionamiento eficaz de un auténtico sistema republicano de gobierno.

50. — Naturalmente, la jurisprudencia tendrá mucho que añadir en la ponderación de los casos a que puede dar pie la aplicación de un régimen legal sobre protección jurídica de la intimidad y derecho de réplica. Haciéndose cargo de esa responsabilidad y esa temática, la Corte de Casación francesa ha precisado que el derecho de réplica que consagró la ley de 1822 no puede ir más allá de la legítima defensa, y se ha preocupado de añadir que debe tener relación directa e inmediata con la noticia o el artículo inicial, que no debe funcionar cuando ha mediado renuncia anticipada, que no debe herir el interés legítimo de los terceros ni el honor del periodista y que debe estar sujeto a una extensión limitada y a un breve término de prescripción.

51. — Como consecuencia de las apreciaciones que anteceden y también de las estimaciones estadísticas a que antes aludí, no falta el autor francés que sostiene que el derecho de réplica es hoy menos utilizado que antes y ha favorecido la obtención de los siguientes logros: a) La prensa es más serena y está mejor informada; b) Hay mayor prolijidad y contención en los móviles y en las reacciones que condicio-

nan la noticia; c) Se ha generado una rica jurisprudencia orientadora; d) Se han debilitado los planteos polémicos: hay más rectificación y menos réplica; e) Tienen mayor acogida y efectividad otras acciones civiles y penales, v. gr. las de calumnias e injurias y las de indemnización de daños y perjuicios.

Y el presupuesto ético y final deseable que el autor destaca y estima positivo es que cada vez en mayor grado se advierte que el francés abandona la condición de adversario temperamental y descomedido para preferir la de colaborador en la debida y correcta información (Biolley, Gérard, *Le droit de réponse en matière de presse*, París, 1963).

52. — En fin; en este delicado asunto corresponde tener presente la actuación del derecho de réplica o de rectificación en el ámbito propio del derecho internacional, así como la eventual aplicación de la teoría del abuso del derecho a las situaciones planteadas y las particularidades propias de los medios de información audiovisuales y del periodismo oral y filmado. En lo procesal, corresponde también detenerse cuidadosamente en el régimen de la acción para lograr la inserción forzosa de la réplica en el órgano de difusión comprometido.

53. — Como resumen de este breve análisis, me parece pues riesgosa la manera en que el derecho de réplica se desliza, sin mayor desarrollo, en el proyecto sobre protección de los derechos personalísimos formulado por el Poder Ejecutivo Nacional. Me preocupa la situación a que se vería expuesto quien acumule datos a fin de informarse y escribir la memoria de lo que pasa o puede pasar en el futuro y que desde ahora estaría expuesto a admitir el derecho del "interesado" a verificar la amplitud y el tenor de los datos recogidos y aún inéditos. Me preocupa también, a la luz de lo que se lee en el proyecto del senador Laferrière, el prudente o temeroso retaceo a una completa información ante el amago de verse expuesto a la publicación gratuita de la réplica

en un segundo ejemplar del periódico (¿y por qué no del libro?) o en una segunda grabación, filmación y proyección "de iguales características" que se estaría expuesto a difundir si el derecho se instituyese en los términos previstos por el proyecto en análisis, aun con las atenuaciones introducidas en él por el despacho de la Comisión.

Pienso que la libertad de expresión responde y viene precedida de la libertad de pensamiento y está consagrada por la Constitución Nacional explícita o implícitamente como un derecho que nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (C.N., arts. 1 y 33).

Pienso también, como ya lo he dicho, que las locuciones "libertad de prensa" o "de imprenta", usadas por los constituyentes en el siglo anterior, son comprensivas de cualquier medio de expresión que traduzca el juicio, el pensamiento del hombre, y que al descartar la "censura previa" los constituyentes entendieron descartar "cualquier obstáculo" opuesto a la expresión de ese noble producto.

Pienso, en fin, como lo ha entendido la jurisprudencia americana del norte y como lo ha subrayado un erudito constitucionalista de nuestro país, que la libertad de prensa o de imprenta importa no sólo un derecho individual sino una verdadera *garantía institucional;* que informarse, pensar y expresarse libremente es un derecho superior y anterior a la Constitución misma, reservado por el pueblo, y que de este modo debe ser interpretada la restricción que luce en el art. 32 de nuestra Ley Fundamental, cuando dice que el Congreso "no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".

En suma, pienso que la libertad de pensamiento y de expresión es, como se ha escrito entre nosotros, "un poder no delegado que el pueblo retiene para sí, fuera del alcance de toda legislación y/o reglamentación".

Lo pienso y lo digo sin excluir la responsabilidad que fluya del exceso ominoso ni dejar de reconocer que en la libertad de pensar y de expresar el pensamiento caben también la rectificación y la réplica; lo pienso y lo digo sin dejar

de reconocer que no es lo mismo errar que difamar, que no es lo mismo disentir que agraviar, calumniar o injuriar, tristes hábitos universales que repugnan; lo pienso y lo digo sin silenciar que el desideratum es, con o sin derecho escrito, bregar porque en la maduración y expresión del pensamiento y en la información que lo difunda se abandone la condición de adversario temperamental y descomedido para hacer lugar a la que es propia de quien persigue la verdad y anhela difundir una debida y correcta información.

Todo ello lo pienso y lo digo con la aprensión y el sobresalto de quien en su vida ha hecho uso frecuente del derecho de informarse y acumular datos útiles antes de opinar, teniendo en cuenta los intereses respetables del individuo, de la comunidad, de la Nación, de la República.

PERSONA JURÍDICA Y REALIDAD ECONÓMICA

Disertación pronunciada por el académico Dr. José Domingo Ray en oportunidad de V Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, realizada los días 16 y 17 de octubre de 1986

PERSONA JURÍDICA Y REALIDAD ECONÓMICA

I. — EL TEMA

El tema "persona jurídica y realidad económica" puede ser enfocado desde distintos ángulos y cualquiera de ellos ofrece un interés muy grande.

Podría apuntar a la descentralización del Estado para el ejercicio de ciertas actividades o la concreción de ciertas empresas.

Otro aspecto podría ser el acierto o el desacierto de los requisitos que se establecen para el ejercicio de algunas actividades por parte de las personas colectivas.

A ese efecto o para gozar de algunos privilegios, las personas jurídicas deben llenar ciertos requisitos que desde un punto de vista están muy justificados y desde otro no lo están porque no concuerdan con las exigencias de la realidad.

Para ser beneficiario de los privilegios que la ley argentina establece para los armadores nacionales, se requiere que, si es una sociedad, su dirección, control y capital con poder de decisión, pertenezcan a personas físicas argentinas, con domicilio real en el país y en una mayoría no inferior al 60 por ciento.

Para ser propietario de una aeronave argentina, si se trata de una sociedad, se requiere que tenga su domicilio en la República. Pero para explotar servicios de transporte aéreo se requiere que la mayoría del capital de la sociedad sea de argentinos con domicilio en la República y que el control y la dirección de la empresa esté en manos de personas con domicilio real en la República. (Art. 99, Cód. aeronáutico).

Podríamos brindar otros ejemplos y es suficiente señalar que se ha sostenido que la propiedad rural, salvo contadas excepciones, debe estar vedada a las personas colectivas [1].

Limitaremos nuestra exposición al uso o abuso que se ha hecho de la personalidad jurídica con fines ilegítimos y al criterio que se ha utilizado para dejar de lado esa personalidad y analizar la realidad económica que se encuentra tras ella.

Desde ya adelantamos que en el análisis de este tema se enfrentan dos concepciones: la formal y la sustancial o realista, y que así como hoy prevalece esta última hay que tener muy en cuenta cómo hacerlo para que no resulte peor el remedio que la enfermedad.

II. – CONCEPTO DE PERSONA

Tomaremos como punto de partida un texto del Código Civil, el art. 30, que define a la persona como "todo ente susceptible de adquirir derechos o contraer obligaciones".

Para explicar la naturaleza de las personas colectivas se han formulado muchas teorías y se mantuvieron muchas

1 Ver GUILLERMO BORDA, *La propiedad de la tierra y las personas jurídicas*, "La Ley", 11 de marzo de 1971.

Sobre la protección de los derechos sucesorios, ver ROBERTO MARTINEZ RUIZ, *Sobre la propiedad de la tierra y las sociedades de capital*, "La Ley", 12 de abril 1971; EDUARDO BUSSO, *Algunos aspectos de la protección a la legítima*, "El Derecho", t. 12 (1965), pág. 815 y JORGE FORNIELES, *La protección de la legítima en las sociedades acogidas al impuesto sustitutivo a la herencia*, "El Derecho", t. 31 (1970), pág. 1039.

polémicas como la de Savigny-Ihering. Recordamos de esas teorías, entre otras, la de la ficción (Savigny), del instrumento técnico o máscara intelectual (Varielle-Sommières), la de los patrimonios de afectación (Brinz), de la institución (Hauriou), de la realidad (Ferrara) y de la voluntad colectiva (Gierke).

El concepto de "persona" es un concepto jurídico, un centro de imputación de derechos u obligaciones.

Por tratarse de un concepto de técnica jurídica, según la expresión de Kelsen, se llegó mucho antes que él desarrollara su idea al principio de atribuirles personalidad a ciertos objetos y así, por ejemplo, en el campo del derecho marítimo en más de una oportunidad se habló de la personalidad del buque, al punto que al referirse a esta doctrina en el derecho americano, Erastus Benedict decía que, si bien podría calificarse de ficción, lo sería sólo en la expresión y no en substancia porque el buque es una empresa independiente, un patrimonio individualizado que garantizaría a los acreedores titulares de derechos *in rem* [2].

A propósito del derecho marítimo, cabe destacar que se utiliza la fórmula de iniciar las demandas sin individualizar la persona del demandado y la ley, en más de un caso, hace referencia a la responsabilidad del buque, con la finalidad de mencionar por su intermedio a quien debe hacer frente a la obligación, sea el propietario, el armador o el fletador de aquél.

Con esa fórmula no se pretende que el buque sea el responsable, ya que las relaciones jurídicas sólo se establecen entre personas. Lo que ocurre es que, a veces, la persona que debe responder no se conoce, se encuentra en un segundo plano y, entonces, se utiliza la referencia al buque como la forma más sencilla de encarar el problema [3].

[2] Ver ERASTUS BENEDICT, *The law of American Admiralty*, ed. New York, 1940, t. 1, Cap. III, parágrafo 11, pág. 17; J. D. RAY, *Derecho de la Navegación*, 1964, nº 85, pág. 185.

[3] Es común que las demandas se inicien contra el capitán y/o propietario y/o armador del buque y que no se individualice la persona del demandado. Además ver art. 272 de la Ley de la Navegación (Nº 20.094) cuando se refiere a la responsabilidad del buque. Hay quienes han criticado la expresión,

En el derecho americano existen los procedimientos *in rem*, es decir, acciones que recaen directamente sobre el buque y con ellas no se busca otra cosa que hacer efectivo el derecho protegido por la acción, embargando y ejecutando el bien.

Con el concepto de persona colectiva o jurídica ocurre algo similar. Se trata de un recurso técnico para atribuir ciertos derechos u obligaciones a un grupo de personas.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede haber duda alguna de que el destinatario de las regulaciones jurídicas es el hombre de carne y hueso, sea en cuanto individualidad o como miembro de la comunidad de que forma parte.

Los derechos y obligaciones de las personas colectivas, en última instancia, se traducen en facultades o beneficios y en prestaciones a favor o a cargo de las personas individuales que integran las personas colectivas, cualquiera sea el carácter de éstas y por mediato que resulte ser el beneficio a su favor o el sacrificio a su cargo.

Y a propósito de esa afirmación mucho se ha escrito en doctrina respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, uno de los temas que figura en el temario de este encuentro.

Las numerosas teorías que se han formulado sobre la personalidad de los "entes colectivos" no pueden pasar por alto esa realidad: que el destinatario de las obligaciones y de los derechos son las personas individuales que los componen, y quizás sea conveniente un replanteo del tema para superar problemas surgidos de dificultades semánticas o puntos de partida equivocados.

Desde luego que tampoco puede haber duda sobre la conveniencia de reconocer la existencia de la personalidad del ente colectivo como algo distinto de los miembros que lo componen. Ello permite la afectación y limitación del aporte patrimonial y la titularidad de derechos u obligaciones

---

tomada de la Convención de Bruselas de 1924, sobre unificación de ciertas normas en materia de conocimientos, porque no se hacen cargo del problema y no se dan cuenta de que es un simple recurso de técnica jurídica, utilizado normalmente en la experiencia diaria.

por parte del ente colectivo que no pueden confundirse con los de los miembros que lo integran.

Estimamos innecesario abundar en argumentos al respecto porque tanto el criterio realista para el enfoque del problema como el reconocimiento de la personalidad jurídica como un ente distinto de los miembros que la componen son dos apotegmas en la vida jurídica contemporánea.

III. – UTILIZACIÓN ILEGÍTIMA DE LA PERSONA JURÍDICA

Ahora bien, cabe reconocer que la personalidad de las sociedades como entes distintos de los miembros que las componen se ha utilizado en muchos casos para burlar los derechos de los acreedores o las normas sobre impuestos, sobre la legítima de los herederos forzosos, sobre la división de la herencia y sobre el derecho a los bienes gananciales de uno de los cónyuges, en caso de divorcio.

Frente a esos abusos los tribunales han reaccionado y hay numerosas decisiones que han descartado la personalidad de la sociedad, si ella se ha constituido o se ha utilizado ilegítimamente en perjuicio de la comunidad o de terceros frente a quienes controlan la sociedad.

Estimamos que los casos pueden distinguirse en esos dos grandes grupos: uno cuando se constituye la sociedad con la finalidad de burlar normas de orden público o derechos de terceros y otro cuando una sociedad que nació con toda legitimidad y para cumplir los fines que la justifican, es utilizada por quienes la controlan con fines ilegítimos en perjuicio de otras personas, sean éstas individuales o colectivas.

Cabe recordar que con anterioridad a las nuevas teorías para descartar la personalidad, la teoría del control de la sociedad y la intervención de la autoridad se ejercitó en tiempos de guerra para discriminar a súbditos de países enemigos que encubrían su nacionalidad detrás de una persona jurídica registrada o con sede social en el país.

Se entendía que las personas jurídicas tenían la nacionalidad de las personas que dirigían sus actividades.

Si eran sociedades de capital se les atribuía la nacionalidad de sus accionistas que poseían la mayoría de ese capital, o de quienes las controlaban [4].

Los tribunales de los distintos países para descartar la personalidad jurídica y encarar soluciones de justicia ateniéndose a la realidad que se encubría tras ella, recurrieron a fórmulas genéricas como la fuerza de los hechos, la buena fe, las necesidades económicas, etc.

Los juristas estudiaron el tema y desde el punto de vista doctrinario se destaca el trabajo que elaboró entre los años 1952-1953 el profesor de Heidelberg, Rolf Serick, cuando se presentó a oposición en la Universidad de Tubinga.

Serick agrupó las causales más frecuentes de abuso en tres grupos: a) fraude de la ley; b) fraude o violación del contrato; c) daño fraudulento causado a terceros; y concluye su obra formulando cuatro proposiciones que sintetizan su opinión sobre el tema acerca de los casos en que debe descartarse la personalidad jurídica [5].

[4] ANA MARÍA M. DE AGUINIS, *El ejercicio del poder en las sociedades comerciales. Consecuencia jurídica en la legislación argentina*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", 1986, t. 1 (existe separata).

[5] Ver ROLF SERICK, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles* con prólogo de Antonio Polo Díez y comentario final del traductor, José Puig Brutau. Barcelona, 1958. Las cuatro proposiciones finales serían las siguientes:

A) La estructura formal de la persona jurídica debe descartarse para que fracase el resultado contrario a derecho, sea éste burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros.

El juez debe fundar su decisión en la construcción jurídica apropiada para frustrar la finalidad ilegítima perseguida.

B) Cuando se trate de la eficiencia de una regla del derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos, la regla general formulada debe sufrir una excepción.

C) Debe penetrarse la persona jurídica hasta los hombres situados detrás de ella, para comprobar si concurre la hipótesis de cualidades o capacidades humanas que se consideran indispensables, para la eficacia de ciertas normas.

D) Si la forma de la persona jurídica se utiliza para ocultar que de hecho existe identidad entre las personas que intervienen en un acto determinado, podrá quedar descartada la forma de dicha persona cuando la norma que se deba aplicar presuponga que la identidad o diver-

En Italia, Ascarelli, con anterioridad a Serick, sostuvo que la constitución de la sociedad y la teoría de la personalidad jurídica no debían constituir un medio para eludir el funcionamiento normal de las formas jurídicas y lo hacía sosteniendo que debía revisarse el concepto de "personalidad" de la sociedad. Decía Ascarelli que "en el estudio y la fenomenología del capitalismo contemporáneo resulta completamente inadecuado el perfil de la simulación y también el del fraude o del abuso —conceptos estos utilizados por Serick— cuando lo que procede, en cambio, es someter a revisión la doctrina de la personalidad jurídica" [6].

En Francia se ha dicho que la jurisprudencia ha sido igualmente flexible para reconocer la personalidad moral y para limitar sus efectos excesivos.

Se ha descartado la personalidad de la sociedad cuando se considera que ella es ficticia por no existir un interés colectivo distinto del de sus miembros o cuando, existiendo éste, se encuentra controlada o dominada por alguna persona individual o colectiva que desnaturaliza el sentido de reconocerle personalidad a la sociedad cuestionada [7].

En EE.UU. los tribunales han hecho lugar al "disregard of legal entity" (pasar por alto la personalidad legal del ente) o "piercing of corporate veil" (levantamiento del velo de la corporación), siempre que se verifique el daño a terceros, en dos grandes hipótesis:

a) operación de una firma subsidiaria como departamento de otra, al punto que no se justifica la distinción;

b) cuando se utiliza a la sociedad para una inadecuada

---

sidad de los sujetos interesados no es puramente nominal, sino verdaderamente efectiva. (Op. cit., pág. 241 y sgtes.).

6 Ver CARLOS ROBERTO FRESCHI, *La reformulación legislativa de la teoría de la personalidad jurídica*, en "Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones", 1976 (Año IX), pág. 743.

Ver TULIO ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, en "Studi in onore di Vivante" y "Saggi Giuridice", Milán, 1949. Ver Prólogo citado en la nota 5.

7 Ver HOUIN, *El abuso de la personalidad moral en las sociedades por acciones*, "La Ley", t. 109, pág. 1058; Ver MARÍA CELIA MARSILI, *Actualización de la teoría de la personalidad de las sociedades*, "Derecho Comercial", pág. 1, año 4, 1971.

e ilegítima capitalización, por ejemplo, si se disminuyen las ganancias mediante préstamos de los fundadores [8].

Tanto se ha popularizado el principio del levantamiento del velo de la personería jurídica que últimamente, en el caso del "Amoco Cádiz", se aplicó la doctrina, sin ninguna referencia doctrinaria ni jurisprudencial. El buque "Amoco Cádiz" naufragó frente a las costas francesas y, como consecuencia de los perjuicios causados por el derrame de petróleo, los perjudicados accionaron contra la Standard Oil Co. y contra sus subsidiarias responsables.

El 18 de abril de 1984 el Juez de Distrito Frank J. McGarr, hizo conocer la decisión sobre la responsabilidad por los daños de limpieza de las costas, como resultado de las pérdidas del "Amoco Cadiz".

El Tribunal decidió que la Standard Oil Co., de Indiana, con sus dos subsidiarias, Amoco International y Amoco Transport Co., eran responsables hacia los actores, como consecuencia de los referidos daños y sin poder invocar la limitación de responsabilidad que pueden oponer los propietarios y armadores de buques por los hechos de sus dependientes.

El tribunal fundó su decisión en que la Standard conducía sus negocios como sociedad dominante y las otras eran formas controladas, lo que justificaba levantar el velo de la corporación y hacer responsables solidariamente a la principal y a las subsidiarias por el reclamo de los actores [9].

[8] Ver OSVALDO MARZORATTI (h), *La teoría del "disregard of legal entity" a través de la jurisprudencia norteamericana*, en Revista "Derecho Comercial y de las Obligaciones", pág. 717, año I, 1968; y CARLOS FERNANDEZ DUQUE, *Viejos y nuevos problemas de la personalidad jurídica*, "Derecho Comercial", pág. 725, mismo año.

[9] En 1984, obtuvimos copia del "Memorandum opinion and final judgment order on the issue of liability" *in re* "Oil Spill by Amoco Cadiz off the coast of France on 16 March 1978" del Juez McGarr.

Al final del memorandum se dice que el tribunal reconoce que en la opinión podría haber errores, omisiones o ambigüedades y que fija una audiencia para el 31 de mayo a las 2 p.m. para clarificar las cuestiones planteadas por la opinión del tribunal y para poner al descubierto los límites finales y fechas del juicio sobre el problema de los daños. En el procedimiento americano es normal (en algunos casos) que el juez haga conocer a las partes su opinión,

Frente a esa tesis cabe la cita del fallo de un tribunal de Texas, que en 1982 resolvió que no podía levantarse el velo de la corporación si no se acreditaba un fraude contra el público o la violación del orden público, como sería lograr un monopolio, impedir la aplicación de la ley o encubrir un delito.

En "Hickman c/Rawls y Welty" (Cir. 5ª, Dallas, junio 1982), los acreedores de una compañía de construcción intentaron perforar el velo de la corporación a los efectos de hacer que sus 3 accionistas fueran personalmente responsables por incumplimiento del contrato suscripto por la corporación. El Juez de primera Instancia se pronunció en favor de los actores, pero el tribunal de apelación anuló el fallo sosteniendo que no correspondía desconocer la personalidad de la corporación.

El comentarista del fallo dice "que el velo de la corporación se ha convertido en el muro de la misma" [10].

---

con la posibilidad de rectificar algún punto, si corresponde, en función de las observaciones de las partes.

Según un comentarista americano, esa decisión es el caso más reciente que describe los hechos que se deben considerar suficientes para permitir que el tribunal levante el velo de la corporación.

Se especificaron las circunstancias de relieve para llegar a esa solución:

1) todos los directores de la firma propietaria del buque eran empleados de quien manejaba el buque (Amoco International); 2) el presidente del comprador original del buque (Amoco Tankers) no pudo recordar durante su declaración que había estado a cargo de dicho puesto, ni pudo recordar haber asistido a ninguna reunión del directorio; 3) el presidente de Tankers informaba en forma directa a Standard sobre el progreso de la construcción del buque; 4) el presidente de Tankers era también el presidente de Transport; 5) un letrado de Standard preparaba las actas de las reuniones del directorio, consultando acuerdos y el contrato de venta de buques para el uso de las subsidiarias; 6) el manual de operaciones del buque preparado por International no identificaba a Tankers como el armador; 7) Standard inició y tomó la decisión sobre la venta del buque por Tankers a Transport; 8) varios empleados de Transport presentaban sus informes o daban cuenta de su gestión a International y no a Transport; 9) los informes financieros y operacionales se daban a Standard, y no a Transport; 10) decisiones sobre prácticas operativas habían sido tomadas por International; 11) Standard trataba como propias las operaciones de sus subsidiarias; sus funcionarios y directores tenían poca o ninguna noción de la separación de las subsidiarias; 12) Standard se refería a Transport como "nuestro departamento marítimo"; 13) otras dos subsidiarias de Standard financiaron los VLCC; 14) los VLCC fueron asegurados por intermedio de la compañía de seguros de Standard. (Ver comentario de RICHARD L. JARASHOW en "Haight's Memo", junio 1984.

10 Las leyes de cada estado en EE.UU. varían en cuanto a los requeri-

IV. – EL TEMA EN NUESTRO DERECHO

A) *Antes de la reforma de 1983*

En la Argentina encontramos numerosos casos en que se ha dejado de lado la personalidad de la sociedad, como ente distinto de quienes la controlan, para evitar que se frustraran derechos de herederos forzosos, de acreedores, o de quienes se encontrarían ilegítimamente perjudicados en caso de admitirse la personalidad, en vez de descartársela e ir al análisis de la realidad que se oculta.

Guillermo Borda, en su trabajo publicado en "La Ley", en el año 1972, nos brinda muchos ejemplos de esas resoluciones judiciales [11] y podemos agregar los casos "Parke Davis y Cía. Argentina S.A.", "Mellor Goodwin S.A. y Cía." [12], y "Swift de La Plata S.A. Frigorífico", Convocatoria, hoy su quiebra, en los que la Corte Suprema dejó de lado la personalidad de la Sociedad para analizar la realidad económica [13].

El Juez debe fundar su decisión para que se frustre la finalidad ilegítima, buscando concretar la mejor solución dentro de lo que las posibilidades fácticas y legales lo permitan.

En ese sentido consideramos oportuno señalar la so-

---

mientos para permitir que el velo de la corporación sea perforado. En algunos Estados una contabilidad desordenada de la corporación y, en general, el hacer caso omiso de la propia identidad legal de la corporación pueden conducir a la penetración. La regla general es que la entidad legal no puede ser ignorada. La excepción a esta regla se da solo en circunstancias extraordinarias, cuando se usa la corporación para concretar un fraude contra el público o contra el orden público tal como sería para obtener un monopolio o violar la ley o para encubrir un delito. El fraude, que justifica la excepción, es algo más que inducir a otros a celebrar contratos con una corporación que carece de la capacidad de pagar. (Ver "Haight's Memo", noviembre 1982. comentario de DAVID JUNGMAN).

11 Ver GUILLERMO BORDA, *El velo de la personería*, en Rvta. "La Ley", junio 17 de 1971.

12 Ver "La Ley", 13 de julio de 1972, Cám. Nac. Fed., (Sala II), 31 de julio de 1971, "Parke Davis y Cía. S.A.", con nota de R. ROTH; Corte Suprema, 18 de octubre de 1973, "Mellor Goodwin S.A." (con cita del caso precedente), en "J.A.", 5 de noviembre de 1973.

13 Ver Corte Suprema, 4 de septiembre de 1973, "Cía. Swift de La Plata S.A.", quiebra, en "El Derecho", t. 51, pág. 229, con nota de MANUEL ANTONIO LAQUIS.

lución que dio el Dr. Raúl Etcheverry, como Juez de la Cámara Comercial de la Capital, en un caso en que se planteó la doctrina del levantamiento del velo de la sociedad [14].

En el caso "Astesiano Mónica I y otra c/Gianina Soc. en Com. por Accs.", los actores invocaron la nulidad de la Sociedad en Comandita constituida por su abuelo, el causante, y pidieron su liquidación y que se les transfirieran los bienes de la sociedad hasta integrar el importe de "la legítima" que les correspondía y que no habría sido respetada al constituirse la sociedad.

La demanda se fundó en el abuso de la personalidad societaria y el fraude que importaba la constitución de la sociedad, en violación de las normas de orden público de la ley en materia sucesoria.

La Cámara Comercial dijo que no había duda de que la sociedad había sido constituida para excluir a los nietos del manejo y del disfrute directo de la mayoría de los bienes y que no cabría admitir la personalidad de la sociedad, si mediante ella se transgreden las normas sobre la "legítima" que consagra nuestra ley sucesoria [15].

Sin embargo, el tribunal no llegó a la conclusión de declarar la nulidad de la sociedad, su disolución y liquidación, como si tuviera una causa ilícita, porque el régimen de nulidades es restrictivo y sólo debe recurrirse a la nulidad, cuando no hay otro recurso dentro del ordenamiento.

Desde el punto de vista mercantil —dijo la sentencia— "deberá reducirse el capital de la sociedad si los socios no optan por disolverla; el valor de los bienes debe tomarse en conjunto, atendiendo a las cifras en forma actualizada, teniéndose en cuenta los trámites ya cumplidos y los bienes denunciados en la sucesión del causante".

En resumen, se hizo lugar a la demanda en cuanto

14 Ver Cámara Comercial de la Capital (Sala A), fallo del 27 de febrero de 1978 en el caso "Astesiano Mónica I y otra c/Gianina Soc. en Com. por Accs." (registrado en "La Ley", 1978-B-, pág. 195).

15 El art. 3598 del Código Civil textualmente dice: "El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas declaradas en este título. Si lo hiciere, se tendrán por no escritas".

solicitaba la reducción del aporte efectuado por el causante y que alcanzaba a la parte de los bienes que corresponderían a los actores.

Tal reducción se materializaría incorporando los bienes resultantes al sucesorio, siendo inoponibles las normas que regulan la personalidad societaria de Gianina S.C.A. (arts. 953, 3598 y concs., Cód. Civil y art. 2º, ley 19.550), sin perjuicio de que los actuales socios decidan reducir el capital manteniendo el ente, o disolverlo definitivamente.

La sentencia se asienta en tres principios fundamentales, aunque no estén expresamente formulados.

En primer lugar, que el juez debe utilizar cualquier norma o formular una construcción jurídica que resulte apropiada para que se frustre la finalidad ilegítima.

En segundo lugar, que la personalidad de la sociedad no puede ser óbice para llegar a una solución justa cuando se enfrenta con otras normas del ordenamiento, como por ejemplo, las de orden público del régimen sucesorio.

En tercer lugar, que en casos como éste debe recurrirse a la declaración de la nulidad, cuando no quede otra alternativa, porque el régimen de nulidades y la desestimación de la personalidad en forma absoluta debe ser el remedio último al cual debe recurrirse.

Cabe señalar que en los casos en que se usa este remedio debe tenerse en cuenta los derechos de los eventuales acreedores de la sociedad y que la eliminación de la personalidad no debe poner en peligro la situación de los terceros.

La solución que dieron los tribunales argentinos coincide con la doctrina de la Suprema Corte sobre la "verdad objetiva" que debe prevalecer sobre formalismos excesivos que se desentienden de la realidad y debe compatibilizarse con el adecuado respeto de la defensa en juicio.

Así en la Cámara Federal de la Capital, en un caso decidido en 1984, analizando la legitimación de la parte actora para accionar contra el transportador marítimo, el camarista preopinante, textualmente dijo:

"Ese develamiento de la verdad, diluida u oculta a veces bajo formas o figuras jurídicas, tiene por objeto preciso permitir a los jueces cumplir con su función propia, esto es, dar a cada litigante lo suyo concreto. Naturalmente que, en ese proceso de elucidar realidades detrás de formas, débese actuar con suma prudencia a fin de impedir que, so pretexto de justicia, se introduzca el caos o la inseguridad jurídica. Más, obrando con la apropiada cautela, paréceme claro que corresponde privilegiar la realidad objetivada en el pleito por sobre defensas o argumentos basados estrictamente en formalidades, cuya atención llevaría a soluciones claramente disvaliosas." [16]

B) *La reforma de 1983*

Borda en el trabajo citado precedentemente dice que:

"La jurisprudencia argentina ha demostrado su sensibilidad para apreciar los problemas jurídicos con un criterio realista, procurando empeñosamente hacer una justicia sustancial y no puramente formalista".

Y más adelante agrega:

"Claro está que no basta con el ejercicio por los jueces de su atribución de descorrer el velo de la personería para solucionar los problemas que dejamos señalados. Investigar la verdad oculta tras una persona jurídica, dar con el verdadero dueño de las acciones, las más de las veces será imposible no obstante la sagacidad de abogados y jueces. La solución debe venir, por lo tanto, por vía legislativa."

16 Ver fallo de la Cámara Federal de la Capital del 27 de julio de 1984 en el caso "La Buenos Aires Cía. Arg. de Seg. S. A. c/Cap. y/o arm. y/o prop. y/o armd. bq. "Santa Fe" s/cobro de pesos".

No era imprescindible la inclusión de un texto expreso en la ley, porque los fallos que hemos citado lo demuestran.

Algunos juristas consideraron que no era necesaria la consagración legislativa del principio incorporado en el art. 54 de la ley de sociedades porque podía recurrirse a la institución de la nulidad o simulación para obtener el mismo resultado.

No estamos de acuerdo con esas opiniones y, prescindiendo de la redacción y técnica seguida, consideramos que no es un criterio equivocado incorporar a la ley el principio que se traduce en la posibilidad de que en casos excepcionales se "descorra el velo de la personalidad jurídica".

Pues bien, en la reforma a las leyes de sociedades y de concursos del año 1983 se consagraron dos textos que expresamente incorporaron el principio. Es el art. 54 de la primera ley y el 165 de la segunda que autoriza la extensión de la quiebra.

El art. 54 textualmente dice:

> "Inoponibilidad de la personalidad jurídica".
>
> "La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados."

V. — PAUTAS PARA LA UTILIZACIÓN DEL Art. 54 DE LA LEY DE SOCIEDADES

Hasta aquí hemos planteado el problema y hemos mencionado, a grandes líneas, la posición de la doctrina sobre el tema y la reforma de nuestra legislación de 1983, en sus artículos 54 de la Ley de Sociedades y 165 de la ley de concursos.

A ese efecto también podría invocarse la teoría del abuso del derecho consagrada en el art. 1071 del Código Civil.

Como hemos dicho, sin participar de las críticas a la incorporación del principio a nuestra legislación y sin perjuicio de las observaciones que podrían formularse al texto del art. 54, consideramos que el problema no se resuelve definitivamente por medio de él.

La herramienta que brinda ese art. 54 y la doctrina del levantamiento del velo de la persona colectiva deben ser utilizadas con criterio realista, pero de gran prudencia.

Frente a la afirmación de Serick referente al abuso de la persona jurídica y a la exigencia de dejarla de lado en algunos casos, Beiszke se pregunta si esta fórmula del abuso del derecho está realmente bien determinada o si adolece de análoga vaguedad e incertidumbre que las fórmulas anteriores que utilizaban los tribunales alemanes con referencias a fórmulas standard y elásticas, a la buena fe, la fuerza de los hechos, necesidades económicas, etc., con lo cual trataríamos de exorcisar al Diablo con Belcebú.

Es que realmente importa una extraordinaria dificultad formular un criterio rector firme que indique en qué casos puede prescindirse o no de la forma de la persona jurídica, para aprehender la realidad que bajo ella se oculta.

Antonio Polo, en el Prólogo de la obra de Serick, y de quien tomamos la precedente cita, dice que "el riesgo de no respetar la personalidad puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de la misma se haga" [17] y Puig Brutau en el comentario a esa obra, agrega que cuando una solución parece dudosa, es menester proceder a un riguroso careo entre los conceptos jurídicos y los hechos que, en definitiva, justifican la existencia de aquéllos [18].

En la exposición que realizamos en 1984 en esta Corporación, destacamos la posición del "intérprete" en el orden jurídico y, en especial, del judicial, señalando que éste

17 Ver op. cit., Prólogo de Polo Diez, pág. 7 y ss.
18 Ver op. cit., Comentario de Puig Brutau, pág. 265 y ss.

debe interpretar los hechos y las normas aplicables, seleccionando la más adecuada para su interpretación.

Ese proceso interpretativo es de carácter dialéctico porque va de los hechos a las normas, y viceversa, y señalamos que no se pueden seleccionar las normas aplicables si no se inquiere sobre el sentido de esas normas en relación con los hechos.

En materia de "interpretación" prevalece la tendencia del criterio realista frente al formalista. En este sentido Norberto Bobbio nos dice que:

> "Con respecto al método, es considerada formalista, por ejemplo, la preferencia dada a la interpretación lógica y sistemática frente a la histórica y teleológica; a esta distinción se refiere, ampliamente, la conocida controversia entre jurisprudencia conceptual y jurisprudencia de intereses." [19]

En efecto, la corriente conocida como "jurisprudencia de intereses", o el realismo norteamericano, tiene el gran mérito de haber reaccionado contra el "formalismo" o "conceptualismo" en materia de interpretación en el derecho.

Cabe destacar que tan importante como señalar "qué" debe hacerse es mostrar "cómo" debe hacerse y ya Von Ihering con su referencial "Al paraíso de los conceptos jurídicos", ridiculizó el método conceptual y el de las construcciones jurídicas como formas exclusivas de trabajar en derecho.

El riesgo es que el juez no se haga cargo de los hechos y que se atenga a los conceptos, sin tener en cuenta la relevancia de la valoración jurídica y el criterio de justicia.

Norberto Bobbio dice:

> "En verdad, ya nadie cree que las operaciones realizadas por el juez para interpretar el derecho son ex-

19 Son muy interesantes los párrafos de Bobbio, sobre este aspecto del duelo entre "formalismo y realismo". Ver NORBERTO BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, traducción E. Garzón Valdez. Buenos Aires, 1965.

clusivamente operaciones lógicas en el sentido estricto de la palabra, es decir, operaciones de deducción de ciertas conclusiones a partir de determinadas premisas; con otras palabras, que la actividad del juez es meramente mecánica o automática. Los juristas y los filósofos del derecho prestan cada vez mayor atención a la presencia manifiesta u oculta, consciente o inconsciente, de los juicios de valor."

Y más adelante Bobbio agrega:

"Sólo que no se trata de la diferencia entre una decisión entendida como la consecuencia de una operación lógica y una decisión entendida como consecuencia de una valoración, sino más bien entre la decisión que tiene preferentemente en cuenta las cuestiones lógico-lingüísticas, a las que podríamos llamar «formales», y la decisión más atenta a las cuestiones de hecho (intereses en juego o los fines sociales que se persiguen), o sea sustanciales."

Esta tarea del juez adquiere relevancia en los casos atípicos y no hay duda de que descartar la personalidad jurídica de una sociedad no será generalmente un caso de los que pueden considerarse típicos.

Por esa razón, en los casos en que se plantea el problema de la desestimación o penetración de la personalidad jurídica es evidente que la fórmula de la ley no puede dar una pauta firme y definitiva.

El juez debe actuar con cautela, pero haciéndose cargo de los hechos y con la perspicacia necesaria para manejar adecuadamente la herramienta legal.

La realidad supera las posibilidades de la imaginación y, a veces, agrava las dificultades para aplicar textos como el que comentamos.

La necesaria vaguedad de los términos empleados debe ser superada por el criterio del tribunal al aplicar el texto legal.

En este tema —reiteramos— se pone de manifiesto más que en otros la importancia de la labor judicial, la necesidad de valorar debidamente los hechos y que tras la persona jurídica están las personas de carne y hueso que son quienes en definitiva determinan los hechos o actos de aquélla y se perjudican o benefician con ellos.

En esta clase de juicios —insistimos— es necesario analizar muy bien los hechos y evitar las consecuencias disvaliosas que podrían derivar de una aplicación improcedente del texto, sin tener en cuenta los presupuestos necesarios para dejar de lado la personalidad jurídica y las consecuencias a que se llega con esta solución. A su vez, tampoco puede desentenderse de la realidad de los hechos y desproteger los derechos afectados, al amparo de un requisito o pretexto formal que, en definitiva, significará convertir esos derechos en ilusorios.

La fórmula del art. 54 de la ley de Sociedades con su correcta remisión a estándares elásticos o flexibles, como los de "orden público", "buena fe" y "frustración de derechos de terceros", no puede dar pauta clara, firme y definitiva acerca de cuándo debe dejarse de lado a la personalidad jurídica de la sociedad, como algo distinto de sus miembros.

La tesis elaborada por la jurisprudencia y doctrina comparada, y admitida expresamente por nuestra ley, es una herramienta cuyo funcionamiento depende fundamentalmente del criterio del tribunal interviniente.

Estaríamos muy satisfechos si estas reflexiones, con las notas que ilustran el texto, sirven para formular otras y, a su vez, para entablar un diálogo como resultado de nuestra exposición.

Intervenciones del Dr. Roberto Martínez Ruiz en la V Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba

1) *Con relación al tema "Derecho de réplica":*

Ante la opinión expresada en el sentido de que en el caso de sancionarse el derecho de réplica, debe ser materia a legislar por el Congreso Nacional con alcance en toda la República, por ser una cuestión que atañe a la intimidad de la persona, cuestión propia de la legislación civil (art. 67, inc. 11, de la Constitución) el doctor Martínez Ruiz manifestó su discrepancia, por entender que el art. 32 de la Constitución Nacional impide someter las cuestiones de prensa a la jurisdicción federal, lo que ha determinado que en situación que se presta a analogía cual es el caso de calumnias o injurias cometidas por la prensa, se ha impuesto como buena doctrina, que en las jurisdicciones provinciales debe existir una ley local que incrimine dichos delitos para admitir su juzgamiento y por ello se han dictado leyes que declaran aplicables en el ámbito local las normas del Código Penal (C.S.N. "Fallos" 131:395 in re Rosas L. F. c/Baron M.).

Por tanto no es objetable que las Constituciones provinciales o leyes locales reglamenten el derecho de réplica o lo desconozcan, y si el Congreso Nacional dictare la ley que se ha proyectado sobre el tema, sólo sería aplicable en la Capital Federal y territorios aún no provincializados.

2) *Con relación al tema "Persona Jurídica y Realidad Económica"*

El doctor Martínez Ruiz señaló la importancia que tienen en la actualidad las sociedades de familia con capital

representado en acciones, que han proliferado desde la sanción de la ley 14.060, en 1951, que creó el impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes, con lo que se evitaba al fallecer el titular del capital accionario el pago de gastos sucesorios e impuestos onerosos. Sin embargo con el curso de los años esas sociedades han suscitado muy serios problemas de familia, enemistando a hermanos y originando litigios, como consecuencia de que en ocasiones se forman en dichas sociedades grupos de control que se reservan las ventajas de gobernarlas en perjuicio de los que en minoría no pueden disfrutar, de hecho, de lo que les corresponde por derecho, pudiendo hasta llegar a configurarse lesiones al derecho a la parte legítima que les compete como herederos forzosos del titular del capital accionario. Analizó distintas soluciones que se han sugerido para salvar estas dificultades, por ejemplo, el Dr. Eduardo Busso en una difundida conferencia pronunciada en la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires en septiembre de 1965 y publicada en la Revista "El Derecho", y también por el doctor Jorge Fornieles en una colaboración doctrinaria aparecida en la misma revista.

El doctor Martínez Ruiz recordó los casos jurisprudenciales que se registran, en los cuales, ante el planteo de dichos herederos minoritarios se llegó a soluciones satisfactorias en amparo de los derechos que alegaban, pero ello ocurrió después de onerosos litigios y la fractura de la unión familiar (casos Astesiano, M. c/Grave Peralta de Morrogh Bernard, en "La Ley", t. 1979-D, pág. 237). En otros casos se han hecho planteos de nulidad por simulación en la constitución de la sociedad (caso Candiani Mayol de Cooke c/Cooke, G., "La Ley", t. 151, pág. 4), todo lo cual persuade de la necesidad de dar una solución por vía de reforma legislativa a fin de que en los casos en que se configure una situación de sociedad por acciones familiar, previa determinación por el legislador de los recaudos que deben reunirse para que se consideren de tal carácter, deberá reconocerse el de-

recho a una liquidación parcial de aquélla, con disminución de capital para entregar la parte que corresponda al heredero recurrente, del capital neto social, o sea previa deducción del pasivo del activo social, para que no exista perjuicio a terceros.

Intervenciones del Dr. Julio C. Cueto Rúa en la V Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba

1) *A propósito de la exposición efectuada por el Dr. Olsen Ghirardi:*

El doctor Ghirardi sostiene que sólo un número limitado de actos humanos es susceptible de recibir una definida calificación jurídica. Consecuentemente, niega la entrada del hombre pleno, el hombre de carne y hueso, en el ámbito del Derecho. Según el Dr. Ghirardi sólo entrarían algunas acciones, acciones éstas dotadas de una específica significación jurídica suministrada por normas jurídicas. Frente al universo de la vida social en sus múltiples manifestaciones, quedarían aisladas "islas jurídicas". Una inmensa mayoría de actos serían ajenos al Derecho, extraños a las preocupaciones de los juristas y de los órganos de la comunidad encargados de mantener la vigencia del Derecho positivo.

La tesis del Dr. Ghirardi no resulta convincente. La opuesta parece estar más acorde con la experiencia humana y con el sentido del comportamiento de los hombres. Es el hombre entero quien entra en el campo del Derecho, con sus acciones y sus omisiones, su conocimiento, su experiencia, sus pretensiones, sus representaciones mentales y sus propósitos. No hay acto humano, por más indiferente al Derecho que se lo pudiera imaginar, no susceptible de recibir una específica caracterización jurídica. Así, todo acto, sin excepción, puede ser visto como el ejercicio de una facultad (potestad de señorío); como el cumplimiento de un deber; o como la violación de un deber o como el padecimiento de una sanción. Donde se da una interferencia de comportamientos humanos (tal interferencia es una categoría de la conducta del hombre en sociedad) ese comportamiento ine-

xorablemente es o facultad, o deber, o entuerto, o sanción. Esta completa y plena captación del comportamiento humano resulta del principio ontológico según el cual todo aquello no prohibido, se encuentra jurídicamente permitido, lo que equivale a sostener que todo acto humano es lícito o ilícito.

Acaece en esta materia que el jurista tiende a concentrar su interés en los casos de conflicto, en las disputas cuya solución requiere la intervención de órganos comunitarios para evitar los riesgos y las incertidumbres de la justicia administrada por mano propia. Ha mediado una poderosa tendencia a pensar en términos de acto ilícito y de sanción, con olvido del riquísimo ámbito de la libertad individual, de los comportamientos espontáneos lícitos, de los fenómenos del mutuo entendimiento societario, cotidiano, pacífico, ordenado, regular, cuyas mismas características hacen innecesaria la presencia del abogado y del juez. Son estos actos humanos lícitos, espontáneos, irreflexivos, los que suministrarían el telón de fondo sobre el cual habrán de proyectarse después los conflictos, ganando una especial significación jurídica. Estos no serían comprensibles si no se contara con la interpretación espontánea de los miembros de la comunidad acerca de sus deberes, sus facultades y las consecuencias de apartarse del comportamiento prevaleciente en el seno de la comunidad.

En síntesis: es el hombre en su plenitud, de carne y hueso, quien entra en el mundo del Derecho, y no sólo un conjunto limitado y privilegiado de actos aislados.

2) *A propósito de la exposición efectuada por el Dr. Mosset Iturraspe*

El Dr. Mosset Iturraspe ha presentado y defendido con notable vigor el ideal de la plena individualización normativa, como si en cada caso se pudiera localizar la norma justa que correspondería a todas sus modalidades particulares. Puede encontrarse en cada caso, aun en el más común u ordinario, características únicas e irrepetibles. En efecto. Cada

caso aparece individualizado por elementos biográficos, temporales. ambientales y materiales que lo hacen único y diferenciado. Sobre esta base podría levantarse el ideal de normas jurídicas individuales que correspondiera a las características individuales y únicas del caso bajo consideración.

Que tal individualización resulte imposible en la experiencia del Derecho es un signo de la condición trágica del hombre, de sus limitaciones insuperables, de sus opciones existenciales, de su única vida terrenal. Porque al ideal de la plena individualización normativa conforme a la cual sería posible computar todas las características propias e irrepetibles susceptibles de encontrar en todo caso de comportamiento humano social e interindividual, se debe contraponer la necesidad inevitable de la previsión de los acontecimientos para hacer posible la acción humana eficaz. El hombre se encuentra incapacitado para adoptar determinaciones eficaces si está imposibilitado de anticipar los resultados probables de su propio comportamiento. El hombre necesita contar con una secuencia previsible de acaecimientos de modo tal que permita incorporar su acción a una corriente de eventos en cuyo seno fructificará permitiéndole alcanzar el objetivo buscado.

La plena individualización normativa impide la previsión de los acontecimientos y el cálculo de los resultados de las acciones humanas desde que habrían dejado de existir los cánones generales, las prescripciones normativas genéricas. En su reemplazo habría quedado el afán cálido de las normas *ad hoc* para cada caso, capaces de tomar en cuenta cuántos elementos del mismo lo hacen único e irrepetible. La normación individualizadora equivaldría a una serie interminable de golpes revolucionarios cotidianos. Ella destruiría toda probabilidad de cálculo y de previsión de los resultados de los comportamientos.

La previsión de la secuencia de los acaecimientos es una condición primaria de la vida social. Ella hace posible la acción eficaz, permite al hombre vivir su vida y realizarla conforme a su interpretación. Por razón misma de ese carácter

primario no se puede pensar en la posibilidad de una realidad social en la que se diera siempre la plena individualización normativa. Ésta frustraría el cálculo y la previsión y, por lo tanto, impediría la acción humana, condenando al grupo social a la inmovilidad y a la muerte. De ahí la razón de considerar trágica la aspiración a la plena individualización de la sentencia o del juicio normativo.

3) *Con motivo de la exposición efectuada por el Dr. Jorge de la Rúa*

Las conclusiones a las que ha arribado el expositor, Dr. de la Rúa, se basan en una determinada definición teórica del delito, según la cual se lo considera acto típico, antijurídico y culpable.

En base a esta definición del delito, elaborada por los teóricos lógico-dogmáticos del Derecho Penal, se llega a la inevitable conclusión de la inexistencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En efecto, los llamados "actos de la persona jurídica" al ser actos ejecutados por quienes las representan (y, por lo tanto, imputados a la persona jurídica) no podrían ser actos típicos, antijurídicos y culpables porque el ordenamiento no atribuye a los representantes de las personas jurídicas la facultad de ejecutar, como imputables a la persona jurídica, actos caracterizados como típicos, antijurídicos y culpables. La conclusión es obvia: no se puede sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas porque éstas no pueden ejecutar actos típicos, antijurídicos y culpables.

Ahora bien: en la realidad cotidiana del Derecho, en esa experiencia susceptible de intuición a la que llamamos experiencia jurídica, tanto en la Argentina como en la gran mayoría de los países, se encuentran casos reiterados de sanciones aplicadas coercitivamente a las personas jurídicas, privándolas de bienes, por haber incurrido en actos ilícitos, a los que se imputa como consecuencia, el padecimiento de una sanción: la imposición de una multa, el decomiso de

mercadería, la prohibición temporal de ejecutar ciertos actos o de realizar determinados negocios, o, aun, su disolución.

Se está, pues, ante una discordancia entre el enunciado de la teoría y la evidencia de la realidad. Se debe elegir entre la una o la otra. Elegir la teoría no es aconsejable, porque se elige una teoría incapaz de dar razón de la experiencia. Una buena teoría es la verificada por la experiencia. Una mala teoría es la carente de verificación intuitiva. La teoría que niega la responsabilidad penal de las personas jurídicas es mala teoría porque resulta ajena a los datos de la realidad.

No se soluciona este problema con cambiar el significado de las palabras y jugar con los criterios de clasificación, sosteniendo, por ejemplo, que si bien no existe responsabilidad penal de las personas jurídicas, sí se les pueden aplicar sanciones de índole administrativa, estudiadas por el llamado Derecho Penal Administrativo. De esta manera se pretende sostener que la persona jurídica no es susceptible de sanciones penales, aunque sí de sanciones del Derecho Penal Administrativo. Tal tipo de respuesta juega con los principios clasificatorios del Derecho y con el significado de las palabras, pero oscurece al mismo tiempo el conocimiento del tema y la comprensión del significado de los actos de coerción por virtud de los cuales se priva a una persona jurídica del todo o parte de su patrimonio por haber violado una prescripción normativa. ¿Qué consuelo podrá significar para sus accionistas saber que la persona jurídica no es susceptible de responsabilidad penal aunque sí puede padecer la aplicación de sanciones del Derecho Penal Administrativo?

Negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas significa dar prioridad a una teoría no verificada en la experiencia, e ignorar, en cambio, lo que la experiencia muestra. No son los hechos los que deben ajustarse a las teorías, sino las teorías a los hechos.

IV

OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

DERECHO, ECONOMÍA Y LEY NATURAL. EL DESTINO DE DOS INSTITUCIONES CAPITALES: PROPIEDAD Y CONTRATO

Disetración pronunciada por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía en ESEADE el 21 de octubre de 1985 y publicada en "Libertas", órgano de esa entidad, Nº 5, año III, octubre de 1986, págs. 113 y sigts.

1. — El derecho es un orden. En la acepción más pura, un orden de amor —un "ordo amoris"—, como diría San Agustín.

Su propósito es instaurar y asegurar una feliz convivencia.

Tiene unidad y universalidad. La unidad y universalidad que es propia del género humano, del medio en que se lo concibe y se lo acata.

Responde a una necesidad lógica y ética.

Trasunta una aspiración de paz, de temperancia, de justicia.

En el fondo, es la razón al servicio de la virtud.

2. — Contra esa sabia y prudente voluntad ordenadora conspiran el escepticismo, el materialismo, el positivismo, y en general toda actitud, toda postura, todo interés que la limite o comprometa:

El escepticismo, que descree de los generosos ideales de paz, de temperancia, de justicia; que no hace pie en la lógica ni en la ética ni pone la razón al servicio de la virtud.

El materialismo, que abjura del ideal y detiene el vuelo de la esperanza.

El positivismo, que sólo construye con lo que ve, con lo que toca, con lo que conoce, y desdeña lo que "prima facie" está más allá de lo sensorial y de lo inteligible.

3. — Desde una u otra posición extrema —en resumen la idealista o la positivista— trabajan con ardor los que son o se consideran realizadores o administradores del derecho.

Para alcanzar sus objetivos, se valen de la construcción doctrinaria, la ley y la sentencia.

Sin embargo, a veces la construcción doctrinaria, la ley y la sentencia ofenden al derecho y relegan la realización de la justicia.

Ello sucede, sobre todo, cuando el jurista, el legislador o el juzgador no van más allá de ser un ideólogo de circunstancias o un exégeta miope o farisaico, incapaces de compadecer el derecho positivo con el derecho natural; incapaces de distinguir y optar entre lo trascendente del derecho y lo relativo, lo mudable, lo transitorio y lo perecedero de la construcción doctrinaria, la ley y la sentencia.

4. — Esa distinción y esa opción que enfrenta al derecho positivo con el derecho natural no puede ignorarse o relegarse sin gravísimo riesgo.

Aunque lo nieguen sus detractores, el derecho natural, como la metafísica, es inevitable. Hay una voz que clama en la conciencia del hombre y le revela que, por encima de toda legalidad positiva, de contenido histórico y variable, existe otra que se ajusta a un orden de principios y valores absolutos y que impera indeclinablemente, más allá de la vida efímera y de tránsito de que gozan los hombres y los pueblos. Una ley eterna y natural que capta la razón y el corazón del hombre justo. Una ley para todos los hombres y para todos los tiempos, constante, universal, sempiterna, como lo tiene escrito Cicerón en *La República*. Luz divina en nosotros —"divini luminis in nobis"— como lo tiene escrito Santo Tomás en la *Summa Theologica*, cuando intenta definir la justicia.

Y es obvio que esa ley niega el positivismo dogmático y pragmático, sin vocación de eternidad, sin aliento lógico y deontológico, sin confianza en la autonomía de la volun-

tad, en la libertad del hombre, en su integridad moral, en su destino trascendente.

5. — Con esa ley natural deben confrontarse las leyes positivas, que son sin duda fruto de la inteligencia pero también de las pasiones humanas, y a veces imposición desenfadada del Estado, cualquiera sea el nombre de quienes ejerzan ocasionalmente el poder y cualquiera sea el origen de sus facultades.

Y a la luz de ese cotejo resulta claro que el jurista de verdad debe reexaminar sus concepciones, que el honesto legislador debe corregir sin demora las leyes injustas y que el juez probo debe desconfiar de una interpretación servil, sometida a la letra, y soslayar el pronunciamiento lesivo cuando hiera la ley natural y contradiga los principios generales del derecho, a los que la propia ley positiva suele remitir más de una vez sabiamente.

6. — No cabe duda de que las posiciones encontradas del jusnaturalismo y el positivismo en la comprensión y la formulación del derecho trascienden de lo que podría considerarse como una discursiva cuestión filosófica para gravitar en el campo de las instituciones jurídicas capitales. Personalidad, responsabilidad, familia, propiedad, contrato, transmisión de los derechos, etc., pueden proporcionar ejemplos aleccionadores.

Nadie ignora lo que se ha argumentado y lo que se puede argumentar aún a propósito de la propiedad, del contrato y de la transmisión de los derechos, y en qué medida esos asuntos y el de la organización de la familia demandan hoy una preferente atención, generan consultas populares y estimulan opiniones divergentes y enfoques encontrados en el ámbito nacional e internacional, hasta definir en lo ideológico, en lo político, en lo económico, en lo social, bloques continentales y posturas antagónicas que afligen con la odiosa perspectiva de eventuales y dramáticos enfrentamientos.

7. — Particularmente obvia es la relación de este asunto con la posición que se adopte —positivismo o jusnaturalismo; iniciativa individual o dirigismo a ultranza— si lo que se aborda, si lo que se pone bajo la lente del analista es el sistema económico con que desenvuelven su vida las naciones.

Parece innecesario destacar que en ese campo se torna agudo y excitante el enfrentamiento de los criterios de libertad o de estatismo, de autonomía individual o de sometimiento deprimente, todo ello en íntima relación con lo que se muestra como la gran opción contemporánea en materia política: cesarismo o democracia.

8. — En este tan mentado planteo nos atrevemos a subrayar la incidencia de dos grandes disputas que vienen del siglo anterior y se agudizan en este siglo: dominio absoluto o función social de la propiedad y soberanía del contrato o contrato dirigido y reajustable.

No es del caso analizarlas en profundidad aquí y ahora. Alguna modesta contribución en tal sentido creemos haber concretado hace ya cuatro décadas en nuestra tesis doctoral, editada en 1946. Pero parece útil traer a la memoria de todos, con el ánimo de destacar su volumen, el método de que se vale el Código de Napoleón, que relega la teoría general de los hechos y actos jurídicos y de las obligaciones para hacer pie en la propiedad como derecho absoluto, perpetuo y exclusivo, y en el contrato como fuente principal de las obligaciones y modo perspicuo para adquirir la propiedad. *Propriété et contrat* (las dos columnas en que se apoya el código señero de 1804) es el título de la obra clásica de Bufnoir, con el que se denuncia una orientación bien definida, hoy en crisis.

9. — Sin duda en nuestro medio entrevió la trascendencia del asunto ese gran jurista y frustrado profesor de Economía Política en la Universidad local que fue Dalmacio Vélez Sarsfield, el autor del Código Civil que nos rige desde 1871 y el

coautor del Código de Comercio sancionado para el Estado de Buenos Aires en 1859 y hecho ley nacional en 1862.

El libro II° del Código Civil, sobre los deberes personales en las relaciones civiles, adelanta la teoría general de los hechos y actos jurídicos y la teoría general de la obligación y eleva a la categoría de postulado decisivo el de la voluntad autónoma (art. 1197), asimilando la fuerza obligatoria del contrato a la de una ley particular, acordada por los contratantes al ajustar su negocio; y en el Libro III°, donde se trata la materia de los derechos reales, si bien se define la propiedad, a la manera de los romanistas, como el derecho según el cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona (art. 2506), y cuando es pleno o perfecto se lo califica de absoluto, perpetuo y exclusivo (arts. 2507, 2508 y 2510), todo un título de significativa trascendencia (el VI° del Libro III° mencionado), bajo el acápite "De las restricciones y límites al dominio", alerta sobre lo que el propietario no puede hacer sin herir el interés público, el interés común, la seguridad, la salubridad, etc., cuya protección cae en la órbita del derecho administrativo, según la regla del art. 2611, sin antecedentes textuales en la legislación comparada.

10. — Se torna así evidente el enfrentamiento en la ley y fuera de la ley, la pugna vivaz, el contrapunto ideológico de los días que corren: individualismo libérrimo o colectivismo anonadante en una correlativa extensión a las dos grandes ramas del derecho: privado y público.

Y una vez más parece innecesario subrayar la relación obvia de este planteo con el gran asunto de la organización social y económica de las naciones, que hoy también se debate entre dos polos: la concepción individualista, voluntarista, que hace mérito hasta de la génesis contractual del Estado, y la concepción cesárea, que todo lo subordina a razones de sumisión y de imperio.

11. — En la órbita del derecho privado y de la honrada administración de justicia, sobre la base de estos lineamien-

tos generales, será del caso meditar sobre cuestiones tan sustanciosas como estas de que nos hemos ocupado en otras circunstancias: autoridad e interpretación de la ley y del acto jurídico; revisión de los vínculos y situaciones de derecho; cosa juzgada y reajuste judicial; vicios de la voluntad y vicios del acto; abuso, lesión, imprevisión y enriquecimiento sin causa; teoría de la causa fin; transmisión y extinción de los derechos; autoridad de los pactos; régimen de las garantías y de las nulidades, etc., etc.

12. — Y quizá no esté demás advertir, volviendo a las apuntaciones iniciales, que en el campo de la meditación filosófica y de las más cernidas especulaciones políticas, todo lo que hemos intentado resumir concluye en el análisis de temas y problemas muy vastos que reclaman hoy la atención del erudito: la concepción política, económica y social que debe orientar la vida de las comunidades; la función del gobernante —y en particular del legislador y del juez— y la incidencia en su labor y en sus pronunciamientos de los principios del derecho natural; la ley positiva como expresión prevaleciente e idónea del derecho; las situaciones de conflicto entre el derecho y la legalidad; la promoción de la llamada "justicia concreta" por encima de la noción abstracta e inmanente de tan sublime virtud; el hombre sumergido; la libertad cercenada; el futuro incierto de la humanidad.

13. — Un orden feliz y perdurable es sólo el que consulta el ser de las cosas la naturaleza esencial de lo ordenado.

Y las leyes naturales son —ya lo hemos dicho— las que se compadecen con el ser, con la naturaleza de las cosas. No nacen de la razón o de la invención humana, mudable, accidental, contingente. Su universalidad, su perfección, su permanencia, remiten a una esfera superior, más próxima a lo divino que a lo humano. Por eso no es posible aislar al derecho de toda relación con la ideología jusnaturalista, como muchos lo han pretendido en los tiempos que corren. Pro-

ceder de ese modo importa renunciar al ideal, a la perfección, a la virtud; poner a las leyes los límites propios de la realidad, de la falencia humana; privar al derecho, en su manifestación positiva, de la necesaria aproximación a la verdad, de su correspondencia con el ser de las cosas.

14. — Hay, pues, motivos para honrar al derecho natural. Es su idea la que abrió el camino al reconocimiento de la dignidad del ser humano, proclamando primero su igualdad ante Dios y después ante la ley, en constituciones y declaraciones nacionales e internacionales. Es su idea la que ha borrado o sensiblemente atenuado las diferencias entre nacionales y extranjeros en punto a la capacidad civil y aun a la capacidad política. Es su idea la que ha proclamado el libre acceso a la propiedad privada. Es su idea la que ha afianzado el principio de autonomía de la voluntad y asegurado el respeto de la fe jurada y de la fuerza obligatoria de los contratos. Es su idea la que ha hecho pie en la noción de culpa para instituir una responsabilidad sin dispensas ni privilegios. Es su idea, en fin, la que ha abierto el camino al voto universal y asegurado el triunfo de la democracia.

15. — No es ésta —claro está— la orientación que prevalece en los duros tiempos que corren. Como lo apunta un egregio filósofo, parece irrefutable que hoy progresan las concepciones socialistas, estatistas, autoritaristas, en desmedro de los derechos que competen al individuo; que el hombre de hoy se aviene a considerar subordinada la moral a las condiciones económicas y éstas, a su vez, a las condiciones físicas y de medio, mientras se apagan en su sagrado interior las luces del espíritu.

Por esa vía, es lógico concluir en una concepción de gobierno que exalte la autoridad ilimitada del Estado y postergue o ignore los reclamos de la conciencia individual. Se vive, incluso, una flagrante contradicción que agobia. Ya apuntó Del Vecchio que es sorprendente advertir que países que han admitido en sus constituciones y leyes fundamen-

tales el respeto que se debe a los derechos de la persona hacen hoy prevalecer el principio opuesto en la vida de la comunidad, imponiendo restricciones ostensibles a las libertades públicas y privadas y a la iniciativa individual, so pretexto de razones y exigencias sociales ineludibles. En el fondo es —como dice Del Vecchio— un verdadero proceso de involución, evidente pero no confesado. La sociedad —apunta— es el nuevo ídolo, colectivo y laico, que insidiosamente prepara —Dios no lo quiera— el retorno de oscuras tiranías.

16. — Tal perturbación entra, incluso, por las puertas de la gramática, como diría Cervantes. Sebastián Soler escribió entre nosotros sobre la importancia que tiene el trasplante de ciertas postulaciones de raíz política, económica y social al campo de la filosofía cuando se busca explicar la vida humana. Y también sobre la trascendencia que cabe atribuir a la difusión de ciertas fórmulas verbales de que hoy echa mano el habla común, como son, entre otras, "estado liberal burgués", "justicia social", "clase trabajadora", "función social de la propiedad", "contrato dirigido", "responsabilidad objetiva", "relación de pareja", usadas en un osado planteo de crítica social, política y económica que debe estimarse con tino, a la luz de sus orígenes y de sus implicancias finales. Porque no todo —arguye Soler— es tan inocente y tan teórico como pudiera suponerse a primera vista, y porque bien pudiera responder el intento al propósito de abrir paso a una pretensión ideológica y políticamente orientada.

Algo parecido insinuamos en la disertación sobre "Lenguaje y derecho" que tuvimos ocasión de pronunciar en el Instituto Popular de Conferencias en 1975, al referirnos al poder innegable de la *palabra-acción*, como diría Karl Bühler.

17. — Indudablemente, los mencionados procesos de crítica social, política y económica y los desajustes o reajustes a que aludimos no son ajenos a convulsiones y expectativas extraordinarias que padeció y padece aún la humanidad. Después de tan tristes eventos como el horror de dos

guerras mundiales y la amenaza de una tercera terrenal y acaso cósmica; después de revoluciones y catástrofes sin cuento, la visión del futuro es, ciertamente, muy confusa. El porvenir no tiene hoy imagen precisa, aunque la razón nos dé los medios para conjeturarla y angustiarnos. No es fácil —se ha escrito— concebir e implementar una política pura, sin términos y postulaciones hostiles, aunque se la proclame y ambicione. La realidad está sembrada de ardides, de falacias, de sospechas. Y hay que juzgar con cautela de los hombres y de sus planteos, ostensibles o amañados, teniendo en cuenta que en asuntos de índole social, política y económica abundan las declamaciones y las metáforas deslumbrantes y se suele olvidar desaprensivamente después del éxito lo que se pregonó y prometió para alcanzarlo.

18. — Es tiempo de recapacitar con hondura sobre cuestiones que hacen al destino de la humanidad, a la convivencia feliz, y de ponderar el grado de sensatez con que se encarecen o denuestan recursos e instituciones de que nos hemos valido para habitar la tierra hasta el presente.

Sin perjuicio de su generalidad, no cabe duda de que el asunto convoca hoy, en primer plano, a economistas y juristas. La economía está íntimamente ligada al derecho. Lo deseable es, sin embargo, que el derecho no invalide los principios y las leyes de la economía; antes bien, se trata de que el derecho sea el apoyo y la convalidación de tales principios y leyes.

19. — La propiedad y el contrato son las instituciones capitales de derecho natural y positivo que concitan el interés permanente de los unos y los otros.

Son, además, las que reflejan con mayor nitidez el ya mentado enfrentamiento de las posturas liberales o estatistas a que nos referimos en párrafos anteriores.

20. — En nuestro país, escribió Alberdi que a la escuela de la libertad pertenece la doctrina económica de la Consti-

tución. Y las leyes nacionales respetaron ese criterio hasta que sobrevino la primera guerra mundial. Podría decirse que hasta allí coincidieron economistas y juristas. Pero en la postguerra se hace visible el disenso. Los principios próceres de libertad e igualdad son agredidos por la brecha que abre una realidad imperiosa. El mundo se achica. La población, las necesidades y los insumos crecen. El mercado se diversifica y expande. No hay tierra incógnita ni latitudes inaccesibles. Sobreviene la universalización del capital y del crédito. Se dilatan las áreas de influencia de las monedas fuertes. La propiedad se impersonaliza, se desvitaliza, se sumerge en el anonimato. La tierra genitora y también las industrias se esconden en el cuerpo veloz y versátil de un paquete de acciones al portador. La fuerza obligatoria del contrato cede. Es la hora de la llamada "libertad sindical", del "derecho de huelga", de las "convenciones colectivas", de los "contratos de adhesión", de los ensayos corporativos, de la cogestión en las empresas, etc., etc.

21. — Dijo sin embargo nuestra Corte Suprema en 1922, volviendo sobre lo resuelto poco antes ("Fallos", 136:161 y 137:47), que si algo interesa a una sociedad basada en el reconocimiento y el respeto de la propiedad privada y en el afianzamiento de la justicia es *la estabilidad de los derechos patrimoniales y el cumplimiento estricto y leal de los contratos*, y aun añadió que resulta insostenible, en un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los poderes, alentar la tesis de la omnipotencia legislativa.

Pero el camino sinuoso quedó abierto en aquel año 1922, aunque reconforte leer la disidencia del juez Bermejo en la causa "Ercolano vs. Lanteri de Renshaw" ("Fallos", 136:161, cit.) y la del juez Repetto en la causa "Avico vs. de la Pesa" ("Fallos", 172:21). Con el soplo de otros vientos, la Corte justifica abiertamente en 1944 la intervención del Estado en la economía (causa "Inchauspe Hnos. vs. Junta Nacional de Carnes", "Fallos", 199:483). "La reglamentación legal —se dijo entonces— puede restringir y encauzar industrias y acti-

vidades en la medida que lo exija la defensa y el afianzamiento de la salud, de la moral y el orden público... y aun los intereses económicos de la colectividad", sin otra base que lo dispuesto por el art. 28 de la Constitución. Y a partir de entonces los derechos de propiedad y de trabajo, la libertad de contratar y de asociarse con fines útiles cedieron paso a una dilatada extensión de los poderes de policía, al tiempo que se convalidaban aportes compulsivos, monopolios de hecho, sindicaciones forzosas, etc.

Parece oportuno subrayar que en el lapso 1946 a 1955, y también en causas de posterior sustanciación como la del "Cine Callao" ("Fallos", 247:121), se resolvió en iguales o parecidos términos. Y parece también oportuno subrayar que nuestra posición fue otra cuando nos cupo el honor de integrar el Alto Tribunal de la República ("Fallos", 267:215, causa "Outón y otros", y "Fallos", 277:147, causa "C.A.V.I.C. S.R.L. vs. Juan Maurín y Cía.").

22. — No podía ser de otro modo. Desde que despertó mi vocación —permítaseme aquí el uso de la primera persona—, vengo meditando sobre el origen y la razón de ser del derecho. He indagado el papel que juega en su génesis y en su adultez la voluntad psicológica y cómo se reconoce y opera la jurídica. Me he preguntado si es posible concebir un derecho sin voluntad o una voluntad sin derecho. He sostenido —y sigo sosteniendo— que no es posible asentar un orden justo sin libertad, sin moralidad, sin una regulación jurídica que asegure la propiedad privada y la fuerza obligatoria del contrato. En lo político, en lo económico, en lo social, en lo intelectual, he bregado por el alumbramiento de un orden que aspire a una regular permanencia, convencido de que los límites de la libertad deben ser la obra de la libertad, como se escribió vigorosamente hace dos siglos.

23. — Sigue siendo ése mi ideario. Reconozco y acato la dignidad del justo título, de la buena fe, de la palabra empeñada libremente, en los márgenes de una conducta razo-

nable que no haga del propietario o del acreedor un verdugo. Siempre he pensado que la caridad también es justicia en circunstancias que apelen a ella sin rencor y sin orgullo. Siempre he pensado que un orden de comprensión y caridad es, en última instancia, el "ordo amoris" de que habló San Agustín cuando quiso apresar la más pura acepción y esencia del derecho.

24. — Con los ojos puestos en la realidad que me circunda reclamo, pues, un régimen de libertad y tolerancia; de sinceramiento y mesura en la producción, en el consumo, en el intercambio de valores.

En lo jurídico —lo reitero— postulo el respeto de la proviedad privada y de la libre contratación. En lo económico, creo en la existencia de leyes inmutables que no se transgreden sin riesgo ni se compadecen con el abrupto dirigismo estatal, con la interferencia del Estado en el manejo de la propiedad privada y en el libre intercambio de bienes y servicios.

Reclamo, pues, la instauración de un orden económico en el que cuenten los precios de mercado y se proscriban los precios políticos.

Pienso que no es ésta una repudiable postura egoísta, sino que apunta al bienestar individual y común, porque la fortuna del individuo crece en la medida en que prospera la condición social y económica de su prójimo. Como decía Adam Smith, cuando el hombre persigue su interés personal, sirve al interés de la sociedad de modo mucho más eficaz que cuando se propone directamente servirlo.

Pienso, también, que hay que eliminar restricciones odiosas a la energía y al impulso creador del individuo. No me seducen ni el renacimiento de las formas corporativas ni el abuso de los monopolios u oligopolios.

Reitero, en suma, mi confianza en las operaciones de mercado, libres y rentables, que generan el ahorro y estimulan la inversión; que permiten, consecuentemente, elevar el

salario y mejorar las condiciones de vida de los auténticos trabajadores.

La voz de orden es, a mi juicio, alentar la creatividad, la digna emulación, la competición franca y honesta, actualizando el apoyo tecnológico y favoreciendo la inversión útil del capital disponible.

25. — Todo esto es predicar una economía liberal, sin conminaciones, sin trabas, que facilite la circulación de la riqueza, eluda el negociado espurio y brinde el éxito al productor inteligente y eficaz, según el juicio certero de los consumidores.

Hay que estimular antes que condenar la ganancia lícita, porque si en el proceso económico se suprime o cercena sin tino la ganancia, es lógico que los capitales prefieran las especulaciones propias del mercado financiero.

26. — Nuestro país conoció lo sustancial de esta prédica al tiempo de recibir su Ley Fundamental. Son principios y conceptos que Alberdi supo recomendar con énfasis.

Hoy y entre nosotros la causa principal de las angustias y decepciones que nos acosan es la intervención del Estado en todos los rubros de la economía y, desde luego, la ingente participación que le cabe en la distribución del producto bruto nacional.

Esa orientación viene apoyada por una organización corporativa que ha crecido sin cesar en las últimas décadas; por una burocracia caudalosa e ineficiente que hace pesar en el presupuesto nacional la retribución debida a un impresionante registro de empleados públicos; por la mala gestión y la inadmisible perdurabilidad de empresas estatales deficitarias; por la fijación de costos y de precios máximos, mínimos y de sostén ; por la fijación de salarios; por las restricciones impuestas a la exportación y a la importación de ciertos insumos críticos de que la producción local se vale; por el manejo del mercado cambiario, del crédito y de las tasas de interés, y por muchas otras sisas, conminaciones y/o in-

terferencias que habrá que eliminar si se aspira a una recuperación asentada en la fiel observancia de las leyes de la economía.

27. — Las consecuencias de tales desvíos resultan evidentes. Pueden resumirse en un mal endémico que salta a la vista: la inflación incoercible, con toda su profunda y desquiciadora repercusión moral y jurídica; el endeudamiento pavoroso; la emisión incontrolada; la tributación confiscatoria. Como secuela, el deterioro del salario, las facturas no satisfechas de los proveedores, el atraso en el pago de los sueldos y de los beneficios previsionales. El Estado toma fondos del circuito financiero que se sustraen así a la inversión productiva. Y al tiempo que se contraen préstamos infecundos que vienen del exterior, fugan hacia allí, buscando amparo, los capitales argentinos.

28. — Para tantos males, creemos que la doctrina y la praxis que los enfrente con decisión y los revierta es lo atinado. Con alguna inquietud semántica, concebimos e interpretamos a la propiedad como *lo que es propio, exclusivo del hombre,* y ajeno al poder que éste delega en el Estado. A su vez, concebimos al contrato como la más alta y útil expresión de la voluntad jurídica; el instrumento irremplazable para afirmar el poder creador del individuo; el agente natural de una economía y una civilización que permitan incluir al futuro en las previsiones del hombre, que acepten la propiedad privada y den a los particulares la libre disposición de sus bienes. Todo sobre la base de un principio ético que suponga el respeto inconcuso de la fe que se empeña sin obstáculos, sin vicios, sin coerciones. Todo sobre la base de una concepción de la vida en sociedad que acepte que las voluntades privadas pueden y deben adaptarse a la satisfacción de los intereses individuales recíprocos y al logro de los fines superiores del derecho, precisados "in limine": la convivencia en paz, la temperancia, la justicia.

29. — Entiéndase bien: quienes pensamos así —y somos muchos, de modo que vuelvo a la tercera persona— no desconocemos la existencia —y desde luego no auspiciamos el triunfo— de un supuesto liberalismo egoísta, capaz de instituir, mediante la coalición de turbios intereses, un verdadero dirigismo privado y de destruir la libertad invocando la libertad. Ese supuesto liberalismo es tan odioso como el colectivismo despiadado de otras latitudes, que hoy exhibe sus conquistas con desprejuiciada soberbia.

No predicamos ni el liberalismo de la jungla, con márgenes abusivos de ganancia y mercados de ficción, ni el colectivismo expansionista de los sátrapas euroasiáticos.

Hablamos de un liberalismo lúcido, compatible con la realidad de nuestros días, iluminado por la regla moral, eficiente, sin privilegios, sin favores, que concilie el espíritu de lucro con el espíritu de servicio en la más pura atmósfera de libertad. Capaz, incluso, de admitir la razonable ayuda del Estado en la plataforma de lanzamiento, en todo lo que signifique infraestructura necesaria, provisión de medios, organización, apoyo, en fin, que no interfiera el papel decisivo de lo estrictamente individual.

Hablamos, en suma, de un liberalismo al servicio del hombre, que respete las leyes naturales de la economía, que postule la propiedad privada de los medios de producción, que se maneje con valores estables, con moneda sana, con ahorro neto, con inversiones dignas. Un liberalismo con creatividad, con competencia, con mercado abierto, que sustraiga los negocios al intervencionismo del Estado, en lo que no sea el apoyo normal que le incumbe brindar al empeño de los particulares, en los términos previstos por la Constitución Nacional (art. 67, inc. 16).

30. — Insistimos: no queremos un supuesto liberalismo hiperbólico, exacerbado, que concluya por postular la anarquía, el sacrificio del orden indispensable a la vida de la comunidad.

El correcto liberalismo que alentamos es el que reclama

la existencia y la actuación de un Estado sin poderes absolutos, fundamentalmente constreñido a la preservación y defensa de los derechos individuales contra toda restricción o agresión que los disminuya o invalide.

Tal concepción —la del liberalismo clásico— no es materialista sino sustancial y principalmente espiritualista y, desde luego, ajena a una exclusiva preocupación económica voraz y codiciosa. Si propende a incrementar la riqueza de los individuos y de las naciones, es porque así se asegura un mayor bienestar y desarrollo de la humanidad, atendida por más y mejores recursos y servicios; porque así se abre paso a una solidaridad sentida y no impuesta respecto de quienes padecen postergación o postración en la comunidad no obstante ser a todas luces jurídicamente iguales.

En el fondo, es una concepción que coincide con el planteo y las expectativas de un sistema democrático de gobierno, sin pretensiones absolutistas o cesáreas.

31. — El materialismo histórico ignora que en toda creación, incluso en la económica, hay un aliento espiritualista que no puede anularse. Alberdi lo predicó entre nosotros. No lo olvidemos.

Es sabido que para los cultores de una tendencia socialista, colectivista, intervencionista extremada, es el acto de apropiación y el respeto cerval de lo convenido lo que siembra el infortunio, el celo y hasta el crimen entre los hombres, lo que enajena y deprava la vida. Su supresión y su demérito significará, pues, el regreso a un origen feliz, a una edad de oro, a una convivencia decorosa. Y aunque los epígonos de las concepciones más audaces vaticinaron la desaparición de un "Estado verdugo" y un "derecho traidor", es sin duda en las comunidades adictas a ese sistema donde el Estado se muestra más robusto y donde el derecho positivo —que pretende asumir la imagen y la jerarquía del derecho natural— intenta concretar el milagro.

La respuesta está en el Evangelio: "por sus frutos los conoceréis".

32. — En suma: Hay un orden natural que escapa a la voluntad del hombre. Lo hay en el ámbito del derecho y de la economía, donde no cabe, por principio, la creación fantasiosa del Estado.

Es prudente reconocerlo y evitar, pues, la legislación depresiva, desarticulada, sin sistema; la legislación que resta aliento al impulso creador del individuo. Y es prudente evitar, también, la decisión que acomoda la vara de la justicia para aparentar las formas del derecho y caer en la inaceptable complacencia.

La libre iniciativa ha de ser preservada. La propiedad y el contrato son su presupuesto y su seguro. La ley que da al Estado franca intervención en las actividades propias del individuo y la sentencia que convalida esa conducta agreden la Constitución y trastornan los principios del buen gobierno.

Con todo, en ese orden de ideas, hay que tener presente que una cosa es desconocer el derecho de propidad y otra muy distinta reglamentar con mesura su ejercicio y recomendar su uso honesto: "civiliter", como dirían los romanos; "según Dios e según fuero", como se lee en las Partidas. Que una cosa es desconocer la autoridad de los contratos burlando la fe jurada, sembrando la inseguridad en los negocios, quebrando la regla moral, y otra muy distinta limar su aspereza para ponerlos al abrigo de la lesión, de la imprevisión, del abuso, y satisfacer un escrúpulo de justicia.

Familia, propiedad y contrato son, todavía, las instituciones capitales cuya evolución marca el destino de la humanidad. Son, además, las que evidencian con mayor nitidez el enfrentamiento de las posturas antagónicas a que se alude en estas páginas.

Las tres merecen la atención del sociólogo, del político, del jurista, del economista. Las tres comprometen el criterio de quienes aman la verdad y meditan sobre el destino vital y trascendente del hombre.

33. — Preferimos no cerrar esta breve memoria con un capítulo más de premoniciones y advertencias.

Hemos dicho lo que pensamos, a riesgo de que se nos tache de tradicionalistas y tal vez de retrógrados.

Invitamos a la meditación sosegada. En esta índole de asuntos —valga otra vez la autoridad de Cervantes— suele estar tan lejos de la verdad el triste que desespera como el alegre que se confía.

En esta índole de asuntos, al que opine en contra corresponde tenerlo por adversario, nunca por enemigo. La distinción es oportuna. El enemigo —escribe un agudo pensador, experto en disputas y persecusiones— puede estar atrás, a la izquierda, a la derecha. El adversario siempre está enfrente, y si es leal, con la mano tendida.

ASPECTOS JURÍDICOS DEL RUIDO Y LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN EL EJERCICIO DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Relato expuesto por el académico Dr. Federico Videla Escalada en las XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial realizadas en Montevideo, República Oriental del Uruguay

I. EXPOSICIÓN PRELIMINAR DEL TEMA

Con total certeza, puede afirmarse que la aparición y el posterior desarrollo de la actividad aeronáutica constituyen un extraordinario beneficio para la humanidad contemporánea.

Sin embargo, como el hombre y sus obras son siempre imperfectos, ese beneficio no es absoluto sino que, juntamente con él, aparecen algunos inconvenientes, sin duda muy reducidos frente a la magnitud de aquél, pero incuestionablemente reales.

Tal lo que sucede con el ruido de las aeronaves y la contaminación, que, especialmente por causa del ruido, engendra la actividad aeronáutica.

En rigor, es evidente que la aeronavegación ha creado un riesgo antes desconocido para todos los habitantes de la Tierra: antes de la aparición de aquélla, quienes habitaban la superficie del planeta contaban con un margen de seguridad del que actualmente carecen: por la fuerza de gravedad, toda aeronave está sujeta a la atracción y tiende, por consiguiente, a caer.

En los primeros tiempos de la historia de la aviación, la imperfección de las máquinas voladoras de aquellos tiempos conformaba un elevado índice de peligro, no sólo para quienes las utilizaban, sino también para quienes, ajenos

totalmente a su actividad, desarrollaban simplemente su vida terrena.

No es, por ello, de extrañar que una de las preocupaciones iniciales de los estudiosos del Derecho Aeronáutico haya sido estructurar un sistema orgánico de reparación de los daños sufridos por terceros en la superficie, preocupación que condujo a que uno de los primeros trabajos del CITEJA haya sido la preparación de un proyecto de convenio internacional dedicado a ese tema, que se plasmó en un convenio en Roma en 1933, aun cuando por algunos defectos, especialmente relacionados con las garantías de las obligaciones resarcitorias de los explotadores de aeronaves, no alcanzó a tener vigencia por no haber obtenido el número mínimo de ratificaciones.

No obstante, era evidente la importancia del tema y, como los principios del Convenio de Roma de 1933 eran correctos, a medida que fueron sancionadas numerosas legislaciones nacionales, los preceptos básicos de aquél se incorporaron al derecho positivo interno de la mayoría de los Estados.

Se conformó así un acervo jurídico valioso y puede decirse que uno de los temas específicos del Derecho Aeronáutico fue, desde el comienzo y continúa siéndolo, esta cuestión referida a la regulación jurídica de las consecuencias dañosas que la actividad aeronáutica puede causar en la superficie.

En verdad, la historia de la aviación ha enseñado que son pocos los casos en que los impactos de aeronaves accidentadas producen perjuicios graves en la superficie, pero potencialmente el riesgo creado por aquéllas es grande y si bien el extraordinario crecimiento del índice de seguridad de las aeronaves hace cada vez más remoto el peligro, el crecimiento del volumen de las máquinas, de su peso y su velocidad, obran como factores que agravan ese peligro potencial, que, lamentablemente, algunas veces se ha concretado, con las consiguientes consecuencias dolorosas que el Derecho debe reparar.

La comprobación de la realidad de estos datos, sirve de

base para una reflexión directamente vinculada con el tema de este relato: si los daños producidos en la superficie por accidentes de aviación son poco frecuentes, el crecimiento de la actividad aeronáutica y la transformación de las aeronaves acuerdan hoy importancia primordial a la consideración de los efectos del ruido de aquéllas y de su influencia negativa en la vida contemporánea por el deterioro ambiental que causa.

Puede decirse que el riesgo se ha transformado: es cada vez menos probable que alguien en la superficie resulte damnificado por la caída de aviones, pero, desde otro punto de vista, es cada vez mayor la necesidad de tomar en consideración la incidencia del ruido de aquéllos sobre el ambiente en que se desarrolla la vida del hombre contemporáneo.

En rigor, el ruido no es un problema nuevo para el Derecho Aeronáutico: tiene una larga historia, cuyas manifestaciones han experimentado una extraordinaria variación desde que se produjeron sus primeras manifestaciones hasta su realidad actual.

Pero, de cualquier manera, es preciso reconocer que cuenta con una amplia trayectoria en el tiempo y que su evolución aparece condicionada, naturalmente, por las características propias de los diversos períodos del desarrollo de la navegación aérea.

De los primeros tiempos de este proceso temporal, es decir, de comienzos de nuestro siglo, datan algunas decisiones jurisprudenciales, dictadas a ambos lados del Océano Atlántico, en que los jueces debieron pronunciarse respecto a conflictos planteados entre propietarios de fundos y explotadores de aeronaves.

Especialmente significativos son, entre ellos, el caso Heurtebise en que los Tribunales franceses debieron abocarse a una acción deducida por quien entendía que el ruido de una de aquellas primitivas aeronaves lo había perjudicado al espantar y alejar de sus posesiones a animales destinados a la caza [1] y, en los Estados Unidos de América, el de un

[1] El caso Heurtebise está publicado en "Dalloz", 1914, 2, pág. 193.

granjero de Nebraska, damnificado porque los vuelos a baja altura sobre su criadero de aves habían disminuido la aptitud ponedora de sus gallinas, con el consiguiente daño patrimonial, que lo impulsó a demandar el cese de tales vuelos y a obtener que se prohibiera al piloto de la máquina que los realizaba a sobrevolar la granja a menos de cien pies del suelo [2].

Es de notar que esos litigios, lejanos en el tiempo, perdieron posteriormente importancia y fueron progresivamente reduciéndose, quizás porque los hombres y los animales se habituaron a la presencia de las máquinas voladoras y su multiplicación hizo que su ruido se fundiera con otros, comunes en la vida ordinaria y se insertasen en la costumbre de la sociedad industrial más y más desarrollada.

Pareció entonces que el ruido había de requerir en menor medida la atención de los estudiosos del Derecho Aeronáutico y, consiguientemente, que los legisladores y jueces se verían menos insistentemente solicitados para reglarlo o para resolver conflictos de intereses derivados de aquél.

Pero, sólo se trató de un paréntesis: la aparición de los aviones a reacción lo volvió a instalar en el foco del interés de la doctrina y a motivar nuevas decisiones jurisprudenciales, que comenzaron a multiplicarse [3].

Y el progreso continuó intensificándolo al producirse en este proceso de crecimiento de su importancia la superación de la barrera del sonido, primeramente por aeronaves militares y más tarde por las primeras manifestaciones de esta especie en el ámbito del transporte aerocomercial [4].

No es, sin duda, necesario, poner de relieve la diferencia de los datos de la realidad entre aquellas primeras manifestaciones del problema sucintamente recordadas y las que presenta en esta nueva etapa.

2 Ver transcripción del caso Glatt c/Page en M. RAITZIN, *El Derecho de la Aeronavegación*, Abeledo, Bs. As., 1945, Nº 20, pág. 35.

3 Ver jurisprudencia citada en nuestro *Derecho Aeronáutico*, t. IV-B, Nº 1034, pág. 665, notas 331 a 334 y Documento de OACI, LC/Documento de trabajo Nº 854-4.

4 Ver jurisprudencia citada en nota 334, op. cit., loc. cit.

Conviene, sin embargo, señalar algunas de las circunstancias más significativas del cambio.

En primer lugar, es sensiblemente mayor el nivel de ruido de las aeronaves que se utilizaron desde el comienzo de la era del avión a reacción comparado con el de las que surcaron los cielos en las primeras décadas del siglo: éstas ni siquiera se acercaban al de otras maquinarias empleadas en la industria y aun en el transporte, como algunos elementos del tráfico ferroviario.

Y mientras los antiguos aeroplanos eran muy pocos y constituían, muchas veces, verdadero motivo de curiosidad, el avión aparece como uno de los símbolos de la época posterior a la segunda guerra mundial y su presencia crece constantemente.

La sola enunciación de estas diferencias pone inmediatamente de manifiesto que el problema se ha agudizado desde todo punto de vista: los inconvenientes producidos por el ruido son más intensos y afectan a una mucho mayor cantidad de personas, no sólo en números absolutos, sino también en relación con la población total de la Tierra.

La intensificación del ruido agrava los inconvenientes que causa a quienes lo sufren y justifica, en mayor medida que antes, que se procure, mediante normas de tipo administrativo, poner remedio al mal y que, cuando esto no es posible, se reparen los daños sufridos por las víctimas.

La expansión del fenómeno, por otra parte, transforma el problema, que de individual se torna general, ya que todo el cuerpo social experimenta sus consecuencias negativas, lo cual obliga a contemplar la cuestión en relación con la defensa del bien común.

Frente a esta realidad, es también evidente que ese bien común recibe una contribución cada vez mayor del desarrollo de la aeronavegación, que sirve a la mejor comunicación entre los pueblos, al acercamiento entre los habitantes de todos los países, al conocimiento más directo y personal de los ciudadanos de los cinco continentes, a la reducción de los lapsos necesarios para trasladarse de uno a otro, con

la consiguiente ventaja para el progreso económico y el avance social general, etc.

Parece totalmente innecesario recordar esto último, especialmente en una Jornada del carácter de la presente, pero he considerado necesario ponerlo de relieve por constituir un elemento imprescindible para el correcto enfoque del problema que nos ocupa.

En efecto, es preciso tener siempre en consideración que el desarrollo de la actividad aeronáutica, no sólo no debe ser entorpecido en tanto en cuanto sea posible, sino que debe ser fomentado y apoyado por ser beneficioso para la humanidad.

De ahí que sea necesario encontrar los medios aptos para paliar los inconvenientes que ocasiona, como el ruido de las aeronaves, sin que ello afecte su desenvolvimiento normal.

No se puede, por consiguiente, pensar en adoptar medidas prohibitivas drásticas, susceptibles de frenarla, sino que han de ponderarse debidamente los factores positivos y negativos y llevar adelante el mayor esfuerzo para alcanzar una solución satisfactoria, que respete los derechos individuales, proteja el medio ambiente, permita el normal proceso de avance de la aviación e indemnice equitativamente a quienes sufran daños causados por aquélla.

Se deben, pues, utilizar todos los instrumentos aptos para lograrlo: tanto los técnicos como los estrictamente jurídicos para conseguir el resultado buscado.

He estimado oportuno iniciar este relato con esta exposición sobre el proceso histórico de la evolución del problema del ruido y su transformación, por entender que el análisis de esos datos permite apreciar la magnitud de la cuestión y el desafío que lanza a los juristas en su irrenunciable búsqueda de la formulación de normas que, frente a cualquier situación planteada, constituyan una aproximación al ideal de la elaboración del mejor Derecho, para bien de la sociedad humana.

Sobre la base de estos elementos y de las breves reflexiones que anteceden, orientaré mi relato, referido directa-

mente a las características que el problema del ruido reviste en la actualidad, sin perjuicio, lógicamente, de utilizar los aportes de sus antecedentes históricos, siempre ilustrativos y fecundos.

Creo que es útil comenzar por la consideración de los hechos.

Mientras en los primeros tiempos del desarrollo de la aviación, los conflictos enfrentaron principalmente a los explotadores de aeronaves con los propietarios de los fundos que aquellas sobrevolaban, hoy se registra una modificación substancial.

Algunas legislaciones han dispuesto expresamente que nadie, sobre la base de un derecho de propiedad puede oponerse al paso de una aeronave por encima de su fundo y que si el dueño del terreno experimenta algún daño por esa causa, tiene derecho a ser indemnizado [5].

Por otra parte, aun cuando no esté así establecido en un texto legal, puede afirmarse que esto constituye un verdadero principio universalmente admitido, en el cual se concreta la libertad de circulación por el espacio, derecho de la persona humana.

El desarrollo del Derecho Aeronáutico ha puesto fin a cuestiones que se plantearon en relación con la interpretación de la extensión del dominio del propietario del suelo conforme a los preceptos de los Códigos Civiles [6] y esto ha servido para enmarcar más precisamente el ámbito en que se presenta el problema del ruido.

Esto tiene hoy, fundamentalmente, dos manifestaciones: el estampido sónico y la incidencia del ruido en las proximidades de los aeropuertos.

Hay una clara diferencia entre ambas manifestaciones: el estampido sónico es apto para producir daños en cualesquiera lugares y los ocasiona por sí mismo, de manera que, salvo dificultades de hecho y prueba que incidan en la determinación de la aeronave que originó el perjuicio, se trata

[5] Ver Código Aeronáutico de la República Argentina, art. 6.

[6] Ver comentario sobre el tratamiento del tema en Códigos civiles en nuestro *Derecho Aeronáutico*, t. I, Nº 102, pág. 339.

de daños producidos por una aeronave y que ponen en cuestión una posible obligación resarcitoria de su explotador, responsable directo de su actividad.

A diferencia de esta situación, en las proximidades de los aeropuertos, hay una reiterada producción de ruidos, los cuales, quizás, individualmente cada uno de ellos, podrían no significar molestias o inconvenientes que justificaran una indemnización, pero cuya acumulación causa verdaderos daños morales y aun materiales, que deben ser reparados.

Se habla, por ello, de daños acumulativos, expresión empleada en los documentos del Comité Jurídico de la OACI [7], más simplemente, de una acumulación de hechos susceptibles de perjudicar, cuya suma efectivamente perjudica a personas, que con justicia deben recibir una compensación por ese motivo.

Dadas estas circunstancias de hecho, se plantean diferentes cuestiones de orden jurídico.

En primer término, como ocurría en los casos de reclamos por sobrevuelos que los dueños de los fundos entendían que violaban su derecho de propiedad, la jurisprudencia de los tribunales de diversos países ha debido pronunciarse en demandas deducidas, precisamente, por propietarios que estiman que el ruido afecta su derecho real de dominio y reclaman que se les indemnice por la desvalorización de sus inmuebles, de modo de compensar la reducción del valor patrimonial de su cosa [8].

Se renuevan, así, aun cuando con datos diferentes, los conflictos relacionados con la extensión de los derechos reales sobre el suelo.

En cuanto a los presuntos violadores de tales derechos, son los explotadores de las aeronaves que producen el ruido o los explotadores de los aeropuertos donde aquéllas operan.

El otro sector de cuestiones se sitúa en relación con quienes consideran que sufren un daño resarcible y deducen acciones tendientes a obtener una indemnización por ello,

7 Ver OACI LC-Doc. de Trabajo 854-1 del 10/6/1976, pág. 20.

8 Ver N. CALKINS, *La propriété foncière et l'aviation*, "Revue Française de Droit Aérien", 1959, pág. 213.

es decir, que plantean el problema dentro del campo de la responsabilidad civil.

Aquí también se produce una bifurcación entre los destinatarios de los reclamos, que se dirigen, a veces, contra los explotadores de aeronaves y, en otras ocasiones, contra los de los aeropuertos.

Cuando el conflicto está situado en la primera opción, el caso queda, en principio, enmarcado en el régimen de reparación de los daños sufridos por terceros en la superficie, lo cual simplifica la cuestión.

Por mi parte, creo que es la solución más correcta.

Pero no ocurre lo mismo si se considera responsables a los explotadores de aeródromos, ya que el caso no entra, entonces, en los lineamientos fundamentales de aquel sistema.

Si hubiese consenso entre los autores, jueces y legisladores, en el sentido de optar por la primera solución, correspondería la inclusión del caso dentro del régimen previsto por el Convenio de Roma de 1952 y en el Protocolo de 1978 destinado a modificarlo, con las grandes ventajas que ello traería aparejadas, inclusive en lo atinente al aprovechamiento de un amplio acervo jurisprudencial y doctrinario.

De optarse por la otra posición, el tema deberá ser tratado específicamente por las legislaciones internas o bien, en caso de alcanzarse el punto ideal, en un convenio internacional especialmente dedicado a esta cuestión.

Hasta este momento, esta manera de pensar predomina entre los Estados que hicieron llegar sus opiniones al Comité Jurídico de la OACI con motivo de las consultas formuladas por el organismo en ocasión de los trabajos que culminaron con la aprobación del texto del mencionado Protocolo de 1978 [9].

Creo que con la consideración de los elementos enunciados, tenemos dadas las bases para poder penetrar algo más profundamente en el estudio del tema y procurar alcanzar algunas conclusiones.

Para ello, deberemos analizar diversos aspectos.

9 Ver "Air Law", 1977, 2, pág. 119.

Inicialmente, estimo indispensable, a pesar de todas las limitaciones que afectan en general a los hombres de Derecho y, en particular, a mí mismo, para la comprensión de las cuestiones de orden técnico, realizar un breve recorrido por el campo de la ciencia física relacionada con el ruido de las aeronaves y señalar también los datos técnicos referidos al problema.

Es evidente que, de poderse arbitrar soluciones técnicas, basadas en conocimientos científicos, que permitieren reducir substancialmente el ruido de las aeronaves, la importancia de los inconvenientes que crea el problema disminuiría apreciablemente y se facilitaría el logro de construcciones jurídicas, que sólo deberían contemplar supuestos de excepción donde se hubiesen producido daños, los cuales, en la gran mayoría de los casos, se deberían a alguna falla humana o defecto de construcción, de conducción o de navegación, originados por conductas defectuosas de los fabricantes de aeronaves o de sus explotadores o comandantes o de los organismos de tránsito aéreo.

Hasta ahora, las soluciones técnicas no han permitido superar totalmente el problema del ruido, pero constituyen un aporte importante, que permite avanzar hacia ese objetivo.

Cabe señalar que sobre la base de importantes trabajos científicos, el esfuerzo aparece concretado en el Anexo 16 de la OACI y en normas administrativas sancionadas por el derecho interno de diversos Estados.

Tras esa breve mirada, he de referirme a aspectos jurídicos vinculados con conflictos de derechos.

En este terreno, comenzaré por considerar la incidencia del ruido en el derecho de propiedad y luego me situaré en el ámbito de la responsabilidad civil.

Aquí he de orientar la investigación con la guía de algunos elementos fundamentales.

Dentro del campo general de la responsabilidad aeronáutica, es evidente que nos encontramos frente a daños producidos en la superficie: cabe reflexionar respecto a si el

sistema del Convenio de Roma de 1952 es apto o no para resolver el problema de la reparación de los daños producidos por el ruido de las aeronaves, pero el simple análisis de los hechos permite afirmar aquella premisa elemental.

Asentado ese punto de partida, se hace indispensable considerar separadamente los dos supuestos de daños que antes señalé: los causados por el estampido sónico y los producidos en las vecindades de los aeropuertos.

En el último supuesto mencionado, interesa tomar en consideración las dos posiciones antes indicadas, de modo de determinar quiénes han de ser los principales responsables que deben reparar los perjuicios: los explotadores de aeródromos o los de aeronaves.

Finalmente, también hay que plantearse el problema de la eventual responsabilidad del Estado, ya que éste tiene la función específica de dictar las reglamentaciones relativas a la circulación aérea y una de las cuestiones más arduas que se plantea e inclusive han aparecido reiteradamente en las sesiones del Comité Jurídico de la OACI dedicadas a este tema, consiste en resolver si puede imputarse responsabilidad por los daños ocasionados por el ruido de una aeronave a su explotador cuando éste se ha ajustado integralmente a los preceptos que rigen el tránsito aéreo.

Adelanto que, por mi parte, he de analizar estas cuestiones sobre la base de una concepción del régimen de responsabilidad civil como un sistema de distribución de los daños, en la cual sigo a mi querido colega y amigo, el profesor José María López Olaciregui: la reparación de los daños ha de hacerse con el mayor grado posible de justicia, conforme a las circunstancias propias de cada situación [10].

[10] Ver J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamento de la responsabilidad civil*, "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", Bs. As., 1978, pág. 941.

II. APORTES DE LA CIENCIA Y LA TÉCNICA

No parece necesario poner de relieve la importancia que los factores científicos y las aplicaciones técnicas revisten para la solución del problema del ruido de las aeronaves y la contaminación ambiental que ellas producen.

Basta pensar que aquél quedaría prácticamente resuelto si las investigaciones científicas permitieren la utilización de medios aptos para lograr aeronaves suficientemente silenciosas. Únicamente casos excepcionales requerirían la atención de los juristas y a éstos les bastaría con estructurar un sistema de responsabilidad de características muy sencillas.

Sin alcanzar ese ideal, que quizás algún día se logre, como ha ocurrido con el desarrollo de incontables conquistas científicas, la fijación de niveles admisibles de intensidad de ruido, que obtuviere un consenso internacional, significaría una ventaja extraordinaria en cuanto a la preservación del gran valor de la seguridad jurídica.

Esto último, sumado a una correcta regulación de la circulación aérea, daría como resultado que cualesquiera daños producidos por el ruido de las aeronaves deberían producirse como consecuencia de un defecto de aquéllas o de una falla de las normas reguladoras del tránsito aéreo o bien de casos fortuitos, en que un aparato se viera obligado a apartarse de aquellas reglas, por ejemplo, por una situación meteorológica singularmente aguda e imprevisible.

También en este supuesto se simplificaría notablemente la misión de los juristas de elaborar un equitativo sistema de responsabilidad, que contemple los derechos y las obligaciones de todos los sujetos relacionados con el hecho dañoso.

Reitero que estimo suficientes estas breves reflexiones previas para destacar la importancia de los factores científicos y técnicos para la solución jurídica del problema del ruido de las aeronaves.

Es sabido que, hasta ahora, no se ha alcanzado el ideal indicado en primer término, pero es evidente que, en el segundo aspecto reseñado, se ha avanzado felizmente median-

te la adopción de una serie de recomendaciones referidas a los niveles de ruido correspondientes a la aviación civil, que se han concretado en el Anexo 16 de la OACI, que ha experimentado diversas modificaciones a partir de su primera edición, que data de 1971, y cuya denominación ha pasado a ser "protección del medio ambiente".

De cualquier manera, son muchos los estudios dedicados al tema, como puede comprobarse con sólo revisar la nómina incluida en el excelente trabajo de uno de los más destacados miembros del Instituto Iberoamericano, el querido amigo Ingeniero Martín Cuesta Álvarez, "Ruido y estampido sónico", publicado en 1982 [11].

Naturalmente, la Física, ciencia de alta jerarquía, ocupa lugar central en la cuestión que tratamos.

El ruido, en definitiva, se propaga mediante ondas sonoras, las cuales, en términos del mismo Cuesta Álvarez, son perturbaciones de la condición de equilibrio que se desplazan de un punto del espacio a otro y tienen como característica fundamental que transfieren energía y movimiento sin transporte de masa entre dichos puntos [12].

Es, además, un sonido indeseado, que puede producir consecuencias fisiológicas y psicológicas perjudiciales y que ha aumentado en la sociedad moderna con el desarrollo industrial, gradualmente, de modo tal que se ha llegado a los niveles que padecemos casi inadvertidamente.

En el campo de la aviación, ese aumento fue substancial al aparecer los aviones propulsados por turborreactores en reemplazo de los antiguos que utilizaban motores de hélice, ya que, aun cuando existen algunas fuentes de ruido secundarias, la principal, sin duda, está dada por los motores de las aeronaves.

Dado que, por sus características y la amplitud con que se presenta, el ruido reviste innegable importancia en la época actual, su estudio se ha extendido progresivamente y esto ha dado lugar a que se haya hecho posible su medición, con

11 Ver M. ALVAREZ CUESTA, *Ruido y estampido sónico*, Madrid, 1982.
12 Ver M. ALVAREZ CUESTA, op. cit., pág. 45.

ponderación de la intensidad, presión y energía acústicas, para lo cual se utiliza una escala expresada en decibeles.

También se ha elaborado una lista de índices para medida de los niveles de ruido, aplicables en materia de aviación y que contemplan diversos enfoques, inclusive con ponderación de elementos subjetivos y de matices referidos a la mayor o menor continuidad de aquél, en su intensidad en horas diurnas, vespertinas y nocturnas, al nivel de la polución de ruido o al nivel medio de la molestia aun a índices de ruido percibido corregido por tono.

La precisión de los diversos índices permite determinar, inclusive, uno de ruido compuesto, que hace posible contemplar el caso de un determinado tipo de avión en un aeropuerto también determinado y cuya medida permite prever la respuesta subjetiva al ruido, no sólo en el campo de aviación, sino también en su vecindad.

La utilización de todos estos conocimientos en relación con los turborreactores constituye un valiosísimo instrumento, no sólo para la medición del ruido producido por aquéllos, sino también para facilitar su reducción mediante la aplicación de medios técnicos debidamente estudiados y que posibilitan la sanción de normas jurídicas de índole administrativa.

En tal sentido, Cuesta Álvarez se refiere a la variación de configuración de los motores, a la amortiguación del ruido por toberas múltiples de escape, a la utilización de silenciadores y amortiguadores de ruidos y al uso de cámaras de expansión [13].

Es probable que el conocimiento de estos y otros datos, que se obtendrán en el futuro mediante las correspondientes investigaciones, permitan hallar soluciones técnicas que reduzcan el ruido de las aeronaves y disminuyan apreciablemente su impacto perjudicial sobre el medio ambiente.

Hasta hoy, se han alcanzado avances parciales, así como se ha conseguido establecer que determinados procedimientos en la operación de las aeronaves, relacionados con la uti-

13 Ver M. CUESTA ÁLVAREZ, op. cit., pág. 179 y sig.

lización de ciertas pistas, la velocidad inicial de subida, los virajes durante esta maniobra, el ángulo de aproximación, etc., permiten reducir el ruido y atenuar, por consiguiente, los inconvenientes que origina.

Desde otro punto de vista, los estudios efectuados han permitido concretar, como se dijo, la adopción del Anexo 16 de la OACI, destinado a establecer normas recomendadas para la regulación de los niveles de ruido admisibles.

Tras la realización de diversas reuniones preparatorias, el Anexo fue adoptado en 1971, para aplicarse desde el día 6 de enero de 1973. A partir de la tercera edición, el Anexo, como anticipé, se denomina "Protección del medio ambiente".

La mayoría de los Estados, entre ellos los mayores productores de aeronaves, han adoptado las previsiones del Anexo como norma estándar.

En sucesivas ediciones, se introdujeron modificaciones al texto inicial referidas a la homologación, en cuanto al ruido, de la producción futura y versiones perfeccionadas de aviones supersónicos a reacción y actualización de la nomenclatura empleada para determinar el peso de las aeronaves; normas destinadas a aviones ligeros a hélice y aviones subsónicos a reacción de menos de 5.700 kg de peso máximo certificado de despegue y una regulación que contempla los niveles de ruido producidos por helicópteros.

De acuerdo con las diferentes especificaciones técnicas, el Anexo distingue cinco grupos de aeronaves, de los cuales los tres primeros incluyen a los aparatos subsónicos a reacción y los dos últimos a los propulsados por motores a hélice. El Grupo V comprende a los de peso no superior a los 5.700 kg.

Para cada uno de estos grupos se establecen niveles máximos de ruido, medidos en decibeles y con topes máximos y admisión de compensaciones entre excesos que no superen tales límites y disminuciones logradas en algunos aspectos de las operaciones sujetos a medición.

En la tercera edición del Anexo 16, no se especifican normas para aeronaves supersónicas, pero se expresa que

cabe extender a su respecto las reglas correspondientes a las subsónicas incluidas en los Grupos I y II.

Por el contrario, están contempladas las aeronaves de aterrizaje y despegue de carrera corta, respecto a las cuales se incluyen algunas reglas específicas.

Y a partir de 1981, también están comprendidas regulaciones particularmente dedicadas a los helicópteros.

Como complemento de lo dicho, cabe señalar que se detallan los procedimientos que deben cumplirse en la medición efectuada con la finalidad de homologar, en relación con el ruido, la aptitud de las aeronaves incluidas en los distintos grupos.

Por último, aun cuando el Anexo 16 determina con menor precisión los procedimientos operativos tendientes a reducir el ruido de las aeronaves, señala algunos de ellos, compatibles con la seguridad de los vuelos.

Menciona a la utilización de pistas preferenciales desde el punto de vista del ruido, la realización de los virajes durante el despegue y el aterrizaje, la velocidad inicial de "trepada", la reducción de empuje en los turborrectores o de la potencia en los motores a hélice, el ángulo de aproximación y el uso del empuje en los turborreactores o tracción en los motores a hélice reversibles en los aterrizajes.

Como comentario final, sólo me atrevo a destacar la calidad e intensidad de las investigaciones realizadas respecto al ruido de las aeronaves, investigaciones que comprenden el estampido sónico y ponen de relieve la contribución que representan en la superación de los problemas derivados de aquél.

III. REGULACIONES ADMINISTRATIVAS

La preocupación por la defensa del medio ambiente y las investigaciones de los científicos han conducido a adoptar una serie de disposiciones administrativas, tendientes a prevenir la contaminación ambiental, que constituyen una

importante contribución del Derecho al mejoramiento de la calidad de vida en las sociedades contemporáneas.

Al ser el ruido la principal causal de contaminación provocada por la actividad aeronáutica, a él se refieren especialmente tales regulaciones, dictadas en varios países.

La característica más destacada de estas normas es su carácter general: mientras que por la vía de las reglas referidas a la responsabilidad civil o por la adopción de soluciones específicas para la protección del derecho de propiedad de los dueños de ciertos inmuebles, se alcanzan soluciones particulares valiosas, pero siempre particulares, las disposiciones administrativas están destinadas a obtener un mejoramiento general del ambiente.

De ahí que tengan un alcance sumamente valioso: los intereses individuales pueden quedar protegidos, cada uno de ellos, a través de su aplicación, precisamente porque su ámbito de vigencia, al ser general, es comprensivo de aquéllas

Y, además, busca la protección genérica de todos los habitantes sujetos a sufrir perjuicios ocasionados por el ruido.

En un excelente trabajo, en el que analiza el problema en relación con el derecho francés, Emmanuel du Pontavice [14] señala algunos elementos de real relevancia, que ponen de manifiesto que la reparación de los daños es inadecuada para proteger en la mejor manera los derechos de las personas y que la protección judicial es muy útil y justa para resolver problemas particulares que las reglas de índole administrativa no pueden prever o, de hecho, no han previsto, pero no constituye la solución integral del problema.

Señala el mencionado autor que la magnitud de las medidas de reparación puede ser tan grande que sea injusto hacerlas pesar sobre un único responsable; que el perjuicio

14 Vcr E. du PONTAVICE, *Le bruit aux abord des aérodromos dans la jurisprudence et la législation française récentes*, "Annales de Droit Aérien et Spatial", Vol. VI, 1981, pág. 115.

es colectivo y acumulativo por la reiteración de los inconvenientes y molestias producidos por el ruido; que, dado que la jurisprudencia exige razonablemente que se demuestre que tales inconvenientes exceden los habituales en una sociedad urbanizada la prueba del daño es realmente difícil [15].

Las breves reflexiones que anteceden requieren formular algunas pequeñas consideraciones sobre las normas administrativas relacionadas con el ruido de las aeronaves.

Entre ellas, cabe hacer una distinción entre las reglas preventivas y las que tienden a reducir los efectos dañosos del ruido y encuentran base firme en la técnica aeronáutica o en el desarrollo del urbanismo como ciencia.

Desde el punto de vista preventivo, el progreso técnico de la aviación señala la necesidad de tender a producir aviones silenciosos o que, al menos, reduzcan el ruido que producen.

Para ello se han instituido en el Anexo 16 de la OACI los certificados acústicos o de limitación de las molestias y los daños causados por el ruido de las aeronaves.

La exigencia se aplica básicamente a las aeronaves subsónicas a reacción y la adopción del Anexo 16 proyecta al ámbito de los Estados miembros de la Organización internacional la validez de este requisito, sea que los Estados se remitan a las normas del Anexo o las incluyan en sus propias regulaciones internas.

Otro campo en que se trabaja es el referido a las reglas de circulación aérea, en relación con procedimientos de decolaje y aterrizaje y la reglamentación restrictiva de las operaciones aéreas nocturnas, así como también a algunas disposiciones relacionadas con la altura de vuelo de los aparatos, inclusive supersónicos.

La ciencia del urbanismo efectúa su aporte substancial con reglas referidas a la planificación de la red de aero-

15 Ver E. du PONTAVICE, *La protection contre le bruit des aéronefs en Droit Français*, "Annuaire de Droit Maritime et Aérien", Nantes, t. III, 1976, pág. 296.

puertos y con disposiciones relativas a la utilización de terrenos en la vecindad de aquellos, lo cual significa un desarrollo racional y vinculado con el progreso de las limitaciones establecidas en beneficio de la circulación aérea, como la fijación de superficies de despeje, la obligación de señalamiento de obstáculos, etc. [16].

Los preceptos tendientes a reducir los efectos dañosos del ruido se orientan actualmente en el sentido de procurar compensaciones pecuniarias que permitan, a quienes están en las peores condiciones en cuanto a padecerlos, tomar medidas tendientes a proveerles de medios de protección especiales.

Con este enfoque, en algunos países, se contempla el otorgamiento de sumas de dinero con el fin de habilitar, por ejemplo, a quienes residen en las proximidades de un aeropuerto de intenso tráfico, para que puedan insonorizar sus viviendas, oficinas o establecimientos de bien público, industriales o comerciales [17].

Frente a las ventajas nacidas de estas normas de tipo administrativo, sólo cabe lamentar que no se hayan generalizado todavía de modo de tener vigencia en más países.

En rigor, cabe afirmar que aparecen con cierto retraso, motivado por el extraordinario ritmo de progreso de la aviación, que superó todas las previsiones.

Debido a su crecimiento, se hizo necesario instalar campos de aviación, poner en servicio aeronaves de mayor capacidad y velocidad sin tomar en consideración si producían alguna contaminación ambiental.

Y ese avance ha resultado, en alguna medida, desordenado e incontrolable y sólo frente al aumento de los inconvenientes, se ha hecho patente la necesidad de orientar el desarrollo de la técnica en el sentido de tomar en mayor consideración las exigencias del medio ambiente en que desenvuelve su vida la humanidad contemporánea.

16 Ver E. du PONTAVICE, trabajo citado en la nota anterior, pág. 313.
17 Ver E. du PONTAVICE, trabajo mencionado en la nota 15, pág. 328.

De todos modos, es muy importante que el Derecho se encamine en esta dirección por las indudables ventajas de todo orden que pueden aportar sus normas reguladoras.

Como caso interesante, que merece ser recordado, está el largo proceso que tuvo lugar con motivo de la solicitud presentada por aerolíneas aeropeas para operar servicios aerocomerciales a los Estados Unidos de América con el Concorde [18].

En esa oportunidad, las autoridades estadounidenses ponderaron con extremo cuidado las normas administrativas destinadas a proteger el medio ambiental frente al ruido de la nueva aeronave y acordaron los pertinentes permisos, que significaron un innegable progreso en el transporte aéreo, pero los complementaron con algunas regulaciones destinadas a reducir los inconvenientes que podían acarrear los vuelos del aparato supersónico.

Inclusive, en el estudio del tema, realizado para acordar tales autorizaciones, se ponderaron cuidadosamente las circunstancias contempladas en las normas administrativas referidas al ruido y a la contaminación ambiental en general [19].

IV. EL RUIDO Y EL DERECHO DE PROPIEDAD DEL SUELO

Tras esta rápida exposición referida a los aportes científicos y técnicos y a las normas administrativas, corresponde analizar ahora otros aspectos jurídicos, vinculados con la solución de conflictos de intereses motivados por el ruido de las aeronaves, los cuales, como señalé inicialmente, pueden ser divididos en dos terrenos diferentes: el relacionado con el derecho del propietario del suelo y el vinculado con la responsabilidad civil.

18 Ver B. RONSENFIELD STANLEY, *Concorde v. the United States*, "Air Law", 1977, Nº 3, pág. 126.

19 Ver "Air Law", 1977, Nº 3, pág. 128 y sig.

Desde el primer punto de vista, al que está dedicado el presente acápite de este relato, se registran litigios originados desde los primeros tiempos de la historia de la aviación.

Al respecto, cabe recordar el caso Glatt c/Page, planteado ante la Corte de Nebraska y al que anteriormente se hizo referencia, así como que, en la década del treinta, se registran disposiciones jurisprudenciales que resuelven conflictos planteados entre dueños de fundos y operadores de aeronaves, como una dictada en Alemania, en un juicio promovido contra Lufthansa, que recuerda Juglart en su Tratado [20].

Pero, en realidad, el problema del ruido adquirió nueva dimensión con motivo de la aparición de los aviones a reacción, ya que aquél alcanza niveles muy superiores a los de la primera época, con el consiguiente aumento de los inconvenientes para quienes deben soportarlo.

A raíz de esto, además de numerosas demandas por resarcimiento de daños, se plantearon ante los Tribunales de diversos países litigios en que los dueños del suelo reclamaron indemnizaciones por entender que eran violados sus derechos de propiedad.

En los Estados Unidos, por ejemplo, desde el comienzo de la era de los reactores, comenzaron a aparecer juicios de esta especie, lo que motivó un notable análisis de Calkins, publicado en el "Journal of Air Law and Commerce" y reproducido en 1959 por la "Revue Française de Droit Aérien" [21].

En general, los resultados registrados en ese trabajo no han sido favorables para los propietarios del suelo, tendencia que se ha mantenido posteriormente.

La base de las decisiones se sitúa en preceptos de las sucesivas leyes sobre aeronáutica civil, que atribuyen el espacio aéreo al dominio público del Estado hasta un nivel que,

20 Ver M. de JUGLART, *Traité élémentaire de Droit Aérien*, París, 1952, Nº 160, pág. 169.

21 Ver el trabajo de CALKINS citado en la nota 8 de este relato.

en las vecindades de los aeropuertos, se encuentra muy próximo a la superficie.

Esto ha conducido a extender el concepto de restricciones al dominio por razones de infraestructura. De acuerdo con esta posición, así como el Estado puede exigir la eliminación de un obstáculo que afecte la seguridad de la circulación aérea, también puede interferir en la propiedad por el ruido de las aeronaves cuando éstas operan de acuerdo con las normas establecidas.

Un caso significativo para mostrar esta posición es el de Newark c/Eastern Airlines: algunos particulares vecinos al aeropuerto de Newark demandaron que se prohibiera el vuelo de aviones que operaban en el aeropuerto de esa ciudad si ello motivaba que sobrevolaran sus propiedades, a menos de una altura determinada, por entender que esto configuraba una actividad ilícita [22].

La demanda fue rechazada por entender el Tribunal que la fijación del límite mínimo de altitud era facultad administrativa y que los jueces carecían de atribuciones para pronunciarse en esa cuestión.

Esta línea jurisprudencial ha sido reiterada algunos años atrás por la Corte de Apelaciones de California, Segundo Distrito, que negó, a los vecinos de un aeropuerto, derecho a reparación en una demanda en que aquéllos reclamaban por entender que se había producido un ataque a su derecho de propiedad sin compensación alguna [23].

No existe, sin embargo, uniformidad total, ya que se registran fallos importantes que sustentan la posición contraria. Entre ellos, cabe mencionar el célebre caso Causby, en el cual la Corte Suprema decidió que la doctrina de la extensión ilimitada del dominio ha perdido vigencia, pero que, sin duda, su titular es dueño del espacio aéreo situado sobre su fundo en la extensión que puede ocupar o utilizar.

Y expresó que los vuelos efectuados a baja altura, frecuente y regularmente, constituyen una apropiación inde-

22 Ver el caso City of Newark v. Eastern Airlines en F. DE BILLYOU, "Air Law", New York, 1963, pág. 70 y sig.

23 Ver la síntesis del fallo de fecha 28/VIII/1974, "Air Law", 1975, pág. 11.

bida en el sentido establecido por la Constitución, que debe ser indemnizada.

Vale decir que el más alto Tribunal del país del Norte, en esta decisión dictada con disidencias, resolvió que el ruido afectaba directamente al derecho del propietario del fundo [24].

En la actualidad, existen, además, reglamentaciones relativas a la intensidad de ruido admisible, aprobadas por las autoridades federales, que se ajustan, por otra parte, a lo establecido en el Anexo 16 de la OACI.

Esta circunstancia y el reconocimiento judicial de las facultades de las autoridades federales y de los organismos del Poder administrador, reiterado en fallos de diversos tribunales estaduales, entre los que cabe citar a los de California y New Jersey, han contribuido a un mejor tratamiento del problema.

Asimismo, cabe señalar que, más allá de las diferencias que se registran en la jurisprudencia respecto a la incidencia del ruido sobre el derecho de propiedad del dueño del suelo, hay una constante en cuanto a resolver favorablemente los reclamos de quienes resultan damnificados por esa causa.

Este reconocimiento de responsabilidad hacia las personas, que, en la superficie, experimentan daños causados por el ruido asegura una solución equitativa de la cuestión.

Y cabe destacar que protege, inclusive, al propietario del terreno, quien, por la vía de probar sus daños y la relación de causalidad con el ruido de una aeronave, puede obtener el resarcimiento de los perjuicios de cualquier índole que hubiese padecido.

Del otro lado del Atlántico, se han planteado litigios semejantes a los mencionados y los fallos han coincidido, en general, con la resolución de los conflictos dentro del ámbito de la teoría de la responsabilidad civil.

En España, como lo señala nuestro querido Presidente y Pionero, Luis Tapia Salinas, está perfectamente aclarado

24 Ver el caso U.S. c/Causby, en BILLYOU, op. cit., pág. 34.

que los derechos del dueño del fundo sobre el espacio aéreo deben ser respetados únicamente respecto a una capa de la atmósfera, con cuya utilización aquél pueda lograr alguna utilidad, ya que, más allá de ese límite, carece el dueño de facultades para oponerse al libre aprovechamiento del espacio y también de cualquier derecho sobre éste [25].

La jurisprudencia ha adoptado este criterio y el Tribunal Supremo resolvió, en una ocasión, "que la ocupación del espacio aéreo en tanto en cuanto no restringe los derechos de propiedad del suelo, no aparece prohibida en nuestro derecho". La cita está tomada precisamente de Tapia Salinas [26].

La aplicación de esta línea de pensamiento conduce, lógicamente, a la aplicación de los principios sobre responsabilidad civil para resolver las cuestiones que plantean los dueños de fundos con motivo de inconvenientes ocasionados por el ruido de las aeronaves.

En Francia, se registran numerosas demandas en que se ha invocado el derecho de propiedad del suelo con motivo de daños causados por el ruido, pero, en general, se ha desechado esa argumentación y se ha acordado a los damnificados las pertinentes indemnizaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo L-141-2 del Código de la Aviación Civil, es decir, el que regula la responsabilidad de los explotadores de aeronaves por daños causados a los terceros en la superficie [27].

El caso clásico es E.R.V.E. y otros c/Air France, conocido como el caso del Aeropuerto de Niza, en el cual los dueños de dos edificios situados en la proximidad de dicho campo de aviación demandaron con motivo de los perjuicios que les originó la puesta en servicio de los primeros aviones Caravelle, es decir, de aeronaves propulsadas por turborreactores [28].

25 Ver L. TAPIA SALINAS, *Manual de Derecho Aeronáutico*, Barcelona, 1944, Nº 59, pág. 45.

26 Ver L. TAPIA SALINAS, op. cit., Nº 60, pág. 45.

27 Ver "Revue Française de Droit Aérien", 1977, pág. 305 y 1984, pág. 92.

28 Ver diversas publicaciones sobre este fallo en nuestro *Derecho Aeronáutico*, t. IV-B, Nº 1034, pág. 666, pág. 86.

Tanto en primera como en segunda instancia, se hizo lugar a la demanda —la Corte de Casación, por su parte, no dejó sin efecto la decisión en cuanto a su doctrina, sino que se pronunció únicamente sobre aspectos complementarios—, pero la sentencia no se fundó en la violación del derecho de dominio del propietario del suelo, sino que recurrió a la disposición legal antes citada.

En los últimos tiempos, se han producido nuevos casos jurisprudenciales interesantes, con motivo de cuestiones relacionadas con la operación de los aeropuertos de Orly y Charles de Gaulle [29].

En todos los casos, los tribunales, inclusive la Corte de Casación, se atuvieron a la línea de pensamiento antes indicada e hicieron lugar al resarcimiento de daños por aplicación de la regla del art. L-141-2, pero se agregó alguna consideración relativa a los inconvenientes causados por las relaciones de vecindad, que tienen vinculación con el contenido del derecho de propiedad.

En la demanda deducida por la Comuna de Villeneuve-le-Roi, la sentencia se fundó exclusivamente en la responsabilidad de los explotadores de aeronaves por los daños ocasionados a terceros en la superficie, pero en la acción promovida por Duchemin se agregó la reflexión relativa a las relaciones de vecindad [30].

Éstas fueron mencionadas al determinar el Tribunal que la reparación no debía comprender cualesquiera perjuicios derivados del ruido de los aviones, sino únicamente aquéllos que superaran los inconvenientes ordinarios provenientes de cualquier aglomeración urbana, que debe soportar, por ejemplo, los ruidos de los trenes subterráneos o de los camiones.

Se asignó, por ello, importancia a las pericias dispuestas para apreciar si existía un aumento de daño proveniente

29 Ver caso Villenuve-le-Roi c/Air France, "Revue Française de Droit Aérien", 1977, pág. 295 y sus antecedentes, misma publicación, 1971, pág. 84; 1971, pág. 295 y 1975, pág. 185.

30 Ver los fallos dictados en el caso Duchemin en "Revue Française de Droit Aérien", 1975, pág. 189 y sig.

de la operación de las aeronaves de las Compañías demandadas, en las cuales se expresó que "todo paso de aviones a reacción determina durante un lapso un ruido no solamente superior a la media del ambiente, sino a todas las demás fuentes de inconvenientes por ruido que se producen en ese ambiente" [31].

He estimado útil recoger esta referencia a las restricciones al dominio derivadas de las relaciones de vecindad, por entender que, en alguna medida, se vinculan con el concepto y el contenido del derecho de propiedad, aun cuando no introduzcan una modificación substancial en el enfoque de la jurisprudencia francesa, que continúa resolviendo las cuestiones planteadas respecto de daños causados por el ruido sobre la base de las normas específicas del sistema de responsabilidad civil.

En Alemania, también se han dictado fallos que mencionan el tema de la vecindad y toman en consideración, por consiguiente, aspectos atinentes al contenido del derecho de propiedad en relación con el ruido de las aeronaves.

En tal sentido, cabe citar el siguiente resumen de una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Dusseldorf: "El ruido causado por los despegues y aterrizajes en un aeropuerto es una interferencia por ruido en el sentido del art. 906 del Código Civil alemán. El explotador del aeropuerto es, por lo tanto, un perturbador de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1004 del mismo Código. El permiso acordado por la autoridad pública no dispensa al explotador del aeropuerto de sus obligaciones impuestas por los arts. 906 y 1004" [32].

Para mejor información, transcribo a continuación los dos preceptos mencionados en el fallo.

Art. 906: "1) El propietario de una finca no puede impedir la penetración de gases, vapores, emanaciones, humo, hollín, calor, ruido, trepidaciones e inmisiones semejantes procedentes de otra finca, en tanto que la inmisión no entorpezca,

[31] Ver comentario en E. du PONTAVICE, en "Annales de Droit Aérien et Spatial", Vol. VI, 1981, pág. 121.

[32] Ver resumen en "Air Law", 1977, pág. 40.

o entorpezca de una manera no esencial, el aprovechamiento de su finca. 2) Lo mismo se aplica en tanto que un perjuicio substancial es causado por el uso de otra finca en conformidad con la costumbre local y no puede ser evitado por medidas, cuya financiación puede ser esperada razonablemente por usuarios de esta especie. Si en virtud de esto, el propietario debe tolerar una interferencia, puede exigir al usuario del otro inmueble una reparación apropiada en dinero, si por la interferencia, conforme con los usos y costumbres locales, su finca resulta perjudicada en mayor medida que la esperada".

Art. 1004: "1) Si la propiedad es entorpecida de cualquier otra forma que no sea privación o retención de la posesión, el propietario puede exigir del perturbador la cesación del entorpecimiento. Si son de temer ulteriores perturbaciones, el propietario puede entablar acción para la omisión. 2) La pretensión está excluida si el propietario está obligado a la tolerancia".

Y en otra sentencia, pronunciada por el Tribunal de Traunstein, se lee: "El explotador de un aeropuerto es un perturbador en el sentido del art. 1004 del Código Civil" [33].

Es evidente que el tratamiento del contenido del dominio y de las acciones a que da lugar su protección, en el Código Civil alemán, explican la procedencia de estas demandas promovidas por dueños de terrenos perjudicados por el ruido de las aeronaves.

Y también lo es que de este modo aparece mucho más directamente vinculado el problema del ruido con el derecho real de dominio.

Esto incide, asimismo, en la determinación de quién debe reparar los daños causados, ya que la cuestión se plantea como un conflicto entre titulares de derechos reales sobre inmuebles, con la consiguiente asunción de tal obligación por los explotadores de aeropuertos.

Creo que el análisis realizado justifica una reflexión para cerrar este acápite.

[33] Ver resumen en "Air Law", 1977, pág. 40.

La diferencia de soluciones motivada por la vigencia de disposiciones disímiles, dificulta, sin duda, la adopción de una solución internacional que regule las consecuencias jurídicas del ruido.

Inclusive, el primer paso en el camino de la internacionalidad ideal del Derecho Aeronáutico, es decir, la uniformidad legislativa, tampoco parece fácil de alcanzar.

Aun cuando se remitiera la totalidad del tema al ámbito del resarcimiento de daños, los distintos enfoques sobre los derechos del propietario del suelo conducen a soluciones dispares desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Esa circunstancia explica las dificultades con que tropezó el Subcomité designado por el Comité Jurídico de la OACI para estudiar este tema y la consiguiente ausencia de proyectos que permitan esperar que, en un plazo más o menos breve, se llegue a una formulación satisfactoria para los partidarios de las diversas posiciones enfrentadas.

V. — LA RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL RUIDO

A) *Planteo general del problema*

Como se puso de relieve anteriormente, un aspecto fundamental relativo a los daños causados por el ruido de las aeronaves, reside en el terreno de su resarcimiento.

El enfoque del problema desde el punto de vista de la responsabilidad civil resulta amplio y comprensivo y permite resolver las cuestiones que se generan, aun en lo atinente a la extensión y el contenido del derecho de propiedad del suelo, ya que, en definitiva, si éste resulta afectado, la Justicia exige que se acuerde una reparación al titular, sin perjuicio de otras medidas que conforme a la legislación civil sobre ese derecho, pudieren lograrse, como la suspensión de ciertas actividades o la exigencia de ajustarlas a determinadas modalidades.

De ahí que, por mi parte, crea que el acento en el análisis del tema debe ponerse en el ámbito del resarcimiento de daños, que conforma un complemento importante de los avances científicos y técnicos aptos para disminuir tales perjuicios y de las normas de índole administrativa vinculadas con el ruido de las aeronaves.

Es incuestionable que el progreso que se alcance en estos terrenos quitará progresivamente lugar a la necesidad de reparar daños, pero hasta el momento actual, éstos se producen y deben ser resarcidos de acuerdo con el criterio más justo y prudente.

Con la intención de contribuir a alcanzar una buena solución en este aspecto, desarrollaré a continuación algunas ideas generales y, luego, analizaré algunos de los puntos fundamentales que deben ser tomados en consideración y a cuyo respecto no existe unanimidad en las opiniones de los estudiosos de la materia.

En esta primera parte, referida a los aspectos más generales del problema, centro la mira en la exposición de los lineamientos elementales de un sistema de responsabilidad civil y en algunos hechos definitorios de las características de las necesidades que exigen la elaboración de un régimen de reparación de daños adecuado a tales hechos substanciales.

Dije al comienzo que, en cuanto al sistema de responsabilidad, considero acertadas las consideraciones efectuadas por un gran civilista argentino, el Profesor López Olaciregui y, por consiguiente, me ceñiré a seguir la orientación determinada por tales consideraciones.

En diversos trabajos de investigación, López Olaciregui ha llegado a la conclusión de que, en definitiva, un sistema de responsabilidad civil consiste en un instrumento destinado a distribuir las consecuencias siempre negativas de la producción de algún daño [34].

Parte de la base de que toda persona y aun cada cosa, por la sola razón de ser tales crean un riesgo potencial de causar

[34] Ver J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, op. cit., pág. 949 y sig.

daños y que, cuando éstos se producen, hay que distribuir sus consecuencias con el mayor grado de equidad posible.

En algunas situaciones extremas, no existe dificultad alguna para hacer cargar a uno de los sujetos con las consecuencias del daño producido: si alguien procede con dolo e intencionalmente causa un perjuicio a otra persona, es evidente que debe reparar el daño que le ha causado, mientras que si, por su obrar imprudente o negligente, alguien resulta damnificado, es la propia víctima quien debe soportar las consecuencias de su obrar culpable.

Pero, muchas veces los hechos no son tan definidos y entonces hay que determinar, frente a las circunstancias del supuesto general y del hecho dañoso, en sí mismo, cómo deben distribuirse los efectos del daño.

La regla general, para establecer quién debe soportarlos, reside en el análisis de la conducta observada por los sujetos involucrados y la culpa es el factor ordinario de atribución de responsabilidad: el culpable debe resarcir a la víctima y si ésta también obró con culpa, debe cargar, en la medida de aquélla, con las consecuencias perjudiciales del hecho.

Desde la antigüedad, ésta ha sido la regla fundamental en materia de responsabilidad civil y, sin duda, mantiene su plena validez.

No obstante, en algunas situaciones y por razones variadas, hay que apartarse de la aplicación exclusiva de esa pauta y admitir que haya responsabilidad sin culpa.

En tales supuestos excepcionales, se hace necesario recurrir a otros factores de atribución de responsabilidad, como el riesgo, en sus dos manifestaciones, riesgo-creado y riesgo-provecho, y la garantía.

En el Derecho contemporáneo, la manifestación más significativa de estos supuestos se encuentra en la indemnización de los accidentes del trabajo y en el campo propio del Derecho Aeronáutico en el régimen de reparación de daños sufridos por terceros en la superficie.

Quedan así muy somera y elementalmente expuestos, los lineamientos generales de los elementos jurídicos con

que analizamos la elaboración de un sistema de responsabilidad equitativo respecto a los daños originados por el ruido de las aeronaves.

Ahora corresponde trasladar el estudio al campo de los hechos.

En general, se trata del ruido de las aeronaves, pero como es sabido, dentro del contenido tan amplio de esa expresión, se encuentran comprendidas diversas manifestaciones que deben ser consideradas.

Su denominador común radica en que toda aeronave, al efectuar una operación aérea, produce un sonido más o menos intenso. Ahora bien, conforme al concepto de Martín Cuesta Álvarez, adelantado al referirse a los aspectos científicos y técnicos, el ruido es un sonido indeseado susceptible de producir consecuencias fisiológicas y psicológicas perjudiciales para las personas y, en algunas circunstancias, inclusive daños materiales a las cosas [35].

Enunciada esta noción general, es oportuno proceder a distinguir entre los diversos casos en que el ruido de las aeronaves puede producir daños.

En primer lugar, corresponde separar el ruido de los aviones subsónicos del estampido sónico.

Según la propuesta del Presidente del Subcomité nombrado para estudiar el Convenio de Roma, el ruido y el estampido sónico, propuesta que no fue aceptada por el Subcomité, estampido sónico significa el fenómeno acústico que es manifestación de la onda de choque generada por la aeronave al volar a una velocidad superior a la velocidad local del sonido [36].

Se trata, en mi opinión, de una noción sencilla y acertada.

El estampido sónico puede tener lugar en las proximidades de los aeropuertos o lejos de ellos y, en general, cuando se autoriza en algún campo de aviación la operación de aeronaves supersónicas, se establecen reglamentacio-

[35] Ver M. CUESTA ÁLVAREZ, op. cit., pág. 52. 242, etc.
[36] Ver Documento de OACI, LC/SC Roma-NSB, WD-25 del 15-IV-1975.

nes que impidan que el estampido tenga lugar en las cercanías de aquél para reducir los inconvenientes que esa operación causa a los vecinos del aeródromo.

Al respecto, cabe recordar las gestiones y decisiones administrativas que generó la incorporación del Concorde a la prestación de servicios de transporte aéreo [37].

El estampido sónico puede provocar daños muy variados y la jurisprudencia extranjera ha recogido numerosos casos de acciones promovidas por reparación de esos daños [38].

Entre ellos cabe recordar las demandas de un propietario de un criadero de visones, cuyas aterrorizadas madres mataron a sus cachorros; de la dueña de una pileta para estacionar vino, hecha en cemento, que sufrió grietas; las originadas por derrumbes de paredes y aun de edificios; por roturas de vajillas, etc.

En la Argentina, la Cámara Federal de la Capital se pronunció en una acción iniciada con motivo de la rotura de vidrios —a pesar de estar especialmente protegidos con tiras de papel pegadas— producida al superar la barrera del sonido las aeronaves integrantes de una escuadrilla que efectuaba exhibiciones sobre Buenos Aires, en un festival aeronáutico [39].

Por sus características, el estampido sónico tiene lugar, por consiguiente, en cualquier lugar del vuelo y es apto para producir daños, que motivan el justo reclamo de la víctima.

El ruido de las aeronaves subsónicas raramente causa daños fuera de la vecindad de los aeropuertos. No debe descartarse totalmente la posibilidad, pero, al menos, puede afirmarse que es muy infrecuente.

Por el contrario, en la proximidad de los aeropuertos es una causa repetida de perjuicios.

Para una sistematización más adecuada de las hipótesis, conviene distinguir los casos en que una aeronave determinada causa los daños, de aquéllos en que los perjuicios se

37 Ver "Air Law", 1977, Nº 3, pág. 128 y sig.
38 Ver casos citados en nuestro *Derecho Aeronáutico*, t. IV-B.
39 Ver casos citados en nuestro *Derecho Aeronáutico*, t. IV-B.
39 bis Ver caso Paredes c/Gobiernos Nacional, "El Derecho", t. 14, pág. 65.

producen de manera acumulativa, por la reiteración de la operación ruidosa de aeronaves.

En el primer supuesto, aparece una relación causal directa entre el ruido de la aeronave en cuestión y el daño, mientras que en el segundo el perjuicio resulta de la suma de las operaciones de varios aviones, lo cual puede significar diferencias en el tratamiento del tema, desde el punto de vista de la responsabilidad.

Esta diferencia ha sido puesta de relieve en las reuniones del Subcomité especialmente encargado por el Comité Jurídico de la OACI de estudiar este tema y dará lugar a algunas reflexiones posteriores en el desarrollo de este relato [40].

Queda así rápidamente enunciado el hecho dañoso, con sus diferentes manifestaciones eventuales.

Para completar la exposición de los aspectos fácticos, se hace necesario ahora determinar quiénes pueden ser damnificados por el ruido de las aeronaves.

La jurisprudencia antes mencionada y el simple análisis de las posibilidades que caben en la realidad existencial, indican que los daños pueden ser sumamente variados y que no tendría sentido intentar siquiera un esbozo de enumeración.

Pero, por el contrario, respecto a las posibles víctimas, hay, también aquí, un común denominador: se trata de personas a las que la terminología del Derecho Aeronáutico ha denominado terceros en la superficie y que, desde el comienzo de la historia de la disciplina, fueron motivo de preocupación desde el punto de vista de la responsabilidad por los daños que experimentaran y que se originaran en el vuelo de aeronaves por cualesquiera causas, impacto de la máquina en su caída accidental o en un aterrizaje forzoso, o de personas o cosas caídas o arrojadas desde máquinas en vuelo, etc.

40 Ver Documentos de OACI, LC, "Doc. de trabajo", Nº 854-1, pág. 20, del 10/VI/1976.

En relación con estas personas, se entendió desde el comienzo, que debían ser tratadas de un modo especialmente favorable, lo que dio lugar a la estructuración de un sistema de responsabilidad fundado en el riesgo, concretado inicialmente en el Convenio de Roma de 1933 y mantenido en el de 1952 y que también subsiste en el Protocolo de 1978.

Asimismo, la legislación comparada de los diversos Estados consagra iguales principios.

Distintos argumentos pueden aducirse para explicar este consenso, que demuestra la justicia del sistema adoptado.

El más decisivo señala que las víctimas son ajenas a la actividad aeronáutica, que no se benefician personalmente con ella, que no asumen su riesgo como lo hacen, por ejemplo, los pasajeros, que nada puede reprochárseles en la producción del daño, al que no han contribuido, que existe una gran desigualdad entre los explotadores de aeronaves y los terceros en la superficie en cuanto a su recíproca aptitud para causarse daños, que si tuvieran que probar la culpa del explotador de la aeronave o sus dependientes deberían superar dificultades casi insalvables, etc.

En suma, se trata de damnificados en la superficie y esto constituye un elemento digno de ser tomado en consideración.

Esbozado este panorama general de orden fáctico y jurídico, estimo necesario estudiar algunos aspectos particulares, que revisten especial significación para la elaboración de un adecuado sistema de responsabilidad referido a los daños causados por el ruido de aeronaves.

B) *El sujeto responsable*

El primer aspecto especial del régimen de resarcimiento reside en la determinación del sujeto responsable.

Y, al respecto, parece indispensable comenzar con una reflexión preliminar: mientras en la elaboración del sistema que regula la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, no hubo en este ámbito discrepancias y se estableció que la obligación de indemnizar corresponde al explotador de

la aeronave —operador es un sinónimo—, en lo atinente al ruido existen posiciones discrepantes.

Una de ellas, la más extendida y, en mi opinión, acertada, considera que, tal como acontece en el supuesto mencionado, el sujeto responsable debe ser el explotador del avión emisor del ruido.

Esta línea de pensamiento fue consagrada en la reunión del Subcomité designado por el Comité Jurídico de la OACI para estudiar los problemas relacionados con el ruido y el estampido sónico, que tuvo lugar en Montreal en abril de 1978 [41], en los arts. 155 y 157 del Código Aeronáutico argentino y en la jurisprudencia francesa, por ejemplo.

Frente a ella, se sostiene una tesis opuesta, que prefiere declarar sujeto responsable al explotador del aeropuerto. En la antes recordada reunión del Subcomité, la patrocinó la IATA y, con definido sentido crítico a las decisiones judiciales dictadas en su país, la defiende François Legrez [42].

Finalmente, cabe señalar que, en diversos procesos judiciales, los explotadores de aeronaves han esgrimido como defensa que ellos deben ajustarse a las normas de circulación aérea y a las ubicaciones de los aeropuertos fijadas por el Estado, de modo que, cuando causan daños dando cumplimiento de esas disposiciones administrativas, la responsabilidad por los daños causados por el ruido de sus máquinas debe estar a cargo del Estado [43].

Brevemente, he de analizar los argumentos fundamentales que respaldan las tres posiciones enunciadas y exponer los argumentos favorables a la primera.

En primer lugar, resulta indispensable aclarar el significado de la expresión "explotador de la aeronave", ya que no siempre se coincide en su interpretación.

41 Ver informe sobre el trabajo del Subcomité en "Air Law", 1978, pág. 186.

42 Ver F. LEGREZ, *Un exemple á ne pas suivre, la jurisprudence fes tribunaux français en matière de réparation des dommages causés par le bruit des avions*, "Revue Française de Droit Aérien", 1981, pág. 13 y *La réparation des dommages causés par le bruit des avions-nouveaux developpements*, misma revista, pág. 403.

43 Ver la posición de la IATA en la 23ª reunión del Comité Jurídico de la OACI, en "Air Law", 1978, pág. 184.

En el ámbito internacional, donde esa noción está referida al ámbito de la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, el Convenio de Roma expresa en su art. 2,2), a): "A los fines del presente Convenio se considera «el operador» a quien usa la aeronave cuando se causan los daños. . ."

Con un criterio substancialmente distinto, el Código Aeronáutico argentino, en su art. 65, dice: "Este Código denomina explotador de la aeronave, a la persona que la utiliza legítimamente por cuenta propia, aun sin fines de lucro".

La razón de ser de este enfoque, substancialmente diverso, es muy sencilla: para la ley argentina, se trata de un titular de derechos, a quien, por serlo, le incumben también obligaciones, mientras que al Convenio internacional, únicamente le interesa la figura desde este último punto de vista, es decir, en relación con las obligaciones resarcitorias que le impone.

Pero, más allá de esa diferencia esencial, hay una coincidencia en el fondo del concepto: para ambos el explotador de la aeronave es la persona que, cuando se producen los daños opera la aeronave y dirige su actividad específica, es decir, ejerce el control técnico de aquélla.

Precisamente, por esta razón, el explotador debe responder por los daños que ocasione.

El argumento es válido para cualesquiera daños producidos en la superficie, ya sean los ordinarios, provenientes de la caída de la máquina o de personas o cosas que estaban a bordo de aquéllas, como cuando el perjuicio proviene del ruido emitido por el avión.

Se ha sostenido, en el supuesto general, que el explotador crea el riesgo del daño, al hacer volar a la aeronave e, inclusive, que obtiene ventajas, económicas o no, de manera que se puede recurrir a cualquiera de las dos modalidades de enfocar el riesgo como factor de atribución de responsabilidad.

Ese mismo razonamiento justifica que, cuando los daños son producidos por el ruido, el sujeto responsable sea el explotador de la aeronave.

Por otra parte, es evidente que la fuente del ruido —causa del daño— es la aeronave o, mejor dicho, sus motores.

A estas razones, jurídicamente válidas, debe agregarse, desde el punto de vista específico del Derecho Aeronáutico, las ventajas que esta posición ostenta en lo atinente a la uniformidad de soluciones, que representan un claro beneficio para la seguridad jurídica.

En efecto, sería la misma solución adoptada en el Convenio de Roma y en las legislaciones nacionales para la reparación de los daños sufridos por terceros en la superficie.

Además, es aplicable en todos los supuestos de daños originados por el ruido de las aeronaves, sea en las proximidades de un aeropuerto o en otro lugar y también cuando sean producidos por el estampido sónico.

Sin embargo, opiniones doctrinarias valiosas, como la de Legrez, antes mencionada, cuestionan esta posición y sostienen que el sujeto responsable debe ser el explotador del aeropuerto.

Esta línea de pensamiento motivó que se propusiera una modificación al Código de la Aviación francés en su art. L. 141-2, cuyo texto quedaría como sigue: "El explotador de una aeronave no es responsable de los daños causados por el ruido de aquélla en la vecindad de los aeródromos. Sin embargo, el explotador del aeródromo, responsable de los daños causados por la obra pública, puede demandar al explotador de la aeronave, si éste se ha apartado de la reglamentación en vigor" [44].

Jurídicamente, la solución nos parece susceptible de críticas valederas.

En primer lugar, como antes dije, es la aeronave el objeto que produce el ruido, mientras que el aeródromo únicamente aparece como el terreno donde aquélla puede tomar contacto con la superficie o despegar de ella.

[44] Ver comentario de F. Legrez al proyecto de ley presentado al Parlamento de Francia en "Revue Française de Droit Aérien", 1981, pág. 18 y 407.

Se trata, por consiguiente, de un elemento complementario, sin que esto implique desconocer su importancia substancial para la actividad aeronáutica.

En segundo término, merece señalarse que, si se entiende que el funcionamiento de un aeropuerto causa un daño por motivo de contaminación ambiental, nada obsta a que se repare dicho daño, mediante soluciones que contemplen las diversas situaciones planteadas.

Generalmente, los partidarios de esta posición optan por prever la formación de un fondo para atender a tales indemnizaciones, que se nutriría de contribuciones o tasas que deberían pagar los pasajeros que utilizaran los servicios de las aeronaves que operan en el aeropuerto[45]. De este modo, en realidad, tampoco sería el explotador del aeropuerto quien respondería, sino los mencionados usuarios del transporte aéreo.

A estas reflexiones, de contenido estrictamente jurídico, cabe agregar otras complementarias.

Por ejemplo, ¿tienen el mismo derecho a ser indemnizados quienes eran propietarios de un inmueble en las cercanías cuando se construyó el aeropuerto que quienes se instalaron allí cuando el campo de aviación ya operaba?[46].

Es muy razonable sostener, como lo creen los partidarios de hacer al explotador del aeropuerto sujeto responsable de los daños producidos por el ruido de las aeronaves que allí operan, que, en realidad, el perjuicio no es causado por una operación aérea individualmente considerada, sino que resulta de la acumulación de los despegues y aterrizajes que se realizan a lo largo del tiempo.

Pero creemos que ello no justifica la conclusión que sostienen. Me parece más acertada la solución de la jurisprudencia francesa, que distribuye entre los explotadores de aeronaves la responsabilidad por los daños causados por el ruido,

[45] Ver F. LEGREZ, op. cit., págs. 18 y 406.
[46] Ver E. du PONTAVICE, op. cit., "Annales de Droit Aérien et Spacial", Vol. VI, 1981, pág. 123.

en proporción a la participación de sus máquinas en la actividad total que se cumple en el campo de aviación [47].

Además, e insisto en que se trata de un argumento valioso, si se atribuye la responsabilidad a los operadores de aeropuertos, se hará necesario determinar qué debe entenderse por vecindad o proximidad al aeródromo.

A ello, debe agregarse que también se requeriría estructurar un régimen diferente para los daños ocasionados por el ruido de las aeronaves fuera de tales cercanías de los aeropuertos y un tercero para los causados por el estampido sónico.

Estimo, por todo ello, que hay razones puramente fundadas en la Justicia y otras, derivadas de las exigencias de la seguridad jurídica y de la prudencia, que se suman para respaldar la posición que considera a los explotadores de aeronaves como sujetos responsables de la reparación de los daños causados por el ruido de aquéllas.

La responsabilidad del Estado sólo puede aparecer con carácter complementario: si dictó reglas de circulación aérea defectuosas, cuya aplicación contribuye a la producción de daños nacidos del ruido de las aeronaves, puede ser demandado conforme a las normas de Derecho Administrativo e, inclusive, puede serlo por explotadores de aeronaves que hayan debido abonar indemnizaciones a quienes hubiesen sufrido perjuicios de esa especie.

También puede verse obligado a responder por los perjuicios que resulten de la habilitación de un aeropuerto, cuyas operaciones causan daños a los vecinos.

Pero, no puede imputársele la posición primaria de sujeto responsable, salvo, lógicamente, cuando sea explotador de aeronaves, como sucede, por ejemplo, con los aparatos militares, hasta hoy causantes casi exclusivos de daños emergentes del estampido sónico.

En síntesis, en mi opinión, el sujeto responsable es el

[47] Ver los fallos del caso Villeneuve-le-Roi citados en la nota 29 y el comentario de Pontavice, op. cit., pág. 137, sobre el caso Roissy.

explotador de la aeronave que emite el ruido causante del daño.

Esta solución debe regir para todos los supuestos: estampido sónico y daños por ruido en lugares alejados de los aeropuertos y en las proximidades de éstos.

Para las dos primeras situaciones, prácticamente son escasas las objeciones opuestas, no así para la última enunciada, pero creo que hay razones que, de acuerdo con lo expuesto, permiten unificar el sistema.

C) *El factor de atribución de responsabilidad*

En un sistema de responsabilidad civil, el factor de atribución de las obligaciones resarcitorias constituye uno de los puntos esenciales.

Y, precisamente, en el último siglo, se ha desarrollado un intenso debate doctrinario al respecto.

El Derecho Romano no elaboró, ciertamente, una teoría de la responsabilidad, pero, de acuerdo con sus características, a través de soluciones casuísticas, estableció bases que se proyectaron en el tiempo hasta nuestros días.

Conforme a esos fundamentos, el factor fundamental de atribución de responsabilidad es y ha sido la culpa (la expresión, en este caso, incluye el dolo).

En tiempos modernos, sin embargo, para algunos supuestos excepcionales, se ha extendido la noción de responsabilidad sin culpa y se ha recurrido, principalmente, al riesgo y la garantía como factores de atribución de obligaciones resarcitorias.

Si se acude al análisis de los textos antiguos, es fácil apreciar que se recurrió, en ciertas situaciones, a soluciones de este tipo, como, por ejemplo, en cuanto a las indemnizaciones por daños producidos por la caída de objetos de la parte superior de edificios (materiales, macetas, ornamentos, etc.).

Pero no hay duda de que, en la actualidad, esos casos se han multiplicado de acuerdo con las características de la vida moderna. Típico ejemplo de responsabilidad objetiva es la

solución legislativa general respecto a la reparación de los perjuicios producidos por accidentes del trabajo, en cuya elaboración pesa substancialmente un elemento pleno de contenido social.

En el ámbito del Derecho Aeronáutico, la tesis objetiva se aplica respecto a los daños de terceros en la superficie, conforme a lo establecido en el Convenio de Roma de 1952 y en las legislaciones internas inspiradas, tanto por este texto internacional, como por el de 1933, que, aun cuando no adquirió vigencia por la falta de las ratificaciones indispensables de los Estados, impulsó a una definida uniformidad legislativa.

Dado que los daños ocasionados por el ruido y el estampido sónico son, aún cuando se les reconozcan características especiales, perjuicios sufridos por terceros en la superficie, estimo que el antecedente es valioso y merece ser ponderado.

Sin embargo, se han planteado en el tema que analizamos diversas posiciones que aparecen reflejadas muy elocuentemente en tres propuestas alternativas formuladas por el Subcomité del Comité Jurídico de la OACI, dedicado al estudio de esta cuestión, en su reunión de abril de 1978 [48].

Esas propuestas se refieren a un eventual art. 3 de un Convenio especialmente destinado al ruido y el estampido sónico.

Las transcribo a continuación:

"Alternativa 1): 1. Cualquier persona que sufra un daño en la superficie causado por el ruido o el estampido sónico producido por una aeronave durante un vuelo individualizado, tendrá derecho a ser indemnizado por el explotador de la aeronave, como se prevé en este Convenio, con la sola prueba de haber sido causado el daño por efecto directo del ruido o el estampido sónico. 2. Sin embargo, habrá una defensa frente a una acción respecto al daño, que no sea físico, causado por el ruido si el explotador de la aeronave probare que ésta volaba de acuerdo a las regulaciones tendientes a evitar o reducir el ruido."

48 Ver la redacción de las diversas alternativas en "Air Law", 1978, pág. 186.

La alternativa 2 es igual al punto 1 de la anterior, es decir que desecha la defensa mencionada en el último punto del texto.

"Alternativa 3: 1. El daño a los terceros en la superficie causado por el ruido producido por una aeronave en vuelo no da derecho a indemnización salvo que el vuelo no se desarrollara conforme a las normas vigentes. 2. El daño causado por el estampido sónico producido por el vuelo de una aeronave da derecho a indemnización si se establece que el daño fue debido al estampido sónico."

Como puede verse, la Alternativa 3 consagra un sistema de responsabilidad subjetiva para los daños producidos por el ruido y objetiva para los ocasionados por el estampido sónico.

Como complemento de la información, cabe señalar que la Alternativa 1 tuvo el apoyo de dos votos, la Nº 2 de siete votos y la Nº 3 de 6 votos en el seno del Subcomité [49].

En mi opinión, debe prevalecer la posición que elige el riesgo como factor de atribución de responsabilidad, tanto en lo atinente a los daños producidos por el ruido como a los ocasionados por el estampido sónico.

Es de notar que, respecto a estos últimos, esta tesis fue abrumadoramente mayoritaria en la votación mencionada, ya que sumó el apoyo de 13 votos sobre los 15 emitidos.

Creo que esto se justifica por diversas razones, que fueron aducidas desde mucho tiempo atrás (Congresos de Verona de 1910 y Francfort de 1913 y Convenio de Roma de 1933) en relación con la reparación de los daños sufridos por terceros en la superficie.

Brevemente he de recordar algunas de esas razones.

El primero y principal argumento señala que se trata de reparar perjuicios experimentados por personas ajenas a la actividad aeronáutica, las cuales, sin vinculación alguna con la aviación, han resultado damnificadas por causa de una aeronave.

[49] La mención de los diversos votos emitidos se encuentra en el informe del Subcomité de responsabilidad por ruido y estampido sónico en "Air Law", 1978, pág. 186.

Así como es equitativo que quien obtiene un beneficio con el empleo de una cosa o la realización de un hecho, soporte las consecuencias dañosas que de ello surjan, por aplicación del mismo principio, es justo que los daños que se originen no recaigan sobre damnificados ajenos a esa actividad.

Desde otro punto de vista, es notorio que, mientras los terceros en la superficie pueden sufrir perjuicios por el ruido, ellos no están en condiciones de producir daños que afecten a la aeronave o su explotador.

A esto debe agregarse que quienes sufren daños por el ruido de las aeronaves, son víctimas de la consecuencia de una actividad beneficiosa para la sociedad, de la que no aprovechan directamente.

Y, finalmente, es necesario considerar las dificultades de prueba que hacen prácticamente imposible para la víctima del daño demostrar la culpa del explotador de la aeronave.

Este, por otra parte, crea el riesgo potencial del daño originado por el ruido de su avión y también se beneficia con la actividad de éste, de modo que se reúnen las notas necesarias para recurrir al riesgo creado y al riesgo provecho.

Este argumento me parece convincente en cuanto a la elección del riesgo como factor de atribución de responsabilidad en todos los supuestos de daños causados por el ruido, lo cual no obsta a que, si el explotador de la aeronave ha actuado correctamente y se ha ajustado a las reglas de circulación aérea, y éstas son defectuosas, demande al Estado por tal causa y repita lo abonado en concepto de indemnizaciones.

Pero, en el choque de intereses entre aquél y los damnificados, éstos deben obtener la reparación de los daños conforme a las normas más adecuadas de un sistema de responsabilidad civil [50].

[50] J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, op. cit., pág. 949 y sig.

D) *Eximentes de responsabilidad*

Es incuestionable la importancia de la determinación de las causales de exoneración de responsabilidad para la estructuración de un régimen equitativo.

En el Derecho Civil, la eximente clásica es el caso fortuito o la fuerza mayor, dado que aquél, salvo para supuestos especiales, consagra la tesis subjetiva, fundada en la culpa del sujeto responsable.

En el ámbito del Derecho Aeronáutico, aun en supuestos de responsabilidad subjetiva, como el de la Convención de Varsovia, se incluyen algunas causales de exoneración especiales, como la adopción de los medios necesarios para evitar el daño.

Lógicamente, en un sistema de responsabilidad fundado en el riesgo, la nómina de eximentes debe ser más estricta.

Inclusive, hay supuestos excepcionales de responsabilidad absoluta, como los establecidos en algunas leyes de accidentes del trabajo, en que no se admite ninguna, u otras en que sólo se toma en cuenta el dolo de la víctima.

En el caso que nos ocupa, estimo que la única causal de exención de responsabilidad valedera es la culpa del damnificado y es evidente que ésta tiene un campo de aplicación muy restringido.

Es sabido que, aun en relación con la responsabilidad subjetiva más pura, la culpa de la víctima funciona como causal de exoneración o de atenuación de aquélla.

Esto reviste amplio valor práctico y da lugar al funcionamiento de la institución de la culpa concurrente.

Otro tanto debe suceder en el tema que analizamos: si el damnificado contribuyó a la producción del daño, debe soportar parcialmente las consecuencias de aquél.

En la jurisprudencia se registran casos interesantes: por ejemplo, cabe recordar alguno en que se produjo el derrumbe de una construcción causado por un estampido sónico, pero en el cual se determinó que aquélla se encontraba muy

deteriorada y se redujo, por tal razón, la indemnización asignada al propietario demandante [51].

Y en la mencionada sesión del Subcomité, en el art. 5 proyectado para el correspondiente convenio, se incluyó a la culpa de la víctima como causal de exoneración [52].

No cabe, por el contrario, admitir como eximentes a la fuerza mayor y el hecho del tercero.

La primera está excluida por la esencia misma de la responsabilidad fundada en el riesgo y el segundo únicamente puede dar lugar a acciones de repetición por indemnizaciones pagadas a las víctimas, pero no puede ser opuesta a los reclamos de éstas, bajo pena de desvirtuar totalmente la solución resarcitoria prevista.

En este aspecto, estimo que, inclusive, debe corregirse una falla del sistema estructurado por el Convenio de Roma de 1952, que admite que el explotador de la aeronave no tendrá responsabilidad si los daños son consecuencia directa de un conflicto armado o de desórdenes civiles o si se vio privado del uso de la máquina por un acto de la autoridad pública [53].

Se trata, en verdad, de típicos supuestos de fuerza mayor y, por consiguiente, deben ser descartados.

La decisión de excluir del Convenio de Roma a los daños ocasionados por el ruido y el estampido sónico, decisión que juzgo negativa, ya que deja sin regulación internacional al tema que analizamos, quizás tenga la ventaja de permitir corregir la anomalía si alguna vez se logra sancionar un convenio específicamente destinado a reglarlo.

Conforme a lo expuesto, es de esperar que, en ese eventual texto, sólo se admita como eximente de responsabilidad a la culpa de la víctima.

De este modo, se habría conseguido elaborar un sistema equitativo y coherente, donde los damnificados sean indem-

51 Ver "Revue Française de Droit Aérien", 1976, pág. 292. Posteriormente el fallo fue provocado por deficiencias en la prueba de la vetustez del edificio dañado.

52 Ver "Air Law", 1978, pág. 186.

53 Ver Convenio de Roma, art. 5.

nizados y posteriormente se accione por repetición de lo abonado si la responsabilidad debe recaer en una persona que no es el explotador de la aeronave.

E) *Limitación cuantitativa del resarcimiento*

La limitación cuantitativa del resarcimiento es una de las cuestiones más debatidas, desde tiempo atrás, en el ámbito de la responsabilidad aeronáutica.

Inclusive, cabe afirmar que la tan comentada crisis del sistema de Varsovia está fundada directamente en el contenido económico de las indemnizaciones.

Por otra parte, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el concepto mismo de la limitación de las indemnizaciones ha sido atacado con argumentos muy valederos y se ha sostenido que la reparación integral de los daños es la única realmente justa.

Como máxima concesión, quienes defienden esta tesis admiten que la limitación pudo ser aceptada en el momento de la aprobación del Convenio de Varsovia por la escasa capacidad económica de los transportistas, pero que este argumento ha perdido validez ante la transformación de las circunstancias.

Y cuando el tema se traslada a la responsabilidad extracontractual, como la referida a los daños sufridos por terceros en la superficie, se agrega un argumento más, ya que, en el caso del transporte, hay una manifestación de voluntad del usuario, que implica la aceptación de un riesgo y también de la limitación cuantitativa de las indemnizaciones.

Reconozco expresamente la solidez de estos razonamientos y su incuestionable valor jurídico, pero, a pesar de esto, creo conveniente complementar el sistema de responsabilidad por los daños ocasionados por el ruido y el estampido sónico con la limitación mediante la fijación de topes máximos de resarcimiento.

Creo que existen argumentos válidos para sostener esta tesis.

La razón fundamental reside en la elección del riesgo como factor de atribución de responsabilidad.

Sin aceptar que esto implique instaurar un régimen de base objetiva [54], admito que ésta es la calificación que se aplica ordinariamente a un sistema de esta especie y me ajusto a esta terminología.

La clave de una responsabilidad fundada en el riesgo u objetiva radica en que, en alguna medida, se admite la obligación de resarcir daños sin culpa del sujeto responsable.

Esto, lógicamente, significa una substancial agravación respecto a la situación del sujeto responsable en las soluciones elaboradas sobre la base de la típica responsabilidad subjetiva.

En el ámbito del Derecho Aeronáutico, fácil es comprender cuánto más grave es la obligación resarcitoria del explotador de la aeronave por daños sufridos por terceros en la superficie que la que cabe al transportista por los perjuicios experimentados por los pasajeros o los expedidores de mercancías.

Mientras los transportistas están facultados para demostrar que tomaron todas las medidas necesarias para impedir el daño o que les fue imposible adoptarlas, al explotador de aeronaves sólo la culpa de la víctima le sirve como causal de exoneración.

De manera que, aun cuando nada pueda reprocharse a la conducta del explotador, éste sólo por haber hecho volar a su aeronave, en cumplimiento de la actividad a que específicamente debe dedicarse, puede verse en la obligación de indemnizar a quienes resulten damnificados por el ruido de aquélla.

Ante esta simple referencia a dos casos típicos que se presentan en nuestra disciplina jurídica, se hace notorio que la responsabilidad por ruido debe ser calificada como agravada en relación con la que resulta de la simple aplicación

54 Ver nuestro trabajo "La responsabilidad por el riesgo creado en Derecho Aeronáutico", en Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1982, pág. 11.

de los principios que rigen las obligaciones resarcitorias fundadas en la culpa.

Ahora bien, el Derecho no puede dejar de tomar en consideración la conducta de los sujetos para adjudicarles determinadas consecuencias en virtud de hechos o actos que los afecten.

Esto explica porqué quien ha obrado con dolo no es admitido por los Convenios de Varsovia ni de Roma a beneficiarse con la limitación cuantitativa de la responsabilidad.

Y, en otra posición, el damnificado que por su culpa padeció el daño o contribuyó a que éste se produjera o se agravara, o no debe recibir indemnización o sólo debe percibir una suma más reducida que aquél que lo sufrió sin que nada pueda objetarse a su conducta. Esto aparece a través de las causales de exoneración antes comentadas.

Puede decirse, con verdad, que no es dudoso que quien obra con dolo incurre en una actitud más reprochable que aquél que actúa negligentemente y que, a su vez, éste merece menos indulgencia que quien únicamente ha creado un riesgo potencial.

Es decir, que, por aplicación de simples normas de apreciación de conductas humanas, se justifica un tratamiento más benévolo para quien deba responder en el supuesto últimamente mencionado.

Además, en muchos de los supuestos en que el Derecho recurre a factores de atribución de responsabilidad de base objetiva, la actividad que crea el riesgo es útil para la comunidad —como ocurre, precisamente con la aviación— y merece, por consiguiente, juicio favorable apreciada en relación con el bien común.

Estimo que la argumentación expuesta no afecta en absoluto la razonabilidad de admitir casos de responsabilidad sin culpa, cuyas elaboraciones representan un aporte positivo de nuestro tiempo a la teoría general del resarcimiento.

La admisión de casos en que la víctima de un perjuicio deba ser indemnizada, aunque no haya conducta reprochable del obligado a reparar, no exige que se deje de pon-

derar el obrar de esa persona, cuya acción debe ajustarse a la ética que debe regir el modo de actuar de los seres humanos.

Hay casos en que alguien debe reparar los hechos causados por una cosa que utiliza, sin que haya culpa o negligencia de su parte, pero ello no exige, en modo alguno, prescindir de la consideración de su conducta.

Esto inspira, precisamente, la estructuración de un sistema de responsabilidad con limitación cuantitativa de las obligaciones resarcitorias: aunque no haya culpa de aquél cuya cosa originó el daño, la víctima debe ser indemnizada, pero, por esa ausencia de culpa, la reparación debe ser fijada dentro de límites que no la hagan excesivamente gravosa para el responsable.

Sobre esta base, puede decirse que, tanto la Prudencia como la Justicia, las dos virtudes cardinales que informan al Derecho, suman sus aportes para justificar la solución propuesta.

La primera determina que quien pone en marcha la actividad de una aeronave cuente con elementos importantes para efectuar sus previsiones para el caso de originarse daños a terceros y la Justicia determina que la responsabilidad fundada en el riesgo, que constituye un régimen muy favorable para el damnificado, tenga una contrapartida en la fijación de límites cuantitativos de sus obligaciones resarcitorias.

Si es importante lo primero por la posibilidad que brinda de hacer funcionar seguros que garanticen a las víctimas el cobro de sus indemnizaciones, más lo es la razón de Justicia, ya que, en todos los casos, el ordenamiento legal debe estar al servicio de ésta.

Asentado este principio, el problema se traslada a la determinación del criterio con que han de fijarse los topes máximos.

En realidad, hasta el presente no se ha encontrado ninguno que sea totalmente satisfactorio.

En tales condiciones, parece aconsejable seguir la pauta fijada en el Convenio de Roma de 1952, por ser el texto

internacional referido a daños sufridos por terceros en la superficie, es decir, el documento adonde conduce la aplicación del criterio de analogía, seguido ordinariamente en las legislaciones civiles [55].

Por consiguiente, debe tomarse como pauta el peso de la aeronave.

Es de notar que, en el Protocolo de 1978, destinado a introducir algunas modificaciones en el Convenio de 1952, se mantiene el criterio indicado [56].

Sin embargo, es evidente que éste tiene más justificación cuando se trata del impacto de la aeronave o de algo caído de ella sobre la superficie, ya que, en este supuesto, es verosímil que la magnitud de los daños esté en relación con el peso del aparato.

No ocurre lo mismo con el ruido, ya que se trata del perjuicio causado por ondas sonoras, de manera que el criterio señalado es más objetable.

Pero, ante la ausencia de otro que resulte técnicamente más adecuado, no se cuenta en la actualidad con elementos que fundamenten sólidamente el apartamiento de lo establecido en el mencionado Convenio y su Protocolo modificatorio.

Cabe recordar, como dato complementario, que en la Conferencia que aprobó, en Montreal, el Protocolo modificatorio del Convenio de Roma, se propuso agregar al artículo 23 de aquél, un párrafo que decía: "Esta Convención se aplica a los daños causados por el ruido o el estampido sónico producidos por una aeronave en vuelo, hasta que el Estado Contratante en cuestión no se haya obligado por otro instrumento que trate especialmente este tema" [57].

Lamentablemente, esa propuesta no prosperó, pero aporta un elemento más, ya que indica que al menos algunos Estados, creían conveniente unificar, aunque fuera tran-

55 Ver *Código Civil de la República Argentina*, art. 16, aplicable subsidiariamente de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2 del *Código Aeronáutico*.

56 El Protocolo de 1978 está publicado en la "Revue Française de Droit Aérien", 1979, pág. 166.

57 Ver "Air Law", 1979, pág. 43.

sitoriamente, la responsabilidad por cualesquiera daños sufridos por terceros en la superficie, aun los provenientes del ruido.

De haberse producido la inclusión del texto propuesto, es evidente que el peso de la aeronave hubiese sido el criterio elegido para fijar los límites del resarcimiento.

F) *Garantías del pago de las indemnizaciones*

El problema de las garantías tiene una historia bastante negativa en relación con la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, ya que todo indica que el Convenio de 1933 no llegó a entrar en vigencia por haberlas regulado inadecuadamente.

Sin embargo, es evidente la conveniencia de estructurar un régimen de responsabilidad garantizada, tal como el previsto por el Convenio de Roma de 1952, que incorporó, para superar las dificultades del anterior, preceptos del Protocolo de Bruselas de 1938.

Estimo, por ello, correcto que en el caso del ruido y el estampido sónico se prevean disposiciones que garanticen a los damnificados el cobro de las indemnizaciones que les corresponda.

A tal fin, en el supuesto de llegarse a sancionar un Convenio internacional, cabe tener en cuenta las soluciones del de Roma de 1952 y facultar, por consiguiente, a los Estados a exigir la contratación de seguros o la constitución de alguna otra especie de garantías.

Infortunadamente, este logro no parece fácil de alcanzar después de las decisiones adoptadas por el Consejo de la OACI en cuanto al desplazamiento del tema de la Agenda del Comité Jurídico.

En tal situación, como ha sido interpretado decisivamente que el Convenio de Roma no se aplica a los daños originados por el ruido y el estampido sónico ni tampoco los regirá si entrare en vigencia el Protocolo de 1978, la cuestión deberá ser resuelta por las legislaciones nacionales de los diversos países.

En estos ordenamientos legislativos, deberá establecerse la obligatoriedad de seguros o la constitución de otras garantías [58].

Es innegable que la opción por una responsabilidad cuantitativamente limitada favorece el funcionamiento de los seguros y permite, por consiguiente, la utilización de este medio, probablemente el más simple y sólido para garantizar los derechos de las víctimas.

Estimo conveniente que, al redactar los textos que dispongan la obligatoriedad de los seguros, se tengan en cuenta las enseñanzas de la experiencia recogida en relación con el Convenio de Roma de 1933 y los remedios aportados por el Protocolo de Bruselas y el Convenio de 1952.

G) *La dificultad de lograr una solución internacional*

Incidentalmente, en el acápite anterior, he adelantado que son escasas las posibilidades de lograr la sanción de un Convenio internacional referido a los daños ocasionados por el ruido de las aeronaves y el estampido sónico.

A ello, cabe agregar que, antes de los trabajos del Comité Jurídico de la OACI que culminaron con la aprobación del Protocolo de 1978, existían bases razonables para interpretar que el Convenio de Roma de 1952 podía ser aplicado a la reparación de esos perjuicios.

Es cierto que el art. 1, 1) del Convenio excluía a los daños que "se deben al mero paso de la aeronave" y que, ante una consulta expresa, el Dr. Loaeza había afirmado que la intención de los redactores del texto había sido la de no incluir en el Convenio a los daños producidos por el ruido de las aeronaves [59].

Pero, siempre cabía no asignar valor decisivo a estas expresiones del ilustre jurista mexicano y analizar el texto transcripto con sentido restrictivo.

58 Así lo hace, por ejemplo, el *Código Aeronáutico de la República Argentina*, art. 192.

59 Ver nuestro trabajo "El ruido en la problemática del Derecho Aeronáutico", "Novum Forum", Bs. As., pág. 116.

Cabía sostener que el mero paso de la aeronave se relacionaba con el sobrevuelo de los fundos y la relación de esa actividad con los derechos del dueño del terreno.

Mediante esta interpretación, que juzgo constructiva, podía aplicarse el texto internacional cuando la causa del daño fuera el ruido o el estampido sónico.

Este supuesto, cuya frecuencia le asigna vital importancia, encontraba, así, un marco jurídico que preveía las consecuencias y determinaba quién era el sujeto responsable, qué factor de atribución de responsabilidad debía usarse, etc.

Hay que pensar que, si el Convenio de Roma de 1933, que no entró en vigencia, inspiró a las legislaciones nacionales en el tema que trataba, ante la preponderancia que los perjuicios originados por el ruido había adquirido en el campo de los daños sufridos por terceros en la superficie, la uniformidad legislativa avanzaría progresivamente y que, a breve plazo, sería factible contar con una modificación del Convenio de 1952, que aclarara que comprendía los daños producidos por estas causas o con un texto específicamente destinado a reglar la responsabilidad que ellas engendraran.

Pero, actualmente, esto se ha complicado.

En las discusiones previas a la redacción del Protocolo de 1978, el Comité Jurídico decidió que los daños causados por el ruido y el estampido sónico y esa propuesta no tuvo en un convenio independiente e, inclusive, encomendó a un Subcomité la continuación de los estudios pertinentes [60].

Como es sabido, el Subcomité tuvo varias reuniones e, inclusive, elaboró los proyectos de varios artículos del eventual convenio internacional, en algún caso, como se vio, con la previsión de varias alternativas.

Solicitó también la opinión de los Estados, pero las respuestas fueron escasas y el trabajo de proyectar un texto no había avanzado substancialmente cuando se decidió, pri-

60 En el Subcomité se registraron opiniones encontradas. Ver "Air Law", 1975-76, Nº 1, pág. 51.

mero, pasar el tema a la Parte B de la Agencia del Comité y, luego, no mantenerlo en el programa [61].

Y en la Conferencia que aprobó el Protocolo de 1978, se propuso, como antes señalé, agregar al art. 23 un párrafo que incluyera transitoriamente en el Convenio de Roma modificado a la responsabilidad por los daños producidos por el ruido y el estampido sónico y esa propuesta no tuvo éxito.

Es evidente, pues, que la interpretación extensiva y constructiva antes comentada es hoy mucho más difícil de sostener.

De acuerdo con esta realidad, el tema queda librado a las legislaciones nacionales y, ante la imposibilidad de alcanzar por ahora la tan deseable unificación, habrá que tender a avanzar un primer paso y obtener la mayor uniformidad legislativa posible.

Ésta puede lograrse por dos vías diferentes.

Una consiste en elaborar normas especiales, y la otra en incluir el tema en las previsiones destinadas a la responsabilidad por daños a terceros en la superficie, como lo ha hecho, por ejemplo, el Código Aeronáutico vigente en la Argentina [62].

Esta vía sería la más fácil y permitiría solucionar de inmediato las cuestiones planteadas por esta causal de daños.

La otra puede acercarse más a una construcción especializada que tenga en cuenta aspectos específicos, que lógicamente debe ser beneficiosa.

Sin embargo creo que los lineamientos fundamentales del sistema general de responsabilidad por daños a terceros en la superficie es apto para resolver con justicia las cuestiones derivadas de los perjuicios ocasionados por el ruido.

El ideal, desde el punto de vista de la internacionalidad del Derecho Aeronáutico, sería la sanción de un convenio internacional que estableciera una regulación jurídica de fondo, común para los Estados que se integraran en ese texto internacional.

[61] Ver la 25ª Sección del Comité Jurídico en "Air Law", 1983, pág. 173.
[62] Ver *Código Aeronáutico de la República Argentina*, art. 155.

Hasta que ese ideal sea alcanzado —para lo cual se deberá trabajar intensamente, dada la importancia del tema— habrá que promover la uniformidad legislativa, sobre la base de las normas que rigen el caso general de los daños sufridos por terceros en la superficie.

VI. — EL RUIDO Y LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

El tema de la contaminación ambiental ocupa lugar preponderante en la preocupación de los hombres de nuestro tiempo [63].

Puede decirse que se trata de un resultado negativo del avance positivo del progreso y que se encuentra ínsito en el desarrollo de la sociedad industrial.

La aviación aunque en menor medida que muchas otras actividades, contribuye a esa contaminación, especialmente a través de las consecuencias del ruido de las aeronaves.

No es éste sin embargo, el único factor de contaminación: cabe mencionar, entre otros, el deterioro del aire por la presencia de óxidos y otras sustancias que se desprenden como residuos de los motores, sobre todo en zonas próximas a los aeropuertos.

Pero, sin duda, el ruido, tanto en su manifestación individual más o menos intensa o en las consecuencias de los inconvenientes producidos por la acumulación de operaciones aéreas en determinados lugares, constituye el elemento más pernicioso desde el punto de vista de la contaminación ambiental.

Ésta puede producir consecuencias fisiológicas y psicológicas perjudiciales y de ahí que haya merecido la atención de juristas de muy diversa especialización.

De las elaboraciones realizadas a este respecto, cabe sintetizar algunos puntos fundamentales [64].

63 Ver, por ejemplo, M. SEOANEZ CALVO y L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La contaminación ambiental*, Madrid, 1978.

64 Ver las conclusiones de la obra citada en la nota anterior, pág. 512 y sig.

En primer lugar, puede afirmarse que el derecho a la conservación del medio ambiente pertenece a toda persona humana por el solo hecho de ser tal.

Consecuencia directa de esta noción básica es que la degradación del medio ambiente sólo admite una cierta tolerancia, ante inconvenientes que pueden ser considerados normales en las condiciones de la actual vida en sociedad.

Pero, esa tolerancia debe considerarse excedida cuando el nivel de contaminación puede afectar, por ejemplo, la salud de los pobladores.

Como principio, puede afirmarse que genera responsabilidad civil cuando existe un daño a un derecho subjetivo.

Si ese derecho es particular, su titular debe contar con las acciones necesarias para obtener la justa reparación del perjuicio sufrido.

Cuando el daño es general o, al menos, abarca a una comunidad, la acción debe ser reconocida a quien ejerza representación de ese grupo, por ejemplo, la Municipalidad o algún funcionario de características especiales como el Defensor del Pueblo en el Derecho español.

Cuando la contaminación, como ocurre en el ámbito de la actividad aeronáutica, es resultante del empleo de una cosa, el factor de atribución de responsabilidad debe ser el riesgo creado.

El sujeto responsable es quien, por su actividad o la de la cosa que emplea, causa la contaminación ambiental.

A ello debe agregarse que cuando el Estado autorizó o consintió la actividad perjudicial o no ejerció debidamente los controles que debía efectuar en cumplimiento de sus funciones específicas, también puede ser responsable frente a particulares o a comunidades afectadas por el ruido de las aeronaves [65].

La aplicación de las disposiciones del Anexo 16 de la OACI son aptas para reducir los perjuicios emergentes del ruido y el estampido sónico y constituyen una base importante, que debe ser utilizada en la defensa del medio ambiente.

[65] El tema fue tratado en las IX Jornadas de Derecho Civil, Mar del Plata, República Argentina, 1983.

Además, como legislación supletoria, deben tener vigencia las normas del Derecho Civil, especialmente las que componen la teoría de la responsabilidad, con la adecuación que surge de las breves reflexiones formuladas.

Y, por ser el ruido de las aeronaves y el estampido sónico las mayores causas de contaminación ambiental resultantes de la actividad aeronáutica, los lineamientos establecidos a su respecto son plenamente utilizables para daños resultantes de cualesquiera otras fuentes provenientes de la aviación.

Cabe recordar, en este sentido, por ejemplo, que en los estudios hechos con motivo de la puesta en servicio del Concorde en vuelos a los Estados Unidos de América, se ponderaron elementos tales como las características de la estratósfera y la incidencia que podía tener la reducción de la capa de ozono que rodea a la Tierra y protege a sus habitantes del exceso de rayos ultravioletas, apto para producir graves consecuencias en la salud de seres humanos [66].

66 Ver la parte pertinente de la Resolución dictada en los Estados Unidos de América con motivo de la incorporación del Concorde a la prestación de servicios regulares, "Air Law", 1977, pág. 133, punto C.

EL DERECHO DE RÉPLICA Y LA LIBERTAD INSTITUCIONAL DE PRENSA

Por el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana

La libertad de expresión, complemento indispensable de la libertad de pensamiento, es un elemento esencial para el progreso de la humanidad. Sin libertad tan importante, desaparecerían la ciencia y el arte y retrocediendo siglos en la historia el espíritu del hombre sumiríase en las tinieblas de la barbarie y el oscurantismo. De nada valdría la libertad de conciencia si el individuo estuviera imposibilitado o se encontrara restringido de expresar lo que piensa, de dar a conocer lo que quiera dar a entender, por medio de palabras, sonidos, imágenes o cualquier otro medio de comunicación. "En verdad —observa Hocking— la libertad de expresión y de prensa está ligada al significado central de toda libertad. Donde los hombres no pueden comunicarse libremente sus pensamientos, ninguna de las otras libertades está segura; les está cerrado el camino para hacer causa común contra los abusos. Donde la libertad de expresión está presente, ya existe el germen de una sociedad libre y está a disposición un medio necesario para toda ampliación de la libertad. La libre expresión es así única entre las libertades como protectora y promotora de las demás libertades. Y cuando un régimen se encamina hacia la autocracia, es por instinto que la libertad de expresión y de prensa viene a constituir lo primero que es objeto de ataque. El concepto

de una prensa libre es así inseparable del concepto general de la libertad en el Estado moderno" [1].

Es el pensamiento el don divino que coloca al hombre por encima de la bestia, y que lo capacita para escoger entre el bien y el mal. "El pensamiento es la esencia del ser humano —ha dicho Jorge Eduardo Coll— y de él nace el sentimiento de libertad para realizar sin trabas, venciendo todo obstáculo, el propio destino. Sin convicciones, sin creencias, el hombre es un autómata cuya actividad alcanza exclusivamente beneficios materiales". Y agrega que "el pensamiento lo consagró rey de la creación. Las ideas son más poderosas que la fuerza bruta, las garras y dientes de que se valen los otros seres sometidos a su dominio. El pensamiento es la energía y el instrumento de la libertad" [2]. Despojar al hombre de la libertad para expresar lo que piensa es pretender nivelarlo con la bestia.

Es que la palabra escrita o hablada constituye la fuerza que verdaderamente mueve a los hombres. Es enorme su influencia sobre el progreso, el bienestar y la paz de las naciones y el mundo. Piedra angular de todo gobierno democrático ante ella tiemblan los déspotas más poderosos. "La pluma y la voz —escribió Aldous Huxley— son por lo menos tan poderosas como la espada; porque la espada está obligada a obedecer a la palabra escrita y oral" [3]. "Una vez que hemos prohibido la libertad de palabra —afirma Harold J. Laski— hemos prohibido la crítica de las instituciones sociales. En tal caso, las únicas opiniones que se toman en cuenta son las que coinciden con la voluntad de los gobernantes. El silencio es considerado con sentimiento y las decisiones que son registradas como ley reflejan, no las necesidades totales de la sociedad, sino las necesidades poderosas que han logrado hacerse oír por los detentadores del poder. Históricamente, el camino hacia la tiranía ha sido siempre

1 WILLIAMS ERNEST HOCKING, *Freedom of the press*. págs. 53-54.
2 JORGE EDUARDO COLL, *Libre expresión del pensamiento y derecho penal*, "Boletín del Círculo de la Prensa", Nº 166, p. 5.
3 ALDOUS HUXLEY, *Ciencia, libertad y paz*, p. 16.

allanado por una denegación de libertad en este dominio"[4].

Cuando no hay libre expresión de las ideas, la ignorancia hace presa del pueblo. "He aquí ya un pueblo que para ser esclavo no necesita sino que se le presente un tirano —sostenía Monteagudo en 1812—; ignorante, preocupado y fanático, él no puede apreciar la libertad, porque habituado a sujetar todos sus juicios a un solista que mira como oráculo, y limitando el ejercicio de su voluntad a una obediencia servil, fija su felicidad en poner trabas a sus ideas, en aislar sus sentimientos y en encadenar sus facultades, como si su destino no fuese otro que abrumar su debilidad con un juego voluntario. Tales son los efectos de la ignorancia, tales sus progresos y resultados"[5]. Un régimen de opresión de las ideas es más adecuado para formar esclavos que para el desarrollo de hombres libres, aun cuando la historia nos ofrece el alentador ejemplo de que ni el más tremendo de los despotismos pudo impedir el surgimiento de grandes hombres que lucharon sin tregua ni temor por la libertad. Es que como escribiera Sarmiento con carbón en la roca andina: *a los hombres se degüella, a las ideas no.* También dijo el gran argentino que "la libertad de conciencia es no sólo declarada piedra angular de nuestra Constitución, sino que es una de las más grandes conquistas de la especie humana. Digo más, la grande conquista por excelencia, pues de ella emana la emancipación del pensamiento que ha sometido las leyes de la creación al dominio del hombre. Hay más todavía. El gobierno civil se ha instituido para asegurar el libre desarrollo de las facultades humanas, para dar tiempo a que la razón pública se desenvuelva y corrija sus errores a fin de que la utopía de hoy sea la realidad de mañana. Si por tanto, hay una minoría de la población, y digo más, un solo hombre, que difiera honrada y sinceramente del sentimiento de la mayoría, el derecho lo protege, con tal que no pretenda violar las leyes, sino modificarlas, modificando la opinión de los encargados constitucionalmente de hacerlas

[4] HAROLD J. LASKI, *La libertad en el Estado moderno*, p. 67.
[5] BERNARDO MONTEAGUDO, *Obras Políticas*, p. 255.

pues para ese fin, para la protección de su pensamiento se ha construido el edificio de la Constitución, porque para él son las garantías establecidas por esa Constitución" [6].

La libertad de expresión es verdaderamente esencial a la naturaleza del gobierno democrático, que precisamente es definido por algunos como el gobierno de la opinión pública. Sin ella resultaría prácticamente imposible la existencia de la opinión pública, como tampoco la crítica y el control por la ciudadanía de la actuación de los gobernantes, ni el cumplimiento por la oposición de su trascendental cometido institucional, que requiere indispensablemente por parte de ésta el derecho de expresar sin trabas su desacuerdo. Como advierte Ogle, la democracia depende particularmente de la opinión pública, "porque es el ciudadano de una democracia quien debe soportar la carga de formular las políticas orientadoras por las que el gobierno actúa. En un Estado autoritario, en cambio, el gobierno sólo necesita mantener una ciudadanía obediente, satisfecha con políticas gubernativas genéricas" [7]. La opinión pública interviene decisivamente en la elaboración de las políticas a ser ejecutadas por el gobierno, al mismo tiempo que en el control del desempeño de éste. Bien enseña Carl J. Friedrich, famoso profesor de ciencia política en Harvard, que "la deliberación madura acerca de un problema por parte de una serie de personas que tienen que actuar colectivamente, presupone un intercambio de ideas sobre los problemas que implica la decisión de que se trate. De no existir tal oportunidad no puede decidirse nada. Esta es la razón fundamental de por qué los plebiscitos, tan populares entre los dictadores desde la época de Cromwell hasta nuestros días, no tienen efecto político. Aunque parecen ofrecer la oportunidad para la aprobación colectiva de un gobierno, su utilidad para este fin es pequeña. Tienen poca fuerza para la comunidad, ya que pocos de

[6] DOMINGO F. SARMIENTO, *Facundo*, p. 6; Idem, *Obras Completas*, t. 5. p. 86.

[7] MARBURY BLADEN OGLE (jr.), *Public opinion and political dyna-*

los participantes se sienten responsables, en la parte que puede tocarles, de la acción realizada" [8].

La libertad de expresión ampara genéricamente la expresión de las ideas, cualquiera sea la naturaleza del instrumento utilizado, incluyendo todas las formas y modalidades de la manifestación del pensamiento, así como el derecho a la información, comprensivo del derecho al acceso razonable a los medios informativos. Como establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su art. 19: "todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier modo de expresión".

La Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y la Paz, reunida en Chapultepec, en 1945, recomendó que "las repúblicas americanas reconozcan la obligación esencial que tienen de garantizar a sus pueblos el acceso libre e imparcial a las fuentes de información", y que "al aceptar el principio del libre acceso de todos a las fuentes de información, hagan todo lo posible por lograr que, al organizarse un orden jurídico en el mundo, se establezca el principio de la libre transmisión y recepción de informaciones, de palabra o por escrito, publicadas en el libro o en la prensa, difundidas por la radio o divulgadas por cualquier otro medio, bajo la debida responsabilidad y sin necesidad de previa censura, al igual que ocurre con la correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra clase de los particulares en tiempo de paz". Asimismo, la Conferencia Internacional sobre Libertad de Información, que tuvo lugar en Ginebra en 1948, declaró que "toda persona tendrá derecho a la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, sin temor a injerencia gubernamental alguna. Estos derechos incluirán la libertad de sustentar opiniones y la de buscar, recibir e impartir informaciones e ideas, independientemente

[8] CARL J. FRIEDRICH, *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, p. 131.

de las fronteras, lo mismo en forma oral que escrita, en material impreso, bajo forma artística o por aparatos visuales o auditivos legalmente autorizados".

La Comisión de la UNESCO para la elaboración de las bases teóricas de los derechos del hombre ha expuesto con exactitud y claridad el significado de la libertad de expresión. "Todos los hombres —dijo en su informe de 1947, antecedente directo e inmediato de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre— tienen derecho a la información más completa y más exacta procedente de todas las fuentes importantes, con el fin de que puedan desempeñar el papel que les corresponde en la sociedad humana. El derecho a vivir encuentra su manifestación más completa en la vida del pensamiento y en los diferentes modos de expresión artística y científica. Todos los hombres tienen derecho a seguir las consecuencias de su razonamiento y a creer en las doctrinas que estimen como verdaderas. No se les pondrán obstáculos en la búsqueda de conocimientos o en la comunicación de los resultados de sus investigaciones a otras personas con el fin de aumentar la suma de los conocimientos humanos. Con independencia de cualquier cálculo directo de su utilidad social, todos los hombres tienen el derecho de expresarse en las artes y en las ciencias, no sólo como una parte de su propia realización, sino también como una posible contribución a la cultura de su país y de su época, ya que la expresión más alta de su cultura y la máxima utilidad para la sociedad se deriva a menudo de trabajos poco estimados por sus contemporáneos desde el punto de vista de su valor estético y de su utilidad práctica inmediata" [9].

El proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes Internacionales del Hombre preparado en 1946 por el Comité Jurídico Interamericano, en su art. 3º establecía que: "la libertad de formar y tener opiniones y de expresarlas en privado y en público, y de publicarlas en forma escrita o impresa" se encuentra comprendida en la libertad de palabra

9 UNESCO, *Los derechos del hombre*, pp. 233-234.

y de expresión. Agregaba que "el derecho a la libertad de palabra y de expresión se extiende al uso de cualquier medio posible de comunicación: libertad de usar el servicio postal, los servicios públicos de telégrafo, teléfono y radiocomunicación; libertad de usar las artes gráficas, el teatro, el cinematógrafo y demás instrumentos para la difusión de las ideas. El derecho a la libertad de palabra y de expresión incluye la libertad de acceso a las fuentes de información, nacionales y extranjeras. El derecho a la libertad de palabra y de expresión comprende el derecho especial y altamente privilegiado de la libertad de prensa. Las únicas limitaciones que el Estado puede imponer sobre esta libertad son aquellas prescritas por las leyes generales dirigidas a la protección de la tranquilidad pública contra difamación calumniosa o injuriosa, y contra el lenguaje o las publicaciones indecentes, y el lenguaje o las publicaciones directamente provocativas de violencia entre los habitantes. La censura de la prensa está prohibida, sea por medios directos o indirectos, y todas las limitaciones impuestas en el interés del orden público únicamente serán aplicadas subsiguientemente a la publicación del material reputado del carácter delictuoso previsto en ley".

La palabra escrita, y especialmente la impresa en los diarios, constituye hoy el instrumento más eficaz para la expresión del pensamiento humano. Comporta el mejor medio que tiene el individuo para estar informado adecuadamente y al día de todo lo que ocurre en su país y en el mundo, y en particular de la actuación del gobierno y, como lógica consecuencia, para controlar el desempeño de sus gobernantes. El Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos Robert J. Jackson, en una conferencia que pronunció en Washington, en 1949, sostuvo que "el gobierno libre necesita una prensa libre". Y agregó: "si yo fuera un dictador absoluto en los Estados Unidos insistiría en respetar la libertad de prensa, porque es la mejor seguridad que se puede tener para no ser engañado sobre lo que está sucediendo en la nación y hasta en el mismo gobierno. Hitler fue

engañado a veces por la supresión de informaciones. Goering prohibía la divulgación de noticias que pudieran ser consideradas derrotistas. Sospecho que otros dictadores fueron igualmente engañados por su propia burocracia" [10]. En la lucha sin pausa del individuo a través de los siglos por la conquista o la reconquista de la libertad, la pluma y luego la imprenta ocupan un lugar sin duda tanto o más importante que la espada. Cientos de imprentas clausuradas o destruidas, otros tantos periódicos clausurados o suprimidos, marcan relevantes jalones en el incesante combate del hombre para salir de las tinieblas de la ignorancia y la esclavitud bajo regímenes autoritarios, que temen más a la imprenta que a las bombas o los cañones. Con razón puede leerse en la *Historia de la literatura inglesa*, publicada por la universidad de Cambridge, que la más grande figura literaria del siglo XV no es un autor sino un impresor, aludiendo a Caxton que juntamente con otros nobles y esforzados artesanos de la palabra impresa abrieron al pueblo inglés las arcas de la literatura universal. Razón hay que reconocer a Jefferson cuando afirmaba que prefería un país con diarios pero sin gobierno a un país con gobierno pero sin diarios [10].

Se ha hecho notar con acierto que los grandes políticos de la Revolución Francesa fueron periodistas. Roland, Vergniaud, Marat, Robespierre fueron directores de diarios. Bismark fue también periodista. Entre nosotros lo fueron Sarmiento, Alberdi, Mitre, Carlos Pellegrini y tantos otros argentinos ilustres. "Sarmiento y Alberdi —escribió Alfredo L. Palacios— en la prensa rugen, pelean, lanzan denuestos, injurias llenas de veneno y sus plumas son escalpelos que hienden sin piedad la carne enferma hasta llegar a la fibra sana. Fue periodista Mitre, este gran soldado americano que después de sus combates dejaba la espada y entraba en el gabinete para traducir *La Divina Comedia* o el *Salmo de la Vida* de Longfellow, o para escribir «La Nación», que él fundara. Fue periodista don José C. Paz, que un día para

10 "La Prensa", 5 de abril de 1949, p. 2.

defender sus convicciones en el campo de batalla, clausuró su imprenta, después de escribir un editorial que terminaba así: «dejo la pluma para tomar la espada» "[11].

El Deán Gregorio Funes, en el discurso que pronunciara en la Junta, luego de la revolución del 5 y 6 de abril de 1811, con miras al próximo congreso constituyente, sosteniendo la necesidad de asegurar la libertad de expresión, afirmaba que "el tribunal de la opinión pública debe estar siempre abierto para que haga notoria la voluntad general. Este tribunal es la prensa, y la señal de que sus palabras están francas es la libertad. A favor de ella sabrán los comisionados del poder, la voluntad de sus comitentes, que es la nación; sabrán cómo interpreta su contrato social, modifica sus cláusulas o las anula, revoca sus dones, establece un nuevo orden de cosas y, en fin, rectifica las ideas del gobierno y lo dirige. Pero quítese esa libertad de la prensa, y en tal caso ni habrá cómo formarse una opinión general, por cuanto se halla obstruido el conducto que comunica las ideas, ni cómo manifestarla aun después de formada. El gobierno caminará a ciegas, pues ignora cuál es la opinión pública, única soberana del Estado, y el poder arbitrario inventará sofismas para fascinar a los incautos".

Periodista por excelencia, Sarmiento no se cansó de exaltar la trascendencia de la prensa. "El diario —decía— es para los pueblos modernos lo que era el foro para los romanos. La prensa ha sustituido a la tribuna y al púlpito; la escritura a la palabra, y la oración que el orador ateniense acompañaba con la magia de la gesticulación para mover las pasiones de algunos millares de auditores, se pronuncia hoy ante millares de pueblos que la miran escrita, ya que por las distancias no pueden escucharla. Por el diarismo, el genio tiene por patria el mundo y por testigos la humanidad civilizada. Por el diarismo las grandes acciones reciben palmoteos que las aplauden por toda la tierra, y los delitos un signo de escándalo y reprobación que se levanta; por el diarismo

11 ALFREDO L. PALACIOS, *Libertad de prensa*, p. 16.

el secreto de los gabinetes se comunica, no de oído en oído, sino de diario en diario, transmitiéndose a los extremos más apartados del mundo; por el diarismo los pueblos mandan, la opinión se forma y los gobiernos la siguen mal de su grado. Como Lord Stanley, los periódicos han intimado al poder su famosa amenaza: nosotros vigilaremos cada uno de vuestros pasos, cada una de vuestras medidas, cada una de vuestras faltas" [12].

Por su parte, Alberdi opinaba que "la prensa, que es el primer instrumento de esa publicidad sin la cual no hay gobierno libre, es un poder no delegado que el país retiene para ejercerlo él mismo, sin privar de su ejercicio a los mandatarios legítimos. Por medio de la prensa el país colabora y concurre a la gestión de su gobierno, junto con sus mandatarios. Es tan esencial al gobierno del país por el país, que abdicarla es lo mismo que abdicar su soberanía y renunciar al rango de país libre" [13].

Todos los antecedentes argentinos sobre la libertad de prensa pueden resumirse a través de las palabras de José Manuel Estrada: "todo lo que las generaciones argentinas han sufrido, todo lo que han pensado, todo lo que han sentido, todo lo que han llorado; sus glorias, sus ignominias, sus esperanzas y sus desengaños... todo está reflejado en la prensa diaria" [14]. La libertad de la prensa constituyó una preocupación primordial a los gobiernos de nuestro país desde los albores de su vida independiente. Auténtica expresión de ese orden de ideas fueron las palabras de Tácito escogidas por Moreno como lema tutelar de la *Gaceta de Buenos Aires*: "raros tiempos de felicidad aquellos en que se puede sentir lo que se quiere y decir lo que se siente". Al Deán Funes corresponde el mérito de haber luchado por tan esencial libertad desde el inicio de la vida institucional de la patria. *La Gaceta de Buenos Aires*, en sus números del 8 y 12 de noviembre de 1811, defendió la libertad de crítica al go-

12 DOMINGO F. SARMIENTO, *Obras*, t. I, p. 59.
13 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras selectas*, t. 17, p. 242.
14 JOSÉ MANUEL ESTRADA, *Curso de derecho constitucional*, t. I, p. 223.

bierno, diciendo que: "rebelar los pueblos contra las autoridades, tumultuarlos contra el gobierno que han reconocido, sería ciertamente un delito contra el sosiego y la seguridad pública; pero manifestar los vicios de su constitución, la ignorancia, la falta de actividad y, en una palabra, atacar los defectos de la conducta oficial de los que gobiernan y los errores de sus providencias esto, lejos de ser crimen, es un beneficio que se rinde a la causa sagrada de los pueblos y una barrera contra los embates de la ambición". Belgrano escribía en el número 24 del *Correo de Comercio de Buenos Aires,* del 11 de agosto de 1810, que "la libertad de la prensa no es otra cosa que una facultad de escribir y publicar lo que cada ciudadano piensa y puede decir con la lengua. Es tan justa dicha facultad, como lo es la de pensar y de hablar, y es tan injusto oprimirla, como lo sería el tener atados los entendimientos, las lenguas, las manos o los pies a todos los ciudadanos. Es necesaria para la instrucción pública, para el mejor gobierno de la Nación y para su libertad civil, es decir, para evitar la tiranía de cualquier gobierno que se establezca; de lo cual son buenas pruebas que ningún tirano puede haber donde ella esté establecida, y que ningún tirano ha dejado de quitarla con todo cuidado a sus súbditos, porque son incompatibles entre sí".

Muy claras y arraigadas ideas poseía sobre la materia el Congreso General Constituyente de 1852-1854. Contestando al director provisorio de la Confederación, general Urquiza, dijo el 1º de diciembre de 1852: "el opinar en política no es un crimen. Es el ejercicio de la razón aplicada a los intereses públicos. Todo ciudadano de una república tiene derecho de manifestar lo que piensa y de contribuir con el tributo de su pensamiento a la felicidad común. Si las autoridades entre nosotros han restringido este derecho, han hecho mal y han faltado al primer deber de toda autoridad humana, que consiste en conceder al hombre lo que Dios mismo no le niega". Y agregaba: "los argentinos aceptan entre sus dogmas políticos, la fusión de todas las opiniones y aceptan por consiguiente los medios únicos de conseguir esa fusión para eter-

nizarla en sus hábitos. Todas las capacidades, todas las glorias, todas las virtudes argentinas, son honras de la patria y la patria les dará su destino y su recompensa, sea cual fuere el color y la forma de la divisa con que obraron algo para utilidad del país" [15].

La libertad de expresión se encuentra ampliamente consagrada y garantizada por la letra y el espíritu de la Constitución argentina, tanto de manera explícita como implícita. Trátase de una condición esencial de la forma representativa republicana de gobierno adoptada (art. 1º), y es, además, un derecho que *nace de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno* (art. 33º). Deriva, por otra parte, del principio de que *las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados* (art. 19º); como también de los derechos constitucionales de *publicar sus ideas por la prensa sin censura previa*, con el amplísimo sentido que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen a esta última expresión, y de *enseñar y aprender* (art. 14º). A ello se agrega la excepcional protección complementaria que a dicha libertad reconoce el artículo 32º, incorporado por la reforma de 1860.

Recordamos que el concepto constitucional de *censura previa* es amplio y comprensivo, y designa toda acción u omisión dirigida a dificultar o imposibilitar, en forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y la circulación de la palabra impresa. Por lo tanto, es opinión coincidente de la doctrina y la jurisprudencia que, además de la *censura previa* propiamente hablando y en su sentido puramente semántico, queda interdicta por la Ley Suprema argentina cualquier otra forma de restricción comprendida en los términos expuestos [16].

15 EMILIO RAVIGNANI, *Asambleas constituyentes argentinas*, t. VI, 2ª parte, p. 108.

16 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2da. ed., t. IV, p. 441 y ss.

Gramaticalmente, *prensa* e *imprenta* son términos que expresan conceptos distintos. Conforme con el diccionario del idioma, la *prensa* es el "conjunto o generalidad de las publicaciones periódicas y especialmente las diarias"; y la *imprenta* es "lo que se publica impreso"; vale decir, que en sentido puramente gramatical, la imprenta es el género y la prensa la especie. Sin embargo, en el concepto terminológico y jurídico de la Constitución argentina, ambas palabras son sinónimas, designándose indistintamente el mismo ámbito o faceta de la libertad con las denominaciones *libertad de imprenta* y *libertad de prensa*. Por consiguiente, de acuerdo con la única interpretación lógico-jurídica pertinente, cuando la Constitución Nacional se refiere a la libertad de prensa (art. 14º) y a la libertad de imprenta (art. 32º), alude en forma genérica, a todas las formas y modalidades —muchas de ellas no conocidas en la época en que la Ley Suprema fue sancionada— en que las ideas pueden ser exteriorizadas y difundidas. Con acierto advierte Bidart Campos que "la escueta fórmula constitucional dedicada a la prensa merece, por ende, una interpretación elástica, flexible, amplia e histórica, como para dar cabida a todas las formas mediante las cuales las ideas de los hombres se transmiten y publicitan. O sea, debemos entender que cuando la Constitución positiviza la libertad de prensa o de imprenta, extiende el beneficio de su tutela a la libertad de expresión en general. De este modo, la libertad de expresión queda constitucionalmente protegida, cualquiera sea la vía que la exterioriza y difunde" [17].

La filosofía que informa los preceptos de nuestra Constitución relativos a la libertad de prensa se vincula con la esencia misma del sistema republicano, del cual es pilar fundamental. Por ello es que los Constituyentes de 1860 no consideraron bastante —con ser de por sí amplísima— la protección que consagraba el texto originario de 1853 a tan

17 GERMÁN J. BIDART CAMPOS, *La calificación previa y la licencia de exhibición cinematográfica en razón de moralidad pública*, "Jurisprudencia Argentina", 1968-III-2, p. 3083.

primordial libertad, e introdujeron un nuevo precepto —el artículo 32º— inspirado en la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos, que estatuye que el *Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.* Por consiguiente, la Constitución argentina acuerda a la libertad de prensa un amparo excepcional, más amplio todavía que el de cualquier otra libertad, que no solamente impide al Congreso restringirla, sino también reglamentarla. Es que en el sistema constitucional argentino, la libertad de prensa no solamente comporta un derecho individual sino además y primordialmente, una *libertad institucional.*

Hemos sostenido en la cátedra y en el libro, que "con relación específicamente a la libertad de prensa, la Constitución Nacional —siguiendo a la de los Estados Unidos, pero en una forma aún más terminante que ésta— le reconoce el carácter de un verdadero *derecho institucional* y no meramente individual, al que, por su extraordinaria trascendencia de derecho retenido por el pueblo y no delegado, le consagra, específicamente en su art. 32º, una especial y sin par inmunidad, por lo que —como expresara acertadamente el informe de la Comisión Revisora de la Constitución de 1853—; "como la libertad de conciencia, que es otra forma de la libertad de pensamiento, se encuentra fuera de la legislación y, ni siquiera durante el estado de sitio, puede ser restringido y menos suspendido o suprimido, sin perjuicio de las sanciones que puedan merecer quienes incurran en delitos por medio de la prensa, a través de un debido procedimiento legal" [18].

Esta concepción institucional de la libertad de prensa, que hace a la sustancia o esencia del artículo 32º de la Ley Fundamental de nuestro país, ha sido explicitada por el Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Potter Stuart en los términos siguientes: "La Corte uniformemente ha ex-

[18] SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* 2da. ed., t. VI, pp. 506-507; Idem, *El derecho de réplica y la libertad institucional de prensa,* "Jurisprudencia Argentina", 1985, IV, p. 721.

puesto su interpretación de que la garantía de la libertad de prensa es esencialmente un *precepto institucional* de la Constitución. La mayoría de las otras disposiciones contenidas en la Declaración de Derechos protegen libertades específicas o *derechos específicos individuales, no institucionales.* Para nombrar sólo unas pocas: la libertad de palabra, la libertad de creencias, el derecho de defensa, el privilegio de no ser obligado a declarar contra sí mismo. La prensa es en suma la única institución privada a la que se da explícita protección constitucional". Agrega el referido magistrado norteamericano que "esta interpretación básica es esencial para evitar un error elemental de derecho constitucional. Es tentador sugerir que la libertad de prensa significa solamente que a los editores de diarios se les garantiza la libertad de expresión. A ellos se les ha garantizado esta libertad, sin duda, pero todos los habitantes estamos en idéntico caso en virtud de la cláusula sobre libertad de palabra. Si la garantía de la libertad de prensa significara lo mismo que la libertad de expresión, habría una redundancia constitucional. Entre 1776 y la redacción de nuestra Constitución, muchas de las Constituciones estaduales contuvieron cláusulas que protegían la libertad de prensa, pero no reconocieron la libertad general de palabra. Al incluir ambas garantías en la Enmienda Primera, los Constituyentes admitieron con plena claridad que eran dos garantías diferentes. Es también erróneo suponer que el único propósito de la garantía constitucional de la libertad de prensa es asegurar que un diario debe servir como foro neutral para el debate, «un lugar para ideas en el mercado», una especie de rincón de Hyde Park para la comunidad. Una teoría semejante ve a la prensa como un conducto neutral de información entre el pueblo y sus representantes. Estas teorías, en mi opinión, conceden suficiente significación a la autonomía de la prensa, que fue propósito de la Constitución garantizar". Señala el Juez Potter Stuart que "al establecer las tres ramas del gobierno federal, los Constituyentes deliberadamente crearon un sistema internamente competitivo. Como el Juez Brandeis

escribió una vez: «el propósito de los Constituyentes era, no eliminar fricciones, sino por medio de la inevitable fricción natural en la distribución de los poderes gubernamentales entre los tres departamentos, salvar al pueblo de una autocracia». *El propósito fundamental de la garantía constitucional de la prensa libre fue similar: crear una cuarta institución fuera del gobierno, como control adicional de las tres ramas oficiales.* Recuérdense a ese respecto las palabras iniciales de la cláusula sobre la libertad de prensa en la Constitución de Massachusetts, redactada por John Adams, segundo Presidente de los Estados Unidos: «la libertad de prensa es esencial para la seguridad del Estado». La metáfora más ilustrativa, pienso, es la que encierra la expresión *cuarto poder*. Lo que Thomas Carlyle escribió sobre el gobierno británico, hace un siglo, tiene una curiosa resonancia contemporánea: «*Burke dijo que había tres poderes en el Parlamento, pero más allá de su recinto, en la galería de periodistas, se sentaba un cuarto poder, más importante que todos ellos*» [19]. O sea, que la concepción institucional de la libertad de prensa, desarrollada por la doctrina del más alto tribunal norteamericano, coincide con la letra y el espíritu de la Constitución argentina, cuyos textos son todavía más categóricos y explícitos que los del modelo norteño.

Para la interpretación del sistema constitucional argentino en cuanto a la libertad institucional de prensa, resulta altamente ilustrativo el pensamiento explicitado por los reformadores de 1860. La Comisión Examinadora de la Constitución Federal de 1853, creada en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860, en un luminoso informe suscrito por Mitre, Vélez Sarsfield, Mármol, Cruz Obligado y Sarmiento, explicó de manera clara la razón de ser del artículo 32º que se proponía incorporar en el texto de 1853: "siendo la palabra escrita o hablada uno de los derechos naturales de los hombres que derivan de la libertad de pensar, él se halla comprendido entre los derechos intransmisi-

[19] *La función del periodismo en los Estados Unidos*, "La Prensa", 19 de mayo de 1975, 1ª secc., p. 4.

bles de que se ha hablado. La sociedad puede reglamentar y aun reprimir el abuso; pero esa reglamentación y esa represión es privativa de la soberanía provincial; es decir, es privativa de la sociedad en que el abuso se comete, y a la cual puede dañar inmediatamente, ya sea a toda ella en su conjunto, ya a los individuos aisladamente. Aun considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos (que en realidad no son sino actos dañosos a la sociedad), ellos no podrían caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes, y sería un contrasentido que fuese un tribunal nacional un jurado de imprenta y no lo fuese un juzgado civil o criminal. Del contexto de la Constitución no resulta que tal haya sido su suerte, pero entendiéndose generalmente de otra manera por los publicistas argentinos que concurrieron a su confección, teniendo el Congreso, por el inciso 11 del artículo 64º, la facultad de dictar las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados y existiendo precedentes (aunque no de un carácter legal) que hacen presumible una intervención indebida del Gobierno Federal en materia tan privativa de la soberanía provincial, es prudente precaverse contra tales probabilidades, como lo hicieron los Estados de Norteamérica en las Enmiendas que presentaron al Congreso" [20].

En el número 6 de *El Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal*, de la Convención del Estado de Buenos Aires de 1860, se expresaba: "que estas dos declaraciones (arts. 32º y 33º de la Constitución Nacional) eran tomadas de las Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, indicadas entre otras como complemento necesario de la Constitución; y que si en la primera se añadía que la prensa no había de recaer bajo la jurisdicción federal era porque la Constitución argentina encargaba al Congreso la codificación de las leyes, y podía por tanto dictarlas sobre libertad de imprenta... Que la declaración de los derechos del hombre había precedido a todas las declaraciones escritas,

20 *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal*, p. 97.

los que quedaban subsistentes siempre; pues ellos constituían un legado de la humanidad entera, que ningún pueblo podía renunciar sin renunciar a la historia y a los antecedentes de la civilización de la especie humana y a la mancomunidad cristiana de que formaban parte... Que en las declaraciones de derechos y garantías estaban consignados varios principios de la ley civil, tales como el derecho de defensa, de careo, de no jurar en propia causa, etc., para asegurarse de que esas leyes fundamentales no pueden ser abolidas ni por la Constitución, ni por la voluntad de pueblo alguno; pues no hay pueblo que pueda reclamar como suyas estas conquistas, ni renunciarlas por su voluntad". Luego de citar diversos textos de constituciones de Estados norteamericanos, *El Redactor* proseguía diciendo: "que esta declaración servía para fijar la interpretación de la Constitución misma, por sus principios fundamentales y objeto, contra los que querrían suponer que la letra autoriza a restringir una libertad, o que lo que en la Constitución no está expresamente dicho, no es constitucional, ni tiene valor legal; con lo cual se pervierte el espíritu, se falsea el fin que consultan las constituciones. *Que estos mismos principios habían aconsejado sustraer a la acción del Congreso de los Estados Unidos la legislación de la prensa, para asegurar así a la libertad de pensar un derecho anterior y superior a toda Constitución.* Que sin hacer de ello un cargo inútil, la Comisión debía recordar haberse publicado una carta del Presidente de la Confederación, conminando a un Gobernador de Provincia porque no reprimía el espíritu de crítica de un diario, caracterizando con sus verdaderos nombres la resurrección de la cinta colorada; y que si en esta reprobación del diario de un uso que ninguna ley ordena, no estando nadie obligado a hacer, acatar, ni respetar lo que no es legal, con cuanta más razón debía temerse esta facultad de restringir la prensa, en materias más graves. *Que la historia contemporánea había justificado plenamente la previsión de los pueblos que impusieron a fines del siglo pasado al Congreso Federal esta limitación de facultades.* Que ninguna nación del mundo había arribado a esta-

blecer principios regulares, pues dejando a los legisladores la facultad de reglamentar la libertad de la prensa, algunos no habían podido detenerse en la fatal pendiente que lleva hasta suprimirla o someterla al juicio del Ejecutivo, sin formas como acontece en Francia. Que la Inglaterra había intentado en vano dar una ley sobre imprenta y desistido de ella el Parlamento, en presencia del peligro de atacar la libertad en su base dando al legislador el derecho de reglamentarla; y que en Sud América ningún Estado había llegado a resultado estable ni satisfactorio. *Que en presencia de estas dificultades, los publicistas de las repúblicas estaban con la Constitución de los Estados Unidos contestes en declarar la libertad de la prensa derecho reservado por el pueblo; y como la libertad de conciencia, que es otra forma de la libertad del pensamiento, fuera del alcance de la legislación, dejándole al abuso de ella su carácter de libelo ante las leyes ordinarias.* Que en países como los nuestros, en que las comunicaciones y contactos eran difíciles, la educación del pueblo defectuosa y limitada, las prácticas administrativas irregulares o viciosas, y la tendencia al arbitrario inherente a todos estos defectos, la prensa, con todos sus inconvenientes de detalle, ejercía una poderosa y saludable influencia, poniendo de manifiesto lo que habría interés de ocultar, interesando a unos pueblos en la suerte de otros, y difundiendo por la discusión y la publicidad una masa de luces que de otro modo no llegaría a los extremos de la República. *Que el ensayo feliz de la absoluta libertad de imprenta, hecho nueve años en Buenos Aires, había desacreditado los especiosos argumentos contra ella; y que además, estando hoy Buenos Aires en la Confederación, entraba con sus libertades conquistadas, y no siendo a las Provincias dañoso en manera alguna que Buenos Aires tenga libertad de imprenta, esta restricción de legislar debía ser aceptada"* [21].

Explicando los fundamentos de la nueva disposición cons-

21 *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, encargada del examen de la Constitución Federal: El Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal,* Nº 6, pp. 29-31.

titucional propuesta, en el seno de la Convención del Estado de Buenos Aires, dijo Vélez Sársfield que: "la reforma dice aún más: que el Congreso no puede restringir la libertad. *La libertad de imprenta, señores, puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes al cuerpo legislativo.* Cuando un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. Él puede conservar y conviene que conserve, el derecho de examen y de crítica para hacer efectivas las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses. Dejemos, pues, pensar y hablar al pueblo y no se le esclavice en sus medios de hacerlo. El pueblo necesita conocer toda la administración, observarla, y aun diré dirigirla en el momento que se separe de sus deberes, o para indicarle las reformas o los medios de adelanto como sucede todos los días. Hoy es sabido en el mundo que los mayores adelantamientos materiales y morales de los pueblos, son debidos a la prensa, al pensamiento de los hombres que no están empleados en la administración. Nosotros mismos somos testigos de esto. La prensa ha indicado mil veces y aun ha exigido las mayores reformas en la administración y ha propuesto y ha discutido las leyes más importantes. *Sobre todo, sin la absoluta libertad de imprenta, no se puede hoy crear el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes: la opinión pública.* Sólo la libre discusión por la prensa puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país. Sólo también por medio de la libertad de imprenta puede el pueblo comprender la marcha de la administración. No basta que un gobierno dé cuenta al pueblo de sus actos; sólo por medio de la más absoluta libertad de imprenta puede conocerse la verdad e importancia de ellos y determinarse el mérito o la responsabilidad de los poderes públicos. El pueblo entonces, con pleno conocimiento de la administración, crea, como siempre sucede, un medio de ade-

lantamiento o el medio de evitarse un mal. Se dirá que los abusos de la imprenta traen trastornos sociales. Pero trastornos sociales se llaman muchas veces el renacimiento de la libertad en un pueblo, por la consagración de los derechos individuales. Las más veces equivocamos el mal social con el mal individual, creemos que la injuria a una persona es la injuria a la sociedad y que el deshonor de un hombre es un mal social, y por esto tantas veces se habla contra la libertad de imprenta. Mas los particulares tienen el remedio para este desorden, que sólo a ellos toca, en los Tribunales ordinarios", Y el eminente jurista concluyó su discurso con elocuentes palabras: "Resumiendo, señores, estas diversas ideas, podréis echar la vista sobre las sociedades de todo el mundo y no hallaréis un pueblo que vaya en progreso y en que no estén asegurados los derechos de los hombres y restringida al mismo tiempo la libertad de imprenta ni hallaréis un pueblo que goce de absoluta libertad de imprenta y en el que su riqueza y sus adelantamientos morales retrograden y en que sus habitantes no se juzguen garantizados en sus derechos individuales" [22].

En definitiva, de la interpretación lógica de la letra y el espíritu de los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional —que no puede dejar de tener primordialmente en cuenta el propósito que inspiró a los Constituyentes de 1853 y 1860 incluirlos en el texto de la Ley Fundamental, como también a la fuente del art. 32, la Enmienda Primera de la Constitución de los Estados Unidos y su interpretación doctrinaria y jurisprudencial— resulta evidente e indiscutible que la Constitución argentina jerarquiza especialmente a la libertad de prensa, ubicándola en un nivel excepcional que, además de su condición de *derecho individual* ampliamente protegido por las garantías constitucionales que genéricamente amparan a todos los derechos de ese carácter, le confiere el empinado rango inherente a una *libertad institucional* que hace a la esencia del sistema representativo republicano, y

22 *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal*, pp. 191-193.

que el pueblo no ha delegado en modo alguno a los órganos de gobierno, sino que se ha reservado, sustrayéndolo de manera expresa a la reglamentación del Congreso.

Categórico fue al respecto el pensamiento de Alberdi, el *Padre de la Constitución*. "*La prensa* —escribió—, *que es el primer instrumento de esa publicidad sin la cual no hay gobierno libre, es un poder no delegado que el país retiene para ejercerlo él mismo*. Por medio de la prensa el país colabora y concurre a la gestión de su gobierno, junto con sus mandatarios. Es tan esencial al gobierno del país por el país, que abdicarla es lo mismo que abdicar su soberanía y renunciar al rango de país libre" [23]. "En los países libres —también escribió el ilustre autor de las Bases— la educación pública es una parte de la soberanía, cuyo ejercicio no se delega ni se saca de las manos del pueblo. *Como la prensa, la educación es una garantía que el país se reserva contra la propensión natural de los delegados de su poder a convertirse en dueños del poder ajeno que les está delegado, siempre que su dueño verdadero no le pone obstáculo*" [24].

Los Constituyentes de 1860, autores del precitado artículo 32, sostuvieron que "*estos mismos principios habían aconsejado sustraer a la acción del Congreso de los Estados Unidos la legislación de la prensa, para asegurar así a la libertad de pensar un derecho anterior y superior a toda Constitución; y que la historia contemporánea había justificado plenamente la previsión de los pueblos que impusieron a fines del siglo pasado en el Congreso Federal esta limitación de facultades*". También expresaron que "en presencia de estas dificultades, *los publicistas de las repúblicas estaban con la Constitución de los Estados Unidos contestes en declarar la libertad de la prensa, derecho reservado por el pueblo; y como la libertad de conciencia, que es otra forma de la libertad del pensamiento, fuera del alcance de la legislación, dejándole al abuso de ella su carácter de libelo ante las leyes*

23 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras selectas*, t. 17, p. 242.
24 JUAN BAUTISTA ALBERDI, *Obras selectas*, t. 2, p. 268.

ordinarias" [25]. Y el convencional de 1860, Vélez Sársfield, fundamentando la inclusión del nuevo artículo 32 al texto constitucional, insistió en que "la libertad de imprenta puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo después que ha elegido sus representantes al cuerpo legislativo" [26].

Ha suscitado honda y justificada preocupación la tendencia manifestada en los últimos tiempos en nuestro país para institucionalizar el derecho de réplica: que se ha traducido, además de en numerosas iniciativas y artículos insertos en periódicos y revistas especializadas, en una sanción de la Cámara de Senadores de la Nación y la reforma de varias constituciones provinciales.

Para nuestro análisis del referido instituto en el marco de la Constitución Nacional, y superando la diversidad de definiciones y modalidades con que se lo ha querido caracterizar, adoptaremos como punto de referencia, por su exactitud y generalidad, la que formulara el eminente maestro de Derecho ya desaparecido, Dr. Rafael Bielsa. "Toda persona nombrada o señalada —decía— en un diario, escrito o periódico, que contiene respecto de esa persona la alegación o información de un hecho injusto, objetivamente ofensivo o erróneo, inexacto, desnaturalizado, sea desde el punto de vista externo o formal, sea desde el punto de vista interno o intelectual, tiene derecho de hacer insertar en la misma publicación una respuesta rectificadora de ese artículo" [27].

A nuestro juicio, la institución comúnmente denominada derecho de réplica, sin entrar a considerar las diversas modalidades o detalles que pueda ofrecer en los diversos proyectos formulados y sí solamente su esencia, es contraria a la

25 *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal;* "El Redactor de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal", Nº 6, ps. 29-31.

26 *Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal,* ps. 191-193.

27 RAFAEL BIELSA, *Estudios de derecho público,* t. 3, p. 751.

Constitución Nacional, en cuanto contradice, en su letra y en su espíritu expresas y claras disposiciones.

Como ya hemos visto, la Constitución argentina ha consagrado la libertad de prensa o de imprenta de una manera amplísima, otorgándole una protección verdaderamente excepcional, al atribuirle la empinada jerarquía de *libertad institucional*, además de la de *derecho individual no delegado a órgano alguno de gobierno al haber sido reservado por el pueblo*, y llega hasta prohibir al Congreso legislar sobre la materia; con lo que ha erigido a la libertad de prensa o de imprenta, en los términos y amplitud mencionados, como uno de los principios esenciales del sistema constitucional por ella establecido, con plena vigencia en todo el territorio de la República, como resulta categóricamente del precepto contenido en el art. 5º, que impone a las Provincias, como condición ineludible para que el Gobierno Federal les garantice el goce y ejercicio de sus instituciones, que sus constituciones estén *de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.*

El derecho de réplica crearía un régimen de excepción abiertamente violatorio de la libertad de prensa o imprenta, al restringirla hasta su lisa y llana supresión. Si el hecho que afecta al supuesto damnificado configura un delito, la Constitución y la ley dan a éste la vía judicial, como en los casos de la violación de otros derechos constitucionales, para obtener condigna reparación de orden penal y civil con la condena del culpable. En manera alguna se justifica la creación de un procedimiento especial, violatorio de la igualdad ante la ley y del debido procedimiento legal, que permite a quien ejerce el derecho de réplica, erigirse en juez de su supuesto derecho y lo habilita a hacerse justicia por sí mismo. Y la difundida crítica que en función del argumento se dirige a la supuesta ineficacia de los tribunales judiciales, en verdad debería referirse genéricamente al régimen penal y procesal y no únicamente al ejercicio de la libertad de prensa o imprenta.

Obligar a un diario o a una revista a publicar todas las

rectificaciones o respuestas que su contenido pueda incitar a hacer a sus lectores, haría ilusoria tan preciada libertad, toda vez que resultaría económicamente imposible dedicarles todo el espacio necesario, lesionando también de modo gravísimo el derecho de propiedad y las libertades de trabajo, de industria y de comercio. Se convertiría, por lo demás, a las páginas de los diarios y revistas en vehículos de permanente polémica cuando no de abierta propaganda a disposición de los adversarios sobre todo en el caso de las publicaciones que defienden partidos o doctrinas. Ya hasta podría darse el caso de rectificaciones masivas y orquestadas con el avieso propósito de quebrantar económicamente a diarios o revistas.

Por otra parte, como en su sentido más amplio y genérico, la libertad de prensa o de imprenta abarca la expresión del pensamiento por medio de la palabra impresa, cualquiera sea la forma que revista la publicación: libro, folleto, volante, revista, diario, etc., es de imaginar la situación en que podría colocarse a todo autor de libro, por ejemplo, que se encontraría amenazado de tener que editar otro volumen similar al originario, para hacer lugar a todas las rectificaciones y respuestas que el mismo pudiera suscitar en sus lectores.

Pero la violación más grave a la esencia misma de la libertad de prensa resultaría de la indebida e inaceptable intromisión del Estado y los particulares en lo que podría denominarse *derecho editorial*, allanando, modificando y hasta suprimiendo el derecho del propietario, director o editor del diario o revista a fijar el criterio editorial, a elegir el material a publicar, a determinar la medida de las columnas y espacios, etc.

Y las consecuencias de la creación de un instrumento tan peligroso podrían llegar hasta amenazar los cimientos mismos del sistema republicano y representativo, afectando y hasta suprimiendo el elemental derecho a disentir —requisito esencial para la existencia de la oposición—, el control por la ciudadanía de la actuación de sus gobernantes y la libre discusión de los asuntos públicos.

Decisiva importancia en el tema reviste la notable sen-

tencia que la Suprema Corte de los Estados Unidos pronunció el 25 de junio de 1974, por unánime decisión, en el caso *Miami Herald Publishing Co. Pat Tornillo,* que declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Florida que instituyó el derecho de réplica, por considerarla violatoria de la Enmienda Primera de la Ley Suprema norteamericana, fuente del artículo 32 de la Constitución argentina, lo que hace perfectamente valedera para nuestro país la doctrina sentada.

Los hechos del caso pueden sintetizarse del modo siguiente. Pat Tornillo, director ejecutivo de la Classroom Teachers Association fue nominado candidato a miembro de la Cámara de Representantes del Estado norteamericano de Florida. El 20 y 29 de septiembre de 1972, el diario *Miami Herald* publicó sendos editoriales criticando la candidatura. Tornillo exigió entonces al periódico que publicara textual e íntegramente sus respuestas a las críticas, y como no obtuviera éxito en su pretensión, accionó ante la Corte de Circuito del Dade County, por la vía del *injonction,* exigiendo además una reparación pecuniaria, fundándose en una ley del referido Estado que establecía el derecho de réplica, consistente en que si un candidato para nominación o elección es atacado con respecto a su conducta personal o actuación pública por un periódico, el candidato tiene derecho a exigir que el periódico publique, gratuitamente, la réplica que pueda formular a los cargos. La réplica debe aparecer en un lugar destacado del periódico y en la misma clase de tipos que las críticas, no debiendo ocupar un espacio mayor que éstas. El incumplimiento del precepto conformaba un delito sancionado con la pena correspondiente. El *Miami Herald* demandó entonces que la norma legal fuera declarada inconstitucional, y así lo declaró la Corte de Circuito, fundándose en que la ley violaba las Enmiendas Primera y Décimocuarta de la Constitución norteamericana. El tribunal sostuvo que imponer lo que un periódico debe publicar no es diferente de imponer lo que no debe publicar; y que, además, la imprecisión de la ley conducía "a restringir y suprimir

la expresión protegida" [28]. Recurrido el fallo ante la Suprema Corte del Estado de Florida, fue revocado sobre la base de que el precepto cuestionado no violaba ninguna libertad constitucional, por cuanto protegía el "amplio interés social en la libre divulgación de información". Además, se fundó en que la ley no era imprecisa [29].

Llegado el caso a la Suprema Corte de los Estados Unidos, ésta declaró la inconstitucionalidad de la ley estadual que establecía el derecho de réplica, por decisión unánime de sus miembros. Expresando la opinión del Alto Tribunal el Presidente de éste, Warren W. Burger, dijo: "Si la coerción es gubernativa, ésta inmediatamente lleva a un enfrentamiento con las disposiciones expresas de la Enmienda Primera y la interpretación judicial de dicha Enmienda operada a través de los años. La Corte ya consideró los problemas relacionados con la intervención compulsiva del gobierno en su decisión en el caso *Associated Press v/United States*. Allí confrontó cuidadosamente la «compulsión a publicar» privada, contemplada por el estatuto de la *Associated Press* con la decisión de la Corte de Distrito en contra de los actores, que «no compele a la *Associated Press* ni a sus miembros a permitir la publicación de nada que su *razón* les diga que no debe ser publicado» (326 U.S. 20, n. 18). En el caso *Branzburg v/Hayes* (408 U.S. 665, 681 (1972), señalamos que los casos entonces a nuestra decisión «no involucran intrusión sobre la palabra o la reunión, ni limitación o restricción previas sobre lo que la prensa puede publicar, y no expresan o implican imposición acerca de lo que la prensa publica o lo que prefiere desechar». En el caso *Columbia Broadcasting System Inc. v/Democratic National Committee* (412 C.S. 94, 117 (1973), la opinión de la mayoría expresó: «El poder de un periódico de propiedad privada a sostener sus propias opiniones políticas, sociales y económicas únicamente está limitado por dos factores: primero, por la aceptación de un número suficiente de lectores, y por ende de avisadores,

28 38 Florida Supp. 80-83 (1972).
29 287 So. 2da. 78-85 (1973).

que aseguren el éxito financiero, y segundo, por la integridad periodística de sus editores y publicistas». Una posición firmemente adversa a cualquier intento de otorgar un derecho de intervención a los periódicos fue sostenida por otros miembros de esta Corte en sus respectivas opiniones en el referido caso (412 U.S. 145, J. Stewart, concurrente; 412 U.S. 182, J. Brennan, opinión a que adhirió J. Marshall, en disidencia). Recientemente, no obstante admitir una limitación al empleo de la publicidad especificando la preferencia masculina o femenina, la opinión de la Corte en el caso *Pittsburgh Press Co. v/Human Relations Commission* (413 U.S. 376, 391 [1973]), se preocupó de circunscribir su posición dentro de estrechos límites: «Ni a *fortiori,* nuestra decisión autoriza restricción alguna, sea de contenido o de forma, sobre los artículos o comentarios producidos por *Pittsburgh Press,* sus columnistas o colaboradores. Por el contrario, reafirmamos inequívocamente la protección deparada al discernimiento editorial y a la libre expresión de las opiniones sobre estas y otras materias por controvertidas que fueren». Disentiendo en el caso *Pittsburgh Press,* el juez Stewart, a cuyo voto adhirió el juez Douglas, sostuvo que: «Ninguna agencia gubernativa —sea local, federal o estadual— puede imponer anticipadamente a un periódico lo que puede y lo que no puede publicar» (413 U.S. 400; ver *Associates & Aldrich Co v. Times Mirror Co.,* 440 f. 2da. 135 [CA9 1971]). Es sabido que comenzando con el caso *Associated Press* precitado, la Corte ha mostrado sensibilidad acerca de que tanto una restricción como una exigencia constituían la compulsión ejercida por el gobierno sobre un periódico para publicar lo que de otro modo no habría publicado. La clara implicancia es que es inconstitucional esa compulsión a publicar lo que la «*razón* dice que no debería ser publicado». Una prensa responsable es sin duda un objeto deseable, pero la responsabilidad de la prensa no está impuesta por la Constitución y como otras tantas virtudes no puede ser legislada. El argumento del demandado de que la ley de Florida no comporta una restricción al derecho de palabra del actor,

porque «la ley aquí cuestionada no ha impedido al *Miami Herald* decir lo que quería», lleva al meollo de la cuestión. La materia de este caso se refiere a la compulsión sobre los editores o publicistas para publicar «lo que la *razón* les dice que no debería ser publicado». La ley de Florida actúa como una compulsión en el mismo sentido que una ley o reglamentación que prohíba al actor publicar determinado asunto. La restricción gubernativa sobre las publicaciones no necesita encuadrarse en las modalidades familiares o tradicionales que están sujetas a las limitaciones constitucionales de los poderes gubernativos (Grosjean v. American Press Co., 297 U.S. 233, 244/245) (1936). La ley de Florida establece una penalidad sobre la base del contenido del periódico. El primer aspecto de la penalidad resulta de que la publicación obligada de una réplica se traduce en el costo de la composición e impresión y de los materiales, así como del espacio que podría haber sido destinado a otro material que el periódico hubiera preferido publicar. Es correcto, como el demandado sostiene, que un periódico no está sujeto a las limitaciones tecnológicas finitas de tiempo que enfrenta un broadcaster, pero no es correcto decir, como una realidad económica, que un periódico puede proceder a una expansión infinita del espacio de sus columnas para dar lugar a las réplicas que determine una agencia gubernativa o que una ley imponga a sus lectores aceptar. Amenazados por las penalidades que podrían acumularse sobre cualquier periódico que publicara noticias o comentarios controvertibles de acuerdo con los términos de la ley sobre derecho de intervención los editores podrían llegar a la conclusión de que la salvaguardia consiste en evitar la controversia. En consecuencia, mediante la aplicación de la ley de Florida la discusión política y electoral podría ser obstaculizada o limitada. El derecho del gobierno de intervenir en forma compulsiva ineludiblemente «reduce el vigor y los límites de la diversidad del debate público» (*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S 279). La Corte, en el caso *Mills v. Alabama* (384 U.S. 214 218) (1966), decidió: «Prácticamente existe acuerdo general

en que un propósito primordial de la Enmienda Primera ha sido proteger la libre discusión de los asuntos gubernativos; éste, desde luego, incluye las discusiones sobre candidatos. . . ». Pero aun cuando un periódico no tuviera que soportar gastos adicionales para cumplir con una ley de intervención compulsiva y no se viera por ello obligado a renunciar a la publicación de noticias y opiniones por la inclusión de una réplica, la ley de Florida fracasa en salvar las barreras de la Enmienda Primera debido a su intrusión en la función de los editores. La selección del material que ha de ir en un periódico y las decisiones que se tomen en cuanto a los límites de la dimensión y contenido del diario, así como el tratamiento a darse a los acontecimientos públicos y funcionarios del gobierno, sea o no imparcial, comporta el ejercicio del control y discernimiento editorial. Queda todavía por demostrar cómo puede ser ejercitada la regulación gubernativa de este proceso crucial de manera que sea compatible con las garantías de una prensa libre de la Enmienda Primera como se han desarrollado hasta hoy" [30].

El Juez de la Suprema Corte norteamericana J. Brennan, en opinión concurrente, a la que adhirió el Juez J. Renquist, expresó en la sentencia: "Adhiero a la opinión de la Corte, la cual, según entiendo, únicamente se refiere a las leyes sobre derecho de réplica, pero no implica opinión sobre la constitucionalidad de las leyes sobre retractación, que establecen remedios adecuados para probar falsedades difamatorias mediante acción legal para exigir la publicación de una retractación" [31].

En opinión concurrente, el Juez J. White sostuvo: "La Corte establece hoy que la Enmienda Primera impide a un Estado exigir a un periódico que publique la réplica de un candidato a un cargo público, cuya conducta personal había sido criticada por los editoriales de dicho diario. De acuerdo con nuestra jurisprudencia consagrada, la Enmienda Primera erige una barrera virtualmente infranqueable

30 418 U.S. 254-258 (1974).
31 418 U.S. 258-259 (1974).

y deliberadamente eligieron para desarrollar y mantener libre a nuestra sociedad» (Mills v. Alabama, 384 U.S., 218/219). Por supuesto que no siempre la prensa es exacta o tampoco responsable y puede presentar un debate completo e imparcial sobre los acontecimientos públicos importantes. Pero los términos de la alternativa contenida en la Enmienda Primera con relación a la prensa, es que la sociedad debe asumir el riesgo de que a veces el debate no sea comprensivo y que no todas las opiniones puedan ser expuestas. La prensa no debe estar sujeta a permiso, porque, con palabras de Jefferson, «donde la prensa es libre y cada hombre es capaz de leer, todo está a salvo» (carta al coronel Charles Yancey, 14 *The writing of Thomas Jefferson* 384, ed. Lipscomb, 1904). Todo otro régimen, todo otro sistema que sustituya el control privado de la prensa por la pesada mano de la intrusión del gobierno, haría al gobierno censor de lo que el pueblo puede leer y conocer. Para justificar esta ley, Florida invoca su gran interés en asegurar elecciones libres e imparciales por medio de un electorado informado de las opiniones. Pero la compulsión previa del gobierno en cuestiones que hacen al verdadero centro nervioso de un periódico —la decisión acerca del material que será incluido o no en una determinada edición— se encuentra en colisión con la Enmienda Primera. Insito a la esencia de la Enmienda Primera se halla el sentimiento ineludible a la vez que permanente, de que «la libertad de prensa está en peligro tan pronto como el gobierno intenta presionar sobre lo que debe ir en un periódico» (2 Z. Chafee, *Government and mass comunications* 633 (1947). El aspecto constitucionalmente objetable de la ley § 104.38 no es que la legislatura de Florida pueda también haber puesto un gran interés en la protección de la reputación individual; ya que el gobierno tiene ciertamente «un profundo y fuerte interés en la prevención y la represión de los ataques a la reputación» (*Rosenblat v. Baer*, 383 U.S. 75, 86) (1966). Absolutamente por el contrario, esa ley está en colisión con la proposición elemental contenida en la Enmienda Primera, de que el gobierno

no puede obligar a un periódico a publicar material que a su discreción periodística, haya decidido desechar. Cualquiera sea el poder que pueda tener el gobierno para influir en la publicación de algunas categorías de material estrictamente reducidas (ver, por ejemplo: *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Commission*, 413 U.S. 730, opinión concurrente del juez White), nunca hemos pensado que la Enmienda Primera permitiera a los funcionarios públicos imponer a la prensa el contenido de sus columnas o la doctrina de sus editoriales. Pero aunque un periódico pueda publicarse sin censura gubernativa, nunca ha quedado enteramente exento de responsabilidad por lo que escogió para publicar (ver citas anteriores). Entre otras cuestiones, la prensa nunca ha tenido completa libertad para publicar falsedades que afecten la reputación individual. Por lo menos hasta hoy, hemos merituado lo bastante el interés por la reputación del ciudadano común como para concederle la oportunidad imparcial para vindicarla, mediante una acción de libelo específicamente establecida por la ley estadual. El ciudadano no ha estado en condiciones de obligar a la prensa a publicar su propia versión de la noticia, ni a publicar una retractación, pero por lo menos ha tenido la oportunidad de ganar un juicio si ha sido capaz de probar la falsedad de la publicación perjudicial, así como también ha tenido una oportunidad imparcial para obtener una razonable reparación del perjuicio sufrido por el agravio" [32].

La Convención Americana sobre Derechos Humanos también llamada Pacto de San José de Costa Rica, suscripta entre otros países, por la República Argentina, el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por la ley nacional Nº 23.054 promulgada el 19 de marzo de 1984, en su artículo 14 ha consagrado el derecho de rectificación o respuesta.

Contrariamente a lo sostenido por algunos, tal circunstancia no ha dado vigencia al instituto en el territorio argentino. En efecto, el referido cuerpo de derecho internacional

[32] 418 U.S. 259-264.

reviste la figura jurídica de una *convención* y no un *tratado* por lo que, a diferencia de lo que ocurre con este último, para tener vigencia efectiva en el país, además de la ratificación legislativa necesita la sanción de una ley del Congreso que le confiera específicamente valor y efecto legal. En oportunidades anteriores, hemos afirmado que "un *tratado* celebrado por el Poder Ejecutivo, ratificado por el Congreso y que no esté en contradicción con la Constitución Nacional reviste el carácter de ley suprema de la Nación y tiene fuerza de tal desde la aprobación legislativa. Cuando se trata de *convenciones* aprobadas en conferencias internacionales, por las cuales la Nación se compromete a adoptar determinados principios en su derecho interno, será necesaria la sanción además, de una ley especial que confiera valor legal a los mismos" [33].

Así lo ha sostenido Alejandro M. Unsain, con relación a las convenciones internacionales sobre materias laborales sosteniendo que "la simple aprobación de una *convención* no significa dar a su contenido carácter de ley local y no tenía otro alcance que el de un acto en relación" con la otra Nación contratante; en otros términos, "una sanción con efectos externos pero no internos"; en el caso que consideraba el reputado maestro de derecho del trabajo, "una aceptación de las diversas obligaciones consignadas en el Tratado de Versalles (parte XIII), una de las cuales consiste para el país que ratifica una convención, en adecuar su legislación sobre la materia a tenor de la convención ratificada si es que su legislación vigente no contiene disposiciones idénticas o superiores" [34].

Este criterio ha sido consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso *Gregorio Alonso v. Haras Los Cardos,* decidido en 1940 [35], y confirmado en sentencias

33 SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* 1ª ed., t. 2, p. 375; Idem, 2ª ed., t. 3, p. 562.

34 ALEJANDRO M. UNSAIN, *Ratificación de convenciones internacionales del trabajo,* "Derecho del Trabajo", 1949, ps. 498-499; Idem, *Accidentes en la agricultura,* "La Ley", t. I, p. 147.

35 *Fallos,* t. 186, p. 262.

posteriores [36]. Idéntica doctrina estableció el Congreso que como en el caso del subsidio a la maternidad, además de ratificar la convención internacional respectiva, consideró necesaria la sanción de una ley, en el caso la número 11.933, para dar vigencia en el país a los principios consagrados por aquélla. Por otra parte, en setiembre de 1985, la Cámara de Senadores de la Nación aprobó un proyecto de ley instituyendo el derecho de réplica; hecho que demuestra que los senadores consideraron también indispensable una ley específica sobre el tema, además de la ratificación legislativa del Pacto de San José de Costa Rica; criterio también aceptado por los diversos legisladores nacionales que presentaron proyectos de leyes sobre la materia.

Por lo demás, el propio Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 1º, determina que "los Estados parte en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Y agrega categóricamente en su art. 2º que *"si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"*. De donde resulta claramente que, como el derecho de rectificación o respuesta todavía no está garantizado en la República Argentina por disposiciones legislativas o de otro carácter, el artículo 14 del Pacto no tiene vigencia en el territorio de la misma en tanto una ley no lo establezca expresamente.

Pero es que, por otra parte y primordialmente, el referido precepto de la Convención está en abierta contradicción

36 *Fallos*, t. 249, p. 678.

y conflicto —como anteriormente hemos visto— con la letra y el espíritu de las normas de la Constitución argentina, por lo que es inconstitucional.

En efecto, de acuerdo con el artículo 31 de la Ley Fundamental argentina, *esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada Provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859.* Y aun a riesgo de incurrir en redundancia, los Constituyentes de 1853 insistieron enfáticamente en el artículo 27 de la Ley Suprema, al establecer que *el Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución.*

Tenemos opinión comprometida acerca de que "son ley suprema de la Nación los *tratados con las potencias extranjeras* (Constitución Nacional, art. 31), siempre que satisfagan dos requisitos ineludibles: a) en cuanto a la *forma*, es necesario que hayan sido concluidos y firmados por el Poder Ejecutivo (Constitución Nacional, art. 86, inc. 14) y aprobados por el Congreso (Constitución Nacional, art. 67, inc. 19); b) en cuanto al fondo, es indispensable *que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución* (Constitución Nacional, art. 27); de lo contrario, al igual que las leyes nacionales inconstitucionales los tratados no serían ley suprema de la Nación" [37].

En definitiva, sobre la base del anterior análisis llegamos a las conclusiones siguientes:

A) La Constitución argentina asegura y garantiza la libertad de prensa o de imprenta con la mayor amplitud, como

[37] SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 1ª ed., t. 2, ps. 862 y sigts.; Idem, 2ª ed., t. 3, p. 548 y sigts.

resulta de la letra y del espíritu de sus artículos 14 y 32, y le reconoce la elevada jerarquía de *libertad institucional,* además de la condición genérica de *derecho individual* no delegado a órgano alguno del gobierno, porque ha sido reservado por el pueblo, negando de modo expreso al Congreso facultad para legislarlo.

B) Es de la esencia de la libertad de prensa o de imprenta el derecho del propietario, director o editor de un periódico a determinar libremente y de acuerdo con su exclusivo discernimiento o criterio, el contenido en el orden material e ideológico, la forma, las dimensiones, la tirada y todas las demás modalidades de la edición, sin que ni el Estado ni los particulares puedan imponerle limitación o condicionamiento alguno al respecto, sin perjuicio de la posterior responsabilidad civil o penal en que eventualmente pudiera incurrir por la publicación.

C) El instituto llamado indistintamente derecho de réplica, de rectificación o de respuesta, contraría abiertamente la letra y el espíritu de los artículos 14 y 32 de la Constitución argentina, que aseguran y garantizan la libertad de prensa o de imprenta, aun en el caso de que el costo de la publicación de la réplica, rectificación o respuesta esté a cargo del interesado.

D) El artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica que instituye el derecho de rectificación o respuesta, en su calidad jurídica de *convención* y no de *tratado,* recién podrá tener vigencia legal en el país cuando, además de la ratificación ya sancionada por el Congreso, esté instrumentado por las disposiciones legislativas específicas conducentes; criterio que, por otra parte, adopta expresamente el propio Pacto en su artículo 2º.

E) El artículo 14 del referido Pacto, que instituye el derecho de rectificación o respuesta, es inconstitucional, por contrariar los artículos 14 y 32 de la Constitución argentina

que aseguran y garantizan la libertad de prensa o de imprenta; por lo que en el eventual caso de que el Congreso le dé vigencia a través de las disposiciones legislativas específicas conducentes, planteado el caso judicial correspondiente, los Tribunales deberán declarar la inconstitucionalidad.

EL MÉDICO ANTE LA MUERTE Y EL ENFERMO INCURABLE

Conferencia pronunciada por el académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía en el Primer Congreso Internacional de Medicina Interna del Hospital de Clínicas el día 12 de junio de 1986

1. — Para el discernimiento simple y el lenguaje común, la vida es la actividad, la facultad de determinarse y obrar propia de los seres orgánicos. Insume el período que va desde el nacimiento hasta la muerte, que a su vez se define como la cesación o el término de la vida.

Pero no cabe duda de que al razonar así estamos pretendiendo definir lo abstruso, lo fugaz, lo inapresable, y manejando con osadía humana, muy humana, lo más valioso que el hombre recibe y pierde por voluntad de Dios.

2. — Lo natural y sobrecogedor es, por añadidura, que desde sus orígenes el hombre puede engendrar la vida y puede quitarla, sin que su inteligencia conozca aún los secretos de una y otra eventualidad. Con razón ha podido decirse que la vida del hombre es un lampo de luz entre dos polos de misterio.

3. — Al borde de esta pasmosa realidad, el médico actúa con el propósito de precaver y curar las alteraciones de la salud, es decir, del estado en que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones. Esa postura y esa proximidad es, por tanto, el origen de una inquietud y una responsabilidad muy propia del médico, que si no obra ahogado por la téc-

nica de su cometido seguramente no podrá evitar la punzada filosófica. También con razón ha podido decirse que el filósofo debiera comenzar su vida como médico, porque es verdad que el médico de auténtica vocación concluye habitualmente su vida volviéndose filósofo.

4. — Las derivaciones de este planteo son múltiples y variadas. Intentaré presentar algunas que interesan al derecho en este informe. He aquí la primera:

El médico comprueba y certifica el inicio o la extinción del inapreciable hálito vital, pero es lógico que en ese trance lo acose una medulosa pregunta: ¿Cuándo ha de considerarse, a sus efectos, que existe la vida o ha sobrevenido la muerte?

5. — Admitir que la vida es actividad del ser orgánico y la muerte quietud parece ser, por cierto, proposición harto simple y comprometedora. No asumo el riesgo de afirmar que vive el ser orgánico que se agita, se desplaza o responde de algún modo a un estímulo hábil. Tampoco asumo el riesgo de afirmar, tratándose del hombre, que el paro cardíaco o respiratorio, la ausencia de reflejos oculoencefálicos o medulares o el trazado lineal de un electroencefalograma acreditan sin excepción la muerte. Recuerdo haber asistido en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales a una sesión académica que consideró este punto, y aún perdura mi desasosiego frente a las incógnitas y dubitaciones que allí se mentaron.

La realidad escalofriante de algunos óbitos desmentidos ratifica, además, la angustiosa premonición a que me refiero y abona, en consecuencia, la necesidad de agotar la investigación de los signos de la vida y de la muerte para llevar la convicción y la paz al espíritu de quien pretenda certificarlas.

6. — Pero en esta índole de cuestiones hay algo más angustioso y conmovedor que apela a la responsabilidad del médico ante la muerte y sublima la preocupación deontológica: ¿Puede la muerte ser precipitada o inducida por el médico y, caso afirmativo, en qué circunstancias? ¿Cabe consentir la eutanasia activa, esto es, lo que se ha definido cru-

damente como el derecho a matar para aliviar el dolor o poner fin a una agonía interminable? ¿Debe reconocerse, en cambio, el derecho a morir naturalmente y en paz, sin precipitar el óbito, ni siquiera cuando el paciente (y en particular el recién nacido) exhibe graves y hasta monstruosos vicios congénitos que apelan a la piedad en el concepto de muchos?

7. — Personalmente no apruebo la solución propuesta por una cruda filosofía o una triste lucubración de tecnócratas. Creo en la existencia de Dios, en la inmortalidad del alma, en la libertad del hombre y "más alta vida espero" que esta terrenal y de tránsito en la que discurro. Creo en la fecundidad del dolor y estimo que el médico debe respetar el derecho a morir naturalmente, sin ofrendar su complicidad en el duro trance y cediendo paso al consuelo que proveen el amor de los allegados y las confortaciones de la fe.

Tal vez acuda a la memoria de muchos en este momento la lección insuperable que, contra lo decidido por un alto tribunal del Norte, se nos brindó en un caso por demás notorio —el de Kareen Quinlan—, quien sobrevivió largo tiempo después de autorizarse la desconexión de los aparatos que ayudaban a preservar su existencia, aunque sin satisfacer la confianza puesta originalmente en ellos.

Es claro que aquella decisión judicial, impetrada por los progenitores, se presta por su singularidad a extensos desarrollos, pero es cierto también que la razón humana ha podido confrontar, al menos, la verdad de una supervivencia aleccionadora, que es un elocuente llamado a la responsabilidad y al asombro de los que no admiten otra vida que la terrenal sin fe, sin esperanza.

8. — Pero no termina allí la preocupación deontológica del médico ante la muerte y, sobre todo, la jurídica ante la muerte provocada. La cuestión que sigue está en la conciencia de muchos: ¿Es algo menos que un homicidio el aborto provocado, supuesto que según nuestra ley civil desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas físicas (Cód. Civ., art. 70)? ¿Son racionalmente hábiles

para excusar la responsabilidad los actos ilícitos que pudieron dar pie a una concepción no deseada (Cód. Pen., art. 86)?

9 — Parece obvio destacar la importancia de este asunto en los días que corren. A propósito de él abundan los calificativos y las soluciones contradictorias en la doctrina y en la legislación comparada. Se ha dicho por algunos que el aborto es "un pequeño asesinato", pues a partir de la concepción el nuevo ser ya tiene vida. Se lo ha calificado de "homicidio cobarde", pero se ha alegado por otros que puede perseguir un "fin eugenésico", para evitar que nazca un producto incestuoso o degenerado, vástago de una madre enajenada o, en general, de una unión que contradiga las leyes biológicas de la herencia. No ha faltado la meritación de presupuestos "legales" y "sociales" y, respondiendo a encontradas concepciones y sistemas del derecho positivo, en la legislación se distinguen los países abortistas (la Unión Soviética y sus satélites; los países escandinavos; los asiáticos como China, el Japón y la India, y aun varios occidentales europeos y americanos como Inglaterra, Francia, Alemania Oriental y Occidental y finalmente Italia, España y Estados Unidos de Norteamérica), de otros que siguen fieles al mandato Evangélico y a la doctrina de la Iglesia, reiterada sobre todo en las encíclicas y alocuciones de los últimos Papas y en las solemnes decisiones del Concilio Vaticano II. Pero lo cierto es que son muchos los abortos provocados anualmente y que leyes como la "Abortion Act" inglesa de 1967, la francesa de 1975 y las últimas de Italia, España y Estados Unidos del Norte hacen escuela cada vez más exitosa.

En nuestro país, el art. 86 del Código Penal de 1919 introdujo la hipótesis del aborto terapéutico y eugenésico practicado médicamente, contra lo previsto desde 1871 por el Código Civil (art. 70 y nota al art. 63). Y en términos generales parece útil consignar aquí que últimamente, desde otro ángulo y con otra perspectiva, se ha ido también perfeccionando la técnica de la inseminación artificial y extrauterina, aunque no faltan los que, cuando se la consuma con semen

donado, afirman que puede calificarse como un cabal "adulterio científico consentido".

10. — Resta añadir que en favor del aborto legal, practicado por el médico, se invocan los riesgos propios y reales del clandestino y las ventajas que derivan de la asistencia del profesional competente, y que en contra se arguye con la gravitación negativa que su uso y abuso puede tener en la salud y en la fecundidad de la madre, sobre todo si se generaliza su empleo como un proceder anticonceptivo ordinario.

Mi posición en la disputa está guiada por una idea que he desarrollado en otra oportunidad y que reitero en homenaje a los facultativos que nos acompañan: la medicina no es un oficio manual, no es un menester ordinario que se cumpla sin hondas preocupaciones éticas. Es una *profesión* que requiere hálito vocacional, consagración casi religiosa, compromiso de todas las potencias intelectuales y morales del hombre, volcadas íntegramente en el ejercicio de una aptitud que se eleva o se denigra en cada acto que el médico ejecuta.

11. — Los juristas hemos tenido mucho que pensar —siempre a propósito de la actitud del médico ante la muerte— sobre otras cuestiones inquietantes que no es posible agotar en este simposio, v. gr. cuando se ha tratado de establecer si son médicamente aprovechables los despojos del fallecido para superar las deficiencias de quienes lo sobreviven o si debe respetárselos en su integridad aun contra su decisión expresa y categórica. Nos hemos preguntado si cabe la disposición de última voluntad que fije el destino de tales despojos con miras a su eventual utilización en trasplantes y si es admisible el derecho de los sucesores en caso de silencio del eventual dador renitente o incapacitado para disponer por sí. Es nada menos que ahondar en el apasionante tema del trasplante de órganos —hoy atendido por la ley nacional Nº 21.541— y, en parte, la materia de un último proyecto de ley del Poder Ejecutivo, comprensivo de cuestiones tan

delicadas como la de los derechos personalísimos, la protección jurídica de la intimidad y el derecho de réplica (D.S. C.D., 27/7/85).

En tan delicada materia, sería sin duda necesario distinguir la donación que se concreta entre vivos de la que se formaliza en una disposición de última voluntad o por los sucesores del causante. Pero en todos los casos es éste un capítulo previo y ajeno a la intervención del profesional y es obvio que la donación de los órganos para ser eficazmente utilizados en favor de quien padece una anomalía o deficiencia es un acto generoso y estimulable que exige la regulación jurídica y que en nuestra concepción occidental y cristiana no traduce agravio póstumo que hiera una memoria respetada y querida, sino honorable contribución a los más altos fines e intereses amparados por la solidaridad humana y la deontología médica. El país cuenta ya, afortunadamente, con instituciones respetables que dan curso a esa noble contribución a la salud (CUCAI).

12. — De parecida entidad son las cuestiones que se refieren a la conducta del médico frente al enfermo incurable. Bien entendido que la primera y fundamental cuestión consiste en determinar si la ciencia médica puede admitir sin reatos la noción de enfermo incurable, supuesto que como lo dice el poeta vernáculo, "todos los incurables tienen cura cinco minutos antes de la muerte"... Ello así, porque de súbito el criterio general más categórico suele ser desmentido por los avances de la ciencia. Ello así, porque el dignóstico trágico está siempre sujeto a la posibilidad de incurrir en error y porque el reconocimiento de que el error es posible, como se ha escrito con justeza, suele ser la vía que conduce afortunadamente a la revelación de la verdad.

13. — A partir de esta primera cuestión, abonada por el ambicioso propósito de no poner límites a los progresos de la ciencia, las cuestiones se multiplican: Si la enfermedad, si la alteración patológica de las propiedades y funciones del ser vivo es irreversible, ¿cabe admitir el engaño pia-

doso y hasta la eutanasia activa en la conducta del médico? ¿No es el hombre una realidad nouménica, inteligente, razonante, capaz de sufrir el dolor y de alentar sin desmayo la esperanza? ¿No robustece su heroísmo la fe y, si se quiere, la tradición o la irrebatible realidad del milagro?

14. — Es verdad que alguien ha dicho que lo imprevisible, lo casual, lo milagroso, es apenas la ignorancia de los fenómenos físicos, ¿pero con qué se abona la esperanza, "ultima dea" en la invocación de los clásicos, sino con la fe en la existencia de un orden superior al orden natural y a las fuerzas y aptitudes humanas? ¿Puede el examen de la cuestión que nos ocupa desentenderse de la formación y de la información moral y religiosa del médico y del paciente al punto que prevalezca lo científico o lo tenido por tal sobre lo trascendental e irrevelado?

15. — El hombre convive con la muerte, apunta Unamuno. Y mucho antes escribió Quevedo y Villegas: "Lo que llamamos morir es acabar de morir; lo que llamamos nacer es empezar a morir; lo que llamamos vivir es morir viviendo". Que nadie se afane, pues, por retener o apresurar lo que fluye por naturaleza y es siempre uno y lo mismo, como el río de Heráclito...

16. — El hombre de hoy, sin embargo, se inclina a pensar cada vez con mayor eco que la muerte ha de venir de súbito, de estampida, y conlleva la extinción de la personalidad. Crece, por tanto, el horror a la muerte, la convicción de que es un hecho futuro, desgraciado, inevitable, sin sobrevida, sin resurrección ni juicio póstumo. Es el avance del positivismo frente a la concepción espiritualista y consoladora. Y en su mérito se encaran hoy con distinta prenotación ética algunas cuestiones capitales, agudizadas por los avances de la ciencia:

17. — ¿Es admisible que se use del enfermo incurable como pieza de experimentación, sobre todo tratándose de

experiencias heroicas? ¿Hay que ayudar a morir cuando acosa el dolor y se tiene conciencia de que la derivación final es inevitable? ¿Corresponde calmar el dolor agudo y acelerar el tránsito dominando la exacerbación del sufrimiento? ¿Es insoslayable la consulta y la decisión afirmativa del paciente y/o de los integrantes del grupo familiar? ¿Pertenece a ellos la decisión que no vulnere el derecho a la vida? ¿Corresponde atender para decidir sobre el tratamiento y extender o reducir la asistencia a los prenotados del medio social en que se actúa, los recursos de que se dispone para solventar un largo tratamiento y/o una reeducación onerosa? ¿Hay que computar la capacidad económica del paciente y la viabilidad y pronóstico del tratamiento? ¿Debe preceder a una experimentación "in corpore" otra en seres no humanos o en cadáveres que la permitan? Y, sobre todo, ¿en qué condiciones corresponde acceder al trasplante de órganos vivos, si se los ofrece en un sublime acto de amor y solidaridad humana? ¿En qué condiciones acceder a la fecundación artificial cuando la esterilidad se muestra patológicamente insuperable? ¿En qué medida es compatible con la condición humana y la identidad de quien recibe el aporte la implantación del órgano homólogo, natural o artificial (corazón, riñón, tal vez cerebro), realidades o hipótesis con que especula hoy la ciencia médica?

18.— "Ciencia sin conciencia es ruina del alma", escribió Rabelais hace más de cuatro siglos. Mucho tendrá que ver con las conclusiones que se sustenten a propósito de las preguntas que quedan asentadas un notorio proceso de universalización, socialización y colectivización de la medicina alcanzada también por la mecanización, la informática y las delicias del corporativismo. Mucho tendrá que ver la creciente y peligrosa especialización de los profesionales, la de los que conocen a fondo el músculo de la rana, pero no han visto nunca la rana entera, croando en la laguna. Con razón ha sentenciado Picard que el mejor especialista es el que comienza por no ser especialista en nada...

19. — En virtud de todo lo expuesto y de mucho que podría añadirse, la responsabilidad civil y penal de los médicos es un capítulo de la ciencia jurídica en permanente actualización. El ejercicio de la medicina toca el privilegiado ámbito de los derechos personalísimos, de la protección jurídica de la intimidad, y exige una actualización permanente de los conocimientos del graduado y también una permanente confrontación de tales conocimientos con los principios deontológicos, con la ética superior que ampara su vigencia y su utilización generalizada.

20. — Como resumen de todo lo expuesto, quiero cerrar mi participación en este simposio con las siguientes brevísimas proposiciones:

a) La formación del médico no puede ser estrictamente científica y profesional, al punto de relegar la inquietud filosófica, las estimaciones éticas, la solidaridad humana, la personalísima índole de su cometido.

b) Su primera actitud junto al paciente ha de ser la del oído atento y la mano tendida; la del confesor sin prejuicios antes que la del tecnócrata, deslumbrado y acuciado por los progresos de la ciencia.

c) En la hipótesis gravísima, capaz de determinar la muerte del enfermo o de calificarlo como enfermo incurable, la última decisión corresponde al paciente, y en circunstancias de excepción a los miembros de la familia que integra, en el grado más próximo.

d) Para proceder en esa instancia en modo alguno puede desestimarse la formación religiosa y/o filosófica y ética del interesado, y en particular su concepción más que física de la vida y de la muerte.

e) Sin duda una muerte en paz es preferible a una supervivencia forzada y claudicante, impuesta en nombre del progreso tecnológico pero que relegue la confianza en Dios, en la inmortalidad del alma y en la libertad natural

que pone en nuestras manos las decisiones y las responsabilidades últimas.

f) En la vida y en la muerte, más que el proceso físico cuenta la verdad y el aliento espiritual. Tan respetable como la de proteger la vida amenazada es la conducta del médico que, consciente de los fines y las limitaciones de su ciencia y de su arte, ayuda a morir en paz, sin causar o precipitar la muerte, en la hora señalada.

LA GEOPOLÍTICA ALBERDIANA

Por el académico Dr. Jorge M. Mayer

PREFACIO

La Argentina atraviesa una de las crisis más hondas de su historia. No debemos desesperar, peor era la situación del país desierto y pobre en sus albores. Pero rechazó la expedición inglesa de 1806 y emprendió las campañas de la Independencia en 1810, para romper el yugo de los Borbones, casi sin armas y con pocos soldados. Es menos grave que la crisis anárquica de 1820, el terror de 1840 cuando la barbarie y la tiranía ensangrentaban el cielo de la Patria y la catastrófica crisis de 1890, que superó con energía Carlos Pellegrini.

Esta nueva crisis causada, inmerecidamente, por cuarenta años de proyectos fantasiosos y del despilfarro de los fondos del Estado, se manifiesta paralelamente en la cultura, en el orden económico y en la política internacional, porque son parte del mismo estamento. Los problemas económicos suelen llamar más a menudo la atención, porque sus consecuencias, la inflación, los servicios públicos deficientes, los abusos impositivos son diariamente sensibles y concretos.

Sin embargo son más importantes los problemas de la política internacional, porque afectan con una mayor trascendencia la integridad de las fronteras, la vida y el futuro de la Nación, su prestigio y el rol en el mundo.

Los errores económicos, por graves que sean, pueden repararse con una mejor administración, en 10 ó 20 años, pero los errores de la política internacional, los conflictos

superfluos, los tratados defectuosamente redactados y la complaciente cesión de las tierras patrias suelen ser irreparables.

El proceso de la Independencia y de la Organización Nacional, frente a las tropas del Rey y de los caudillos y luego a las avasalladoras corrientes inmigratorias, casi todas sin educación cívica, formaron naturalmente en toda América, un remolino de ambiciones y de codicias desenfrenadas.

A tal punto llegó el caos que Bolívar desesperado denunciaba que "la América es ingobernable para nosotros. El que sirve a una revolución ara en el mar. La única cosa que se puede hacer en América es emigrar". Alberdi recordaba que, en esos turbulentos años, los gobernantes más capaces habían sido los Generales Pueyrredón, Martín Rodríguez, Las Heras y Balcarce, los civiles sólo habían brindado a Rivadavia, un iluso, y a Rosas, un malvado. Años después, dolido por el aspecto que ofrecía la América española, con las revoluciones y los atropellos, indicaba que los mejores gobiernos del Continente eran las monarquías de Brasil y del Canadá.

Esto no significa que se deba abogar, en nuestros días, por un régimen monárquico, insuficiente como todos los regímenes políticos, sino puntualizar que no hay formas institucionales eternas y que el mundo no ha girado por 5 mil años, para llegar a la ley Sáenz Peña y detenerse. Posiblemente las futuras generaciones, bajo un régimen de robots y computadoras, verán nuestra actual organización con la misma curiosidad con que leemos el Código de Hammurabid.

Es imposible implantar mecanismos gubernamentales perfectos para hombres imperfectos. El que ha funcionado mejor a través de los siglos, ha sido el Colegio de Cardenales, difícil de imitar por su sapiencia y sus virtudes. Pero lo importante, en cualquier lugar y en cualquier tiempo, es lograr el respeto por los derechos humanos, lo demás, las elecciones y los atributos de los magistrados, es secundario.

El primer y grande fraude electoral, origen de nuestras instituciones, fue el del 22 de mayo de 1810, cuando los Patricios al mando del Capitán Eustaquio Díaz Vélez, se apostaron en las puertas del Cabildo y con sano criterio

sólo dejaron pasar 250 de los 450 invitados, que tenían en la esquela la señal convenida con los patriotas. Creyeron sinceramente que el porvenir de la Patria y la libertad eran más importantes que el número de las boletas y es difícil condenar hoy su conducta.

Los votos no tienen la virtud teológica de la infalibilidad. Los resultados del plebiscito que designó a Juan Manuel de Rosas, Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, con facultades extraordinarias el 26 de mayo de 1835, fueron horripilantes y hoy sólo se recuerda con elogios los nombres de los cuatro "infames" vecinos Jacinto Rodríguez Peña, Juan José Bosch, el General Gervasio Espinosa y Antonio Aguirre, que tuvieron el buen juicio de votar en contra.

No debemos inquietarnos en demasía por tales percances, herencia de las viejas tribulaciones coloniales y de las guerras de la Independencia, porque en la lucha por el poder se jugaban la libertad y las cabezas de los ciudadanos.

Lo importante de los gobiernos no es su origen sino su conducta y sus aciertos. La Junta del 25 de mayo y el pronunciamiento del General Urquiza fueron perfectamente ilegales y la elevación de Rosas al poder fue perfectamente legal. Sólo la justicia, el respeto por los derechos y el logro del bienestar general canoniza a los gobernantes.

El examen de los sucesos muestra claramente que las revoluciones no las hacen los opositores, sino los gobiernos, por sus errores o por su incapacidad para resolver las crisis y proteger la fortuna de los ciudadanos. Un excelente Rey Luis XVI, lleno de buenas intenciones, cayó abatido por la sequía de 1788 y un popular presidente argentino, cayó a su vez en 1930 derribado por la crisis cerealera de esos años, accidentes que ninguno de los dos supo enfrentar.

Nuestros economistas, en el mundo de ficciones en que generalmente se mueven, sólo atinan frente a esos contrastes, aconsejar a los famélicos ciudadanos, como la Reina María Antonieta, "si no tienen pan coman masitas" y la consecuencia es casi siempre la guillotina.

En una primera etapa de la Organización Constitucio-

nal, el General Urquiza tuvo la clara visión de los males que devastaban los atribulados campos de la Confederación, las carencias de una diplomacia fenicia y las estrecheces culturales y económicas de los pueblos.

La fundación del Colegio del Uruguay en 1849, el pronunciamiento revolucionario del 1º de mayo de 1851, la sanción de la Constitución en 1853, los tratados de libre navegación de los ríos también en 1853, para romper el monopolio porteño, formaban parte de un conjunto destinado a reanimar a un país que se debatía en la soledad y en la barbarie.

Como la cultura y el factor personal inciden también profundamente en los procesos históricos, debe señalarse que éste tuvo éxito porque el General Urquiza llamó a su lado a los hombres más capaces de la época para esa tarea; Juan Bautista Alberdi, Juan María Gutiérrez, Luis José de la Peña, José Benjamín Gorostiaga, Félix Frías, Mariano Fragueiro, Vicente Fidel López, Juan del Campillo, Martín Zapata y Benjamín Victorica.

Alberdi describe con claridad el fondo de la crisis que afligía al país "¿Qué era el rosismo? la suma del poder público de toda la Nación concentrado en Buenos Aires, asiento del gobierno de Rosas, por la suma de los recursos e intereses económicos y financieros de toda la Nación, puerto, comercio, aduana, tesoro, crédito, mercado, inmigración, tráfico exterior, opulencia. Derrocar y cambiar ese estado de cosas en el sentido nacional o de igualdad y justicia en la distribución de los intereses de la Nación, fue el objeto que tuvo en mira, la campaña coronada en Caseros el 3 de febrero de 1852."

Hasta esa fecha la política internacional se había reducido a un íntimo comercio con Gran Bretaña; al canje de cueros por cacerolas y al intercambio de reverencias entre los representantes de la Reina Victoria y el Ilustre Restaurador. En Buenos Aires no se festejaba el 25 de mayo, sino el 24 de mayo, aniversario de la Augusta Reina, con salvas al despuntar el alba y con minués a la noche. Que pichincha

era entonces ser inglés, decía con asombro, un sobrino del antiguo mayordomo.

Cincuenta años más tarde, en 1880, se inició la segunda etapa, el país se había repuesto de los inmensos estragos causados por la guerra porteña de secesión y por la fratricida guerra contra el Paraguay. Bajo los gobiernos de los presidentes provincianos Sarmiento y Avellaneda, el orden y la civilización avanzaron entre sobresaltos, lentamente, pero avanzaron hasta las más lejanas aldeas.

Con el General Roca apareció una nueva generación y lo que fue más importante, se operó la conquista temporaria del gobierno nacional por las provincias, se impuso otra política y otro estilo, se rompió la ley del embudo y "los trece miserables ranchos" comenzaron a resurgir.

La política, la economía y la cultura aparecieron nuevamente correlacionadas. La campaña del desierto en 1879 y la defensa de las fronteras, la nacionalización de la ciudad de Buenos Aires y de la Aduana, el tendido de los ferrocarriles que unieron el país hasta Bahía Blanca, Rosario, Córdoba y Mendoza, la creación del Departamento Nacional de Higiene y la ley de Educación Común para toda la República, formaban parte de un mismo programa, llegó a Buenos Aires Sara Bernhardt.

Actuaban en el gobierno o cerca suyo otro círculo ilustre, Carlos Pellegrini, Victorino de la Plaza, Eduardo Wilde, Juan José Romero, Benjamín Victorica, Dardo Rocha, Roque Sáenz Peña, Delfín Gallo, Lucio Vicente López, José Manuel Estrada, Manuel D. Pizzarro, Emilio Civit, Felipe Yofre, Lucio V. Mansilla, Joaquín V. González, Miguel Cané, Estanislao Zeballos, Francisco P. Moreno y Osvaldo Magnasco.

En ambas oportunidades y en forma semejante, en 1853 y en 1880, la influencia de una élite rectora, en el gobierno y en la vida civil, incitó los grandes cambios y el progreso decisivamente.

El país se afirmaba, las colonias y los ferrocarriles impulsaron la producción agropecuaria y crearon nuevas fuentes de trabajo. La política internacional fue en esta etapa una

tarea constructiva de fomento, la orientación de los inmigrantes y de los capitales, para poblar los campos y construir las nuevas obras públicas.

Por la influencia de estas corrientes el país entró en una tercera etapa y pasó por otra mutación social y política. Con el correr de los años el viejo núcleo gobernante formado por acomodados estancieros, militares y profesores universitarios, que había desplazado en 1810 a los tenderos y contrabandistas de la Colonia, fue a su vez segado paulatinamente, en una sociedad capilar y móvil, por los hijos de los inmigrantes que habían prosperado. Aparecieron los nuevos ricos, los palazzi *de mármol, las nuevas industrias, las mejores razas vacunas, las* prima donnas *italianas y el país cambió otra vez de tono.*

El proceso fue a veces agitado, porque algunos de los antiguos grupos no se resignaban a perder las posiciones heredadas y los nuevos grupos no estaban siempre suficientemente preparados para desempeñar las funciones técnicas del gobierno, que reclamaban con vehemencia.

Las revoluciones de 1890 y 1905 marcaron los jalones de esos cambios, hasta llegar gracias a la ley Sáenz Peña, a las elecciones de 1916. El país con una población de 8 millones de habitantes y todavía el 30 % de analfabetos, pasó a manos de la clase media y tomó un rumbo más bullicioso.

Aún a principios del siglo, las distintas clases sociales, a menudo entremezcladas, no se hallaban bien acordadas y las luchas entre los distintos sectores solían ser grandilocuentes y ásperas. Buenos Aires, presumida y cambiante, era el París de América, el París de Pascal y Mme. Rassimi, las corrientes culturales giraban otra vez. Los jóvenes de levita y barbas proféticas, pregonaban los reclamos populares, después de todo como sus antepasados de 1810. Rubén Darío sumía en el olvido a los venerables vates grutescos enamorados de las cascadas y de los sauces llorones. Las efectividades conducentes, los negocios, los loteos y la exportación del chilled, *descubrían otras metas.*

Las luchas políticas mudaban afortunadamente de estilo, había pasado la época de los degüellos de la Santa Federa-

ción y de los pistoletazos entre los crudos y los cocidos en el atrio de las Iglesias, se imponía el régimen más amable de las guitarras, las empanadas y las copas de vino en los comités, era una excelente mejoría.

El gobierno se limitaba a mantener el orden lo mejor posible, las buenas relaciones internacionales con los compradores de los frutos de la tierra y a calmar los reclamos que presentaban los cónsules, cuando alguno de sus connacionales era víctima de una alcaldada.

Una vida fácil, varios decenios de una paz fecunda y opulenta, alejados por una privilegiada posición geográfica de las codiciosas querellas de los países del hemisferio norte, hicieron caer a algunos funcionarios en un romanticismo sentimental y gravoso. En esos años la política internacional argentina, impregnada por el panteísmo humanitario de Karl Krausse, trató de reformar moralmente al mundo, sin un éxito visible.

A partir de 1943 se operó un cuarto cambio, del kraussismo se pasó al corporativismo y la clase media fue desplazada a su vez por los más numerosos votos de la clase obrera, bajo el balcón de la Plaza de Mayo y con un tono enfáticamente mussoliniano.

Se inició el declive general a través de varios accidentes y apenas unos breves rayos de luz. Prosiguió luego bajo distintos gobiernos la interelación entre una cultura inconclusa, una economía dirigista y una política internacional incoherente.

Para medir la profundidad de la crisis cultural basta visitar nuestra pobre Biblioteca Nacional, termómetro del país, que se halla abandonada desde hace más de cuarenta años, con los numerosos libros extraviados, las colecciones de los diarios mutilados y polvorientos tirados por los suelos, porque se ha preferido destinar los fondos a celebrados ejercicios pedestres o a las amables giras turísticas de los funcionarios, sin comprender que se priva a los sectores estudiosos de los elementos necesarios para su información, con un daño irreparable para las investigaciones y el progreso.

No hay un problema presupuestario que impida concluir la Biblioteca Nacional, las instalaciones complementarias y poner al día los repertorios de libros y revistas atrasados, de modo que merezca ese nombre. Para realizar esta labor, indispensable para las luces del país, bastaría aplicar un impuesto del 5 % a los avisos que se publiquen en los periódicos, semanarios, programas visuales y radios, de modo que esas empresas, además del público, puedan disponer de una información seria y cumplir normalmente sus servicios.

Sus efectos se hallan corroborados por la calidad de los increíbles programas de televisión, convertidos en el opio del pueblo y destinados al parecer a atontar a millares de ciudadanos, con el filantrópico propósito de evitarles el disgusto de advertir la magnitud de las plagas que nos atribulan.

La emigración de 2 millones de argentinos médicos, abogados, ingenieros, empresarios, técnicos de todo orden en busca de un mejor clima de vida y mayores perspectivas de progreso, ha causado una hemorragia casi mortal y el testimonio mudo y terrible de la obra de los flautistas de Hamelin.

Mucho falta hacer todavía para que el país se sedimente, se organice socialmente, de una manera estable. El desarrollo de las industrias, las agitadas corrientes comerciales, las seducciones ideológicas de todos los colores, la remezón de las guerras europeas, perturban todavía el espíritu de los ciudadanos.

Pero la Constitución será siempre el gran punto de apoyo, esencialmente republicana, con las graníticas bases de las declaraciones de los derechos, la limitación de los poderes de los gobernantes y las facultades de las provincias, actualmente asediadas por el unitarismo burocrático, el señero y olvidado Preámbulo es todavía el mejor programa de gobierno.

Es por eso importante analizar con exactitud, las líneas de la política internacional argentina, los principios en que se apoyó en distintas oportunidades y los avatares que debió afrontar.

Dentro de esta materia tienen una capital importancia los estudios sobre geopolítica, realizados por Juan B. Alberdi,

bastantes años antes de que esas doctrinas fueran expuestas por los tratadistas europeos y revisar su aplicación concreta a la situación de la República, en el sur de la América del Sur y cuáles fueron las consecuencias positivas cuando se siguieron sus consejos, y desdichadas cuando se prefirió aplicar otras fórmulas.

En nuestros intrincados días, en que el concepto de la justicia internacional aparece desplazado por la polifagia comercial de los estados y la fuerza intimidatoria de los cohetes nucleares, el estudio de la geopolítica aplicada a nuestro país, adquiere una aleccionadora relevancia.

Es visible que la política internacional argentina merece un cuidadoso balance y severas rectificaciones, para librarnos de las brumas ideológicas, que nos han llevado poco a poco a la pérdida de prestigio y de valiosos territorios y retomar el camino que hizo grande a la República, con el respeto de los pueblos cultos del mundo.

Quedan todavía serios problemas pendientes, rivalidades que encarar, en un diabólico cruce de alianzas que amenazan con destruir la civilización y que debemos enfrentar libres de supersticiones, con un sentido realista de los factores en juego, para sobrevivir en estos tiempos de difíciles esperanzas.

Capítulo I

LOS ROLIDOS DE LA POLÍTICA INTERNACIONAL ARGENTINA

1. Los precedentes. 2. Las diferencias con Chile. 3. Los Estados Unidos. 4. Las Malvinas. 5. Nicaragua.

1. — La política internacional argentina ha sido en el curso de muchos años emotiva y contradictoria. Los errores y la falta de visión llegaron a tales extremos que el Presidente Sarmiento, en el mensaje al Congreso del año 1874, señalaba que la República no tenía una política exterior, cargo que reiteró unos años después Joaquín V. González. Consternado, Ernesto Quesada la calificaba de "una verdadera jetatura" [1].

Las consecuencias han sido dolorosas. El General Paz, en una carta a Domingo de Oro, del 22 de junio de 1850, decía: "Cuando echo la vista sobre el gradual y sucesivo desmembramiento de la Colonia y lo comparo con el fraccionamiento también gradual y sucesivo de la República Argentina, no puedo menos de hallar analogías que me entristecen y me hacen estremecer... Recordemos por un momento lo que era el antiguo Virreinato del Plata, para

1 ALBERDI, *E. P.*, t. III, 42; ERNESTO QUESADA, *La política argentino-paraguaya*, 1902, 55, 88, 180 311; ISIDORO RUIZ MORENO, *Historia de las Relaciones Exteriores argentinas (1810-1955)*, 1961, 21; GUSTAVO FERRARI, *Conflicto y paz con Chile*, 1969, 110, 112, 117; *Esquema de la política exterior argentina*, 1981, 109, la falta de conocimientos; ESTANISLAO S. ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 1974, 7, 8, la diplomacia argentina "vanidosa y bisoña".

compararlo con lo que ha quedado de la República y midamos rápidamente la extensión de sus pérdidas... Se separa el Paraguay... Se segregan las cinco provincias del Alto Perú... luego tuvo lugar la secesión del Estado Oriental del Uruguay... las islas Malvinas"[2].

Casi en los mismos términos, se pronunció el General Guido, el 28 de septiembre de 1855, en el Senado de la Nación. "¿Qué ha quedado de este vasto anfiteatro de la República Argentina? ¿En qué suelo descansan los argentinos que murieron en los combates de Vilcapugio y Ayohuma, en las Vegas de las Misiones y en los campos de Ituzaingó? Nuevas naciones formadas de los fragmentos desprendidos de nuestro patrimonio tomaron el nombre de Bolivia, la República Oriental del Uruguay y el Paraguay y otra tierra que era de la Patria cubre las cenizas de una gran parte de sus insignes guerreros".

Más tarde Alberdi, con palabras igualmente desalentadoras, exponía en el estudio sobre *El Crimen de la Guerra*, las sucesivas mutilaciones del territorio patrio[3].

Es relativamente fácil indagar las causas de estos contrastes. En primer lugar se encuentra la posición geográfica de la República, en el extremo sur del continente y la falta de gobiernos nacionales estables. Con vastos territorios deshabitados, los políticos de Buenos Aires se preocuparon principalmente de asegurar la autonomía de la provincia y luego de enviar algunas expediciones al norte y a Chile para expulsar a los funcionarios realistas.

No existía entonces otro problema fuera del conflicto con el Rey de España y no se sintió así la presión de las gran-

[2] *Papeles de Oro*, 1911, t. II, 248.

[3] ALBERDI, *E. P.*, t. II, 246; ERNESTO QUESADA, *La política argentina respecto de Chile*, 1899, 94; GUSTAVO FERRARI, *Notas sobre la desmembración territorial argentina*, 1976, 51; gráficamente puede verse en JUAN JOSÉ BIEDMA, *Atlas histórico de la República Argentina*, 1904, Láminas VIII y IX, las Intendencias de La Paz y Potosí formaban parte del Virreinato del Río de la Plata y comprendían las costas del Pacífico desde Arequipa, en el linde del Perú, hasta el Paralelo 25; para ANTONIO BERMEJO era "la Nación mutilada"; ISIDORO RUIZ MORENO, *Estudios sobre la historia diplomática argentina*, 1978, 100; MARIANO J. DRAGO, *El Congreso de Panamá*, 1970, 81.

des corrientes del exterior, ni se comprendió su importancia. Las tierras inmensas sólo eran una molestia, por su extensión. Cuando por primera vez, el Presidente Rivadavia y el partido unitario quisieron estructurar el país, fueron violentamente expulsados por los poderosos núcleos porteños, alentados por otros planes económicos, tasajo y cueros, cacerolas y madapolanes.

En segundo lugar la política internacional argentina quedó en las manos de los porteños, grandes tenderos y saladeristas, que sólo estaban interesados en la exportación de los cueros y en el cobro de los derechos de la Aduana y tenían el más completo desapego por las provincias impertinentes y pedigüeñas, "los trece miserables ranchos". Las vacas mandaban y a ellas se reducían los objetivos de la política gubernamental de Buenos Aires, que todavía sobrevive [3*].

En tercer lugar, la poca importancia que la mayor parte de los gobiernos porteños dieron a la política internacional. Todo se redujo, salvo raras y honrosas excepciones, al cultivo de la pampa húmeda, a la exportación de los frutos de la tierra y luego a la introducción de nuevos colonos, que tanto valorizarían la inmensa heredad hispánica. Los límites lejanos carecían de interés. Pocas veces hubo una política internacional meditada y estable, los planes cambiaban con cada presidente, con cada ministro y eran casi siempre subjetivos.

Afortunadamente, luego de la guerra porteña de secesión y la fratricida campaña del Paraguay, el panorama institucional y económico se transformó gracias "al milagro" de la generación de 1880. El país casi desierto, atribulado por las revueltas y la inquietud, con un pobre aparato productivo, se encarriló rápidamente, en un asombroso proceso de adelanto. Las doctrinas geopolíticas alberdianas inspiraron la organización institucional del país con la nacionalización de la Aduana de Buenos Aires, la seguridad, la con-

[3*] HORACIO GIBERTI, *Historia económica de la ganadería argentina*, 1970, 85, 88, 124, 169.

quista del desierto, los ferrocarriles, los frigoríficos, el caudaloso aporte de los capitales extranjeros y de los inmigrantes [4].

Entre 1888 y 1895 los cultivos de los campos aumentaron en dos millones de hectáreas; los establecimientos rurales crecieron de 44.000 a 180.000, el trigo subía de precio, con la importación de reproductores se refinaron los rebaños y creció su valor, aumentó correlativamente el precio de las tierras. Las exportaciones de carne subieron de 25.000 toneladas en 1900 a 145.000 en 1910, para satisfacer una creciente demanda de alimentos y materias primas [5].

La exportación de trigo, maíz, lino y avena superó las exportaciones ganaderas de cueros y carnes congeladas, la pampa se alambraba [5a].

La construcción de los ferrocarriles fue la llave de la unión del país y la palanca del desarrollo agropecuario. Cambiaron la geografía, borraron las distancias, consolidaron las fronteras, consagraron la seguridad civil y el transporte rápido y barato de los vecinos y de las mercaderías por todo el territorio.

El Ferrocarril Sud, el Ferrocarril Oeste, originariamente de propiedad de la Provincia, llegaron al Salado, Las Flores, Azul y Bahía Blanca. El Gran Central unió Buenos Aires con Rosario, Córdoba y Catamarca y debía luego cruzar la Cordillera por el Paso de San Francisco, hasta llegar al Valle de Copiapó. De 15.000 kms en 1880 pasaron a 30.000 kms en 1910, a pesar de la crisis del 90. El ferrocarril y el telégrafo fueron dos importantes ayudas en la campaña del desierto.

El progreso industrial fue igualmente impresionante, se instalaron molinos harineros, frigoríficos, ingenios de azúcar, bodegas que elaboraban los vinos y los licores de las

4 GUSTAVO FERRARI, *Apogeo y crisis del liberalismo*, 1978, 119; JORGE M. MAYER, *Urquiza, Alberdi y Roca, el tríptico inmortal*, Boletín del Museo Social Argentino, Nº 356, 142.

5 GUSTAVO FERRARI y EZEQUIEL GALLO, *La Argentina del ochenta al centenario*, 1980, 397, 417, 440, 464, 470, 485, 490; FERRARI, *Apogeo...*; 187.

5a JAMES R. SCOBIE, *Revolution on the pampas*, 1964, 71, 144, 164.

provincias cuyanas. Las plantaciones de viñedos subieron de 2.500 Has. en 1880 a 12.000 en 1895. Aparecían cervecerías, molinos de yerba, aserraderos, carpinterías metálicas, fábricas de zapatos, fundiciones que producían clavos, tornillos, armazones de cama, cajas de hierro, balanzas, utensilios domésticos, guinches, sierras, calderas, tejedurías que ofrecían camisas, mantas, toallas, casimires, ponchos, capas, sombreros, zapatillas, fábricas de muebles y carruajes [5b].

Gobernar era poblar, la población aumentó de 1880 a 1910 en cuatro millones de habitantes [6]. Las maestras normales de Sarmiento enseñaron a leer al país, la movilidad social carecía de barreras, cada cual era hijo de su esfuerzo [7].

Se cumplió el milagro de la generación del 80, una generación culta e inteligente, que comprendió los problemas y tuvo la energía para realizar el gran plan de progreso que había trazado Alberdi en 1852.

Volver hoy a las fórmulas del 80, no es volver para atrás sino salir de las marismas, que nos aprisionan, y retomar el claro camino de la seriedad y del trabajo, sin los cuales nada se puede lograr.

Fue la ilusión de otro Destino Manifiesto, la Argentina del Canto de Darío, que se disiparía unos años después, cuando se cambió de filosofía y los gobiernos dilapidaron la fortuna recibida, como los jóvenes que tiran la herencia de sus padres en las mesas de los casinos.

En esos años preclaros, el General Roca, un gobernante del interior, encaró seriamente el problema de las fronteras con la campaña del desierto y el enfrentamiento con Chile [8].

5b ADOLFO DORFMAN, *Historia de la industria argentina*, 1942, 64, 71, 103.

6 FERRARI y GALLO, *El '80'*, 565; FERRARI, *Apogeo*, 198.

7 FERRARI y GALLO, *El '80'*, 591.

8 ELVIRA MONTES, "Estrategia", Nº 4, 36. La política chilena responde una planificación nacional y metódica que contrasta con la Argentina que actúa en forma episódica defensiva, insuficiente ante la política de avance chilena en las fronteras.

Sin claros objetivos, sin el examen concreto de las características geográficas del país, de su producción y de sus intereses económicos, del estado de sus fuerzas militares, de su encuadramiento en un mundo cada día más complejo, se cayó más tarde en un generoso sentimentalismo, en un terreno que debe ser examinado con prudencia y con el firme y egoísta sentido de las conveniencias propias.

Una de las grandes falacias de la política internacional argentina, si es que alguna vez la hubo, fue desconocer las reglas fundamentales de la geopolítica, la situación geográfica de la Argentina en el continente y en el mundo, cuáles eran sus vecinos y qué confianza merecían, cuáles eran sus intereses como país agropecuario, el monto de las exportaciones, la necesidad de caminos para unir y poner en movimiento sus cosechas, sus relaciones financieras con la Europa y en cambio se procedió como si se viviera en un vacío lunar, al impulso de las prevenciones, de las simpatías o antipatías personales de los sucesivos funcionarios, de una ideología retardada y de un romanticismo al parecer incurable.

Por eso la historia de nuestra política internacional ha sido contradictoria, cándida y afligente y los daños que ha causado el desconocimiento de los factores reales, han sido naturalmente graves [9].

El ejemplo más amargo de esos contrastes fue la guerra fratricida llevada por el Presidente Mitre contra la República del Paraguay, en un acceso bélico de romanticismo "para librar al pueblo paraguayo de las garras de su tirano" [10].

[9] ERNESTO QUESADA, *La política chilena en el Plata*, 1895, 105, 309, 345, "su candidez infantil, ligereza y dejadez".

[10] ESTANISLAO ZEBALLOS, *La diplomacia desarmada*, 93, 117; GUSTAVO FERRARI, *Esquema*, 4; ROBERTO ETCHEPAREBORDA, *La guerra que no sucedió*, "Estrategia", Nº 7, 117, el plan de los Braganza era avanzar sobre Córdoba y por los ríos hasta Martín García y fue quebrado por la resistencia paraguaya; JUAN E. GUGLIALMELLI, *El destino manifiesto brasileño en el Atlántico sur*, "Estrategia", Nº 39, 5, la alianza con los Estados Unidos; ISIDORO RUIZ MORENO, *Estudios históricos*, 23, 24, la Argentina además de perder con la guerra gloriosa del General Mitre una parte importante del Chaco, perdió la Villa Occidental.

El balance de "la gloriosa cruzada" fue catastrófico. En efecto, "esa política nos arrastró a la Triple Alianza, desastrosa moral, diplomática, política y financieramente por igual para el vencido que para nosotros; ella nos hizo perder la situación moralmente aliada del Uruguay, substituida trágicamente por hombres y por círculos adictos al Brasil; ella produjo la desmembración argentina en el Chaco en una extensión de más de 30.000 leguas cuadradas de rico territorio; y en la Patagonia donde la diplomacia brasileña prestó apoyo decidido a Chile, hasta que la República Argentina cedió otras 12.000 leguas del territorio" [11].

Concluida la tragedia del Paraguay con el asesinato del Mariscal López el 1º de mayo de 1870 y después de los nuevos contrastes diplomáticos, patentados en los "monstruosos" tratados de Cotegipe y el fracaso de la misión del General Mitre a Río de Janeiro, se firmó el Tratado de Paz con el Paraguay, el 3 de febrero de 1876 [12].

2. — Las peripecias no habían concluido; en la otra vertiente de la providencial Cordillera de los Andes la República Argentina se hallaba flanqueada por la Antigua Capitanía General de Chile, una larga faja de 4.300 kms "una historia y un paisaje" de empinadas cuestas y peligrosos caracoles, con el encanto de sus villorrios polvorientos y muros coloniales, ríos de poca agua y montes donde cantaban los árboles y los pájaros. Su población de dos millones de habitantes se hallaba encerrada en una superficie de 750.000 kms² entre las montañas y el Océano Pacífico por obra de "una geografía loca", según la descripción de un ilustre chileno [13].

Repetidos y molestos fueron los incidentes vecinales entre ambos países. Nuevamente las leyes de la geopolítica actuaban en este caso, con la misma fuerza que la ley del sol en el norte y con un impulso incontenible, sus gobiernos

[11] ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 120.

[12] JORGE M. MAYER, *La política de los Braganza en el Río de la Plata*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 16, 731.

[13] BENJAMÍN SUBERCASSEAUX, *Chile, una geografía loca*, 1964, 15.

"guerreros y pendencieros", trataron de expandirse sobre los vecinos, apenas sus fuerzas se lo permitían, cuando hubieran podido obtener mayores ventajas con arreglos comerciales y una unión económica, sin provocar tantos resentimientos. Nunca comprendieron que la paz, la asociación de las industrias y del tráfico, la creación de un mercado común sudamericano sería mucho más beneficiosa que los hipotéticos despojos, de una guerra fratricida y arriesgada [14].

Así en el siglo pasado anidaron los malones de las tribus araucanas y tehuelches que devastaban los campos argentinos, incendiaban las aldeas y asesinaban a los pobladores. En 1872 los partidos de Alvear, 25 de Mayo, 9 de Julio y Tandil en la Provincia de Buenos Aires fueron arrasados, 50.000 pobladores fueron lanceados, el valor de los bienes saqueados alcanzó a veinte millones. El General Roca estimaba que el número de los ganados robados y llevados a Chile pasaba de 40.000 cabezas anuales, hasta que la conquista del desierto concluyó con esa criminal empresa [15].

Sus grandes gobernantes, el Ministro Diego Portales, los Presidentes Francisco Antonio Pinto, Joaquín Prieto y Manuel Bulnes, casados los tres con argentinas y Manuel Montt, su clase dirigente de vascos, ingleses y alemanes, manejaron el país feudalmente y con eficacia. Varios años después, otros gobernantes olvidaron que debían su libertad al ejército argentino del General San Martín y engreídos por su triunfo en la guerra del Pacífico, se consideraron la Prusia de Sud América [16].

Afortunadamente el límite entre la Capitanía General

14 SUBERCASSEAUX, *Chile, una geografía loca*, 32; a pesar de la simpatía y de la buena voluntad que la Argentina le ha manifestado siempre a Chile, a pesar de las charangas de Chacabuco y Maipú, a pesar de las relaciones de familia y de negocios, su actitud ha sido siempre reticente y a veces inamistosa. ¿Denotan esas injustificadas reacciones el complejo del pariente pobre? Cualquiera que sea el origen, es evidente que mientras que no se disipe esa impresión, será difícil lograr una mayor y más íntima convivencia. El recuerdo del asalto llevado contra Perú y Bolivia naturalmente preocupa.

15 GUSTAVO FERRARI, *Conflicto y paz con Chile*, 1969, 3; FERRARI y GALLO, *El '80'*, 475.

16 FERRARI, *Esquema*, 55; MAYER, *Alberdi y su tiempo*, t. I, 390.

de Chile y el Virreinato del Río de la Plata, había sido trazado por la mano de Dios en la Cordillera Nevada, confirmado por los Reyes de España y reconocido por Chile en sus Constituciones de 1822, 1826, 1828 y 1833, "el territorio de Chile se extiende desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos i desde la Cordillera de los Andes hasta el Mar Pacífico, comprendiendo el Archipiélago de Chiloé, todas las islas adyacentes i la de Juan Fernández".

Los Virreyes del Río de la Plata no se habían olvidado de esas lejanas regiones, desde el año 1775 marcharon varias expediciones, conducidas por Francisco de Viedma, Basilio Villarino y Juan Gutiérrez de la Concha y a pesar de las distancias, el ulular de los vientos entre los calafates y los alerces y la falta de agua potable, erigieron varios establecimientos en San José, San Julián y Carmen de Patagones y con el tiempo cambiaron la caza de ballena por la cría de ovejas [17].

Sólo muchos años después, algunos políticos chilenos, acuciados por la geográfica angostura de un territorio fragoso y las intrigas de los Braganza, cambiaron de opinión y el Canciller Adolfo Ibáñez comenzó a invocar, en 1872, unos supuestos derechos sobre la Patagonia al sur del río Negro [18].

Creían que los exiliados de la época de Rosas, Domingo F. Sarmiento, Félix Frías, Juan María Gutiérrez, Juan B. Alberdi, Gabriel Ocampo, Gregorio Gómez, José Barros Pazos, Mariano Fragueiro, Vicente F. López y José Cayetano Borbón debían apoyar sus reclamos territoriales, por injustos que fueran, como retribución a su hospitalidad,

[17] LUIS V. VARELA, *La política chilena*, 1895, 26. *La Cordillera Andina*, 1898, 15, 18, 42; CARLOS MORLA VICUÑA, *Estudio histórico sobre el descubrimiento y conquista de la Patagonia*, 1903, 81; FERRARI, *Esquema*, 52; RAÚL REY BALMACEDA, *La Propuesta Vaticana*, 1983, 23; GUILLERMO J. FOGG, *Soberanía argentina en el Mar Austral*, 1983, 22, 29.

[18] RUIZ MORENO, *Estudios*, 39; FERRARI, *Esquema*, 52; JORGE A. FRAGA, *La Argentina en el Atlántico sud*, 1983, 77; MANUEL E. MALBRÁN, *Bases necesarias para una mejor relación argentino-chilena*, 1970, 19, política acre.

precio que nunca convinieron y sin considerar que esos servicios fueron devueltos más tarde, con la hospitalidad que la Argentina brindó a su vez en tantas ocasiones a los exiliados chilenos y hace poco en los despóticos años del Presidente Allende.

Prevenido por esas actitudes, en 1876 el Presidente Nicolás Avellaneda, su Ministro de Guerra Adolfo Alsina y los Coroneles Conrado Villegas y Nicolás Levalle y los Comandantes Lorenzo Winter, Antonio Dónovan y Teodoro García, iniciaron la campaña del desierto para ocupar definitivamente las tierras patagónicas y exterminar los malones que devastaban las estancias del sur. Pero Alsina se enfermó en la campaña, volvió a Buenos Aires y murió el 29 de diciembre de 1877. El 11 de octubre de 1878, el Presidente Avellaneda promulgó la ley 954 que creó la Gobernación del Territorio de la Patagonia y el 12 designó Gobernador al Coronel Alvaro Barros [19].

El 23 de abril de 1879 bajo la dirección del General Julio A. Roca, el nuevo Ministro de Guerra y los Coroneles Eduardo Racedo, Nicolás Levalle, Napoleón Uriburu, Hilario Lagos, Enrique Godoy, Lorenzo Winter, Leopoldo Nelson y Teodoro García partió una nueva expedición desde Carhué hacia el Río Negro, para someter a las tribus indias y ocupar los inmensos desiertos. El 9 de abril de 1881 el Coronel Conrado Villegas llegó al Lago de Nahuel Huapi [20].

Al comprender Chile que una invasión a "la soñada" Patagonia sería firmemente repelida, creyó preferible emprender otra campaña de conquista, destinada a ampliar su territorio hacia el norte que le ofrecía con las guaneras, un botín de recursos inmediatos y considerables [21].

Las tropas chilenas asaltaron sorpresivamente Antofagasta el 14 de febrero de 1879, cuando el Perú quiso aplicar

19 FERRARI, *Esquema*, 54; FERRARI y GALLO, *El '80'*, 76, 84, 480.

20 JUAN CARLOS WAHLTER, *La conquista del desierto*, 1970, 409; FERRARI y GALLO, *El '80'*, 71, 126; GIBERTI, *Historia económica*, 133, 202.

21 FERRARI, *Conflicto*, 1969, 3.

un impuesto de 10 centavos por quintal de salitre. Acusaban a su desprevenido vecino de dilapidar las rentas de las guaneras y para evitar ese desperdicio resolvieron quitárselas [22].

Vencieron en el combate de Caracoles y después de varios encuentros navales indecisos en Iquique, Antofagasta y Huasco, volvieron a vencer en los combates de Tacna el 26 de mayo de 1880, Arica el 7 de junio, Chorrillos el 26 de septiembre y Miraflores el 13 de enero de 1881, hasta ocupar Lima al día siguiente [23].

Por el Tratado de Paz de Ancon, celebrado con el Perú, el 20 de octubre de 1883, se anexaron Tarapaca y la Provincia peruana de Tacna con el puerto de Arica y por el Pacto de Tregua, con Bolivia, el 4 de abril de 1884, se incautaron de Atacama y de su litoral sobre el Pacífico hasta el río Loa, con una superficie de 66.000 kms² [24].

Se ha reprochado a los gobernantes argentinos no haberse interpuesto en ese cnflicto, en defensa de Bolivia y del Perú, tan alevosamente agredidos, y no haber detenido las usurpaciones chilenas, que significaban un pésimo ejemplo para los estados sudamericanos. "La Argentina no había aprovechado siquiera las favorables circunstancias de la guerra para obligar a Chile a que renunciara a sus exigencias" y se sometiera a los principios del derecho internacional [25].

Es asombroso el relato que hace el Enviado chileno Juan Manuel Balmaceda de las entrevistas que mantuvo, el año 1879, bajo la presidencia de Avellaneda, con la Cancillería argentina, en los prolegómenos de la guerra del Pacífico.

22 DIEGO BARROS ARANA, *Historia de la Guerra del Pacífico*, 1881, 22; VICTOR ANDRÉS BELAÚNDE, *Nuestras cuestiones con Chile*, 1919, 10; FRAGA, *La Argentina*, 10.

23 LUIS BARROS BORGOÑO, *La cuestión del Pacífico*, 1922, 36, 94.

24 BELAÚNDE, *Nuestra cuestión*, 57; RICARDO ALBERTO PAZ, *El conflicto permanente*, 1980, t. I, 50.

25 BELAÚNDE, *Nuestra cuestión*, 58; ERNESTO QUESADA, *La política chilena*, 105, "la ineptitud de la diplomacia argentina", 309, 345; ALBERTO EMILIO ASSEF, *Proyección continental de la Argentina*, 1980, 126; FERRARI y GALLO, *El '80'*, 673.

"Llegaba al Plata con la facultad de transar nuestras cuestiones de límites, como cuando y con la fórmula que Uts. quisieran, a cambio de su neutralidad en la guerra Perú-Boliviana. Con la muerte en el alma, iba dispuesto a firmar cualquier tratado, sacrificando cualquier pretensión nuestra... La fatalidad daba a Uds. ganancia en el pleito histórico. Era indispensable guardar las espaldas de Chile. Mi sorpresa fue suma cuando conocí a los estadistas argentinos ¡qué generosidad, qué desprendimiento (de los intereses argentinos), qué grandeza de alma! A las primeras palabras se me dijo: la Argentina no es país que aproveche las dificultades de un adversario, eso no sería caballeresco; vaya Ud. a Chile y lleve la seguridad de nuestra completa neutralidad durante la guerra; después de eso y cuando Uds. estén repuestos del magno esfuerzo entraremos a discutir nuestros derechos respectivos" [26].

Nuestro Ministro no era Bismarck, y en alas del romanticismo, en vez de frenar la campaña de despojo emprendida por Chile contra Bolivia y el Perú, le dio vía libre y facilitó el posterior desenvolvimiento de sus sueños imperiales, en perjuicio de la misma República Argentina [27].

Afortunadamente, más tarde, bajo la sagaz dirección del General Roca, los valores geográficos, los intereses nacionales se impusieron sobre los impulsos románticos.

Asegurados militarmente los territorios patagónicos, el doctor Bernardo de Irigoyen, "bueno, amable pero demasiado condescendiente", firmó en Buenos Aires, con el representante chileno Francisco de V. Echeverría, el tratado de límites del 23 de julio de 1881.

Este Tratado fue incompleto y concesivo, es cierto que sancionó definitivamente la división de los dos países en la Cordillera, pero esta división ya estaba fijada por la naturaleza y ratificada por las Constituciones chilenas, de modo que nada ganó la Argentina con su firma [28].

26 QUESADA, *La política chilena*, 88.

27 VARELA, *La política chilena*, 37, 297, 310, 319 "una política infantil"; QUESADA, *La política argentina*, 91.

28 "Anales de Legislación Argentina", t. I, 10; RUIZ MORENO, *Estudios*,

En cambio Bernardo de Irigoyen, guiado por el cauto propósito de asegurar el territorio patagónico sin correr el albur de un arbitraje, entregó a Chile el Estrecho de Magallanes y la Isla de Navarino, que eran tierras palpablemente argentinas, y no exigió que el meridiano occidental de Greenwich, 68º34' que dividía la Tierra del Fuego, se prolongara rectamente hasta la altura del Cabo de Hornos, con lo cual se hubieran evitado las enojosas cuestiones que se derivaron de la "defectuosa" redacción del artículo 3º, cuando "debió ser absolutamente claro y preciso". Ni siquiera levantó un mapa, precaución ineludible. ¡Otra desprolijidad de nuestra Cancillería! [29].

Los gobernantes chilenos, siempre descontentos, a pesar de las ventajas que habían obtenido, iniciaron las infiltraciones a lo largo de los boquetes de la Cordillera para ampliar subrepticiamente su territorio, con los cañadones y potreros desiertos, al menor descuido.

En cambio los diplomáticos argentinos cedieron con su habitual generosidad, en el artículo 2º del Protocolo del 1º de mayo de 1893, firmado en Santiago por Norberto Quirno Costa e Isidoro Errázuriz, las tierras y los puertos de propiedad argentina, sobre el Pacífico, donde la Cordillera se internaba en el mar, que serían hoy una ventajosa salida para el comercio del sur, "sin compensación alguna". Fue allí que se estableció que la Argentina no podía pretender punto alguno sobre el Pacífico, como Chile no podía pretender punto alguno sobre el Atlántico, norma que por errores diplomáticos, sólo ha jugado a favor de Chile [30].

70, 79; JOSE BIANCO, *El Tratado de 1881*, 1901, 52; FOGG, *Soberanía*, 37, 149; EDUARDO DE LA BARRA, *El problema de los Andes*, 1895, 121; VARELA, *En la Cordillera*, 24; FERRARI, *Conflicto*, 65; FERRARI y GALLO, *El '80'*, 165, 675, 678.

29 ERNESTO BASILICO, *La controversia sobre el Canal del Beagle*, 1963, 140, 147, 190, la "redacción defectuosa"; ESTANISLAO ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 1974, 75, 102; FRAGA, *La Argentina*, 166, "impreciso"; VARELA, *La política chilena*, 56; QUESADA, *La política argentina*, 19; FERRARI, *Apogeo*, 143; FOGG, 41, "poca claridad"; REY BALMACEDA, *La propuesta*, 26, "la desidia"; PAZ, *El conflicto*, t. I, 41, 46; JULIO ALBERTO LAGOS, *Patagonia, tierra de bendición*, 1967, 26.

30 *Anales de Legislación (1899-1919)*, 268; RUIZ MORENO, *Estudios*, 82, 86;

Claro ejemplo de los factores geopolíticos, los gobernantes chilenos, en vez de buscar un entendimiento amigable con la Argentina y aprovechar las ventajas que hubiera generado una paz estable, se empeñaron en plantear nuevos incidentes: protestaron por la construcción del Fuerte de Maipú en San Martín de los Andes y se dedicaron a construir caminos en territorio argentino como signo de ocupación y propiedad [31].

Emprendieron simultáneamente una amenazadora política armamentista, hipotecaron las salitreras peruanas para comprar armas, pero por fortuna no pudieron obtener en Europa los empréstitos que necesitaban, ni barcos y equipos [32].

La guerra parecía inminente y el General Roca, elegido nuevamente Presidente en 1898, estableció bajo la dirección del General Riccheri, el servicio militar obligatorio y compró unos acorazados, querían "la patria íntegra y sin manchas" [33].

La magnitud de los gastos que debían afrontar y los riesgos de la aventura detuvieron finalmente a los políticos chilenos más belicistas. Gracias a los esfuerzos del Ministro de Relaciones Exteriores Amancio Alcorta, del Ministro Argentino en Santiago Norberto Piñero, y el buen sentido del Presidente Errázuris, el clima se serenó y el 10 de febrero de 1899, los dos Presidentes se reunieron en la tan mentada entrevista de Punta Arenas [34].

El General Roca, Carlos Pellegrini y el Ministro Enrique Berduc, convencidos de que el tiempo trabajaba a favor de la Argentina, cuya tasa de crecimiento, población y re-

---

MORZONE, *Soberanía territorial*, 431; QUESADA, *La política Argentina*, 11, 35, 90; FERRARI, *Esquema*, 54; FERRARI, *Conflicto*, 61; VARELA, *En la cordillera*, 39, 133; FOGG, *Soberanía*, DB, VEG; *VARELA*, La política chilena, fue un error capital, "una concesión gravísima de alcance nefando".

31 VARELA, *La política chilena*, 56; FERRARI y GALLO, *El '80'*, 635.

32 RUIZ MORENO, *Estudios*, 89, 117, 213, 229, 250; FERRARI, *Conflicto*, 24.

33 RUIZ MORENO, *Estudios*, 106.

34 RUIZ MORENO, *Estudios*, 29.

cursos era muy superior a la de Chile, calcularon que debían esperar 10 años para afrontar con serias ventajas un conflicto armado, era una carrera de tiro largo, decía Berduc, y esperaron [35].

Así se llegó a los Pactos de Mayo suscriptos en Santiago por José Antonio Terry y José Francisco Vergara Donoso, el 28 de mayo de 1902. Los pactos incluían un Acta preliminar al Tratado de Arbitraje, llamada también Acta o Cláusula del Pacífico incorporada al Tratado, un Tratado General de Arbitraje y una Convención sobre limitación de armamentos navales, donde se pedía además al árbitro que designara una Comisión para fijar en el terreno, los lindes establecidos en el fallo del Rey de Inglaterra del 20 de enero de 1902.

Los textos fueron vivamente discutidos en el Congreso, defendidos por Joaquín V. González, Carlos Pellegrini, José Figueroa Alcorta y Manuel Quintana, fueron impugnados por Indalecio Gómez, Adolfo Mujica y Rómulo S. Naón y finalmente aprobados.

En este caso el fallo del Rey de Inglaterra confirmó los derechos argentinos en diversos puntos de la Cordillera y alivió las tensiones [36].

Esta etapa es un excelente ejemplo del buen manejo de la política internacional. Prudente, cuidadosa de la geografía y sin discursos altisonantes, fortaleció las defensas militares, obtuvo los fines buscados y evitó los desastres de una guerra que hubiera sido gravemente onerosa para los dos países.

Las divergencias continuaron, sin embargo, los años siguientes. La estrechez del territorio, la "obsesión" por el dominio de la Patagonia, las sucesivas catástrofes: la apertura del Canal de Panamá que le arrancó de cuajo a Chile

35 *Anales de Legislación Argentina (1899-1919)*, 544; FERRARI, *Conflicto*, 82, 141; FOGG, *Soberanía*, 45; PAZ, *El conflicto*, t. I, 131.

36 VARELA, *La política argentina ante el árbitro*, 1902, 1; MORZONE, *Soberanía territorial*, 54; FOGG, *Soberanía*, 157, 165, 179.

el tráfico del Pacífico, después el derrumbe del precio del guano por el descubrimiento del salitre sintético y ahora el invento de las fibras de vidrio, que substituyen ventajosamente al cobre como conductores, llevaron a sus gobernantes a plantear nuevos problemas y a una amenazadora alianza con el Brasil y en nuestros días con Inglaterra. No han comprendido todavía que en América la buena política es la colaboración y no la confrontación [37].

No concluyeron las vicisitudes, nuestros funcionarios se olvidaron por largos años de la Patagonia, apenas interesados en el petróleo de Comodoro Rivadavia y los grandes establecimientos ovejeros fueron abandonados en manos de pobladores alemanes, ingleses y chilenos [38].

Cuando la desocupación obrera ensombrecía los suburbios porteños y los jóvenes universitarios no encontraban un lugar promisorio para trabajar, en vez de guiarlos hacia el sur, donde hubieran sido tan útiles, apenas se les ocurrió ofrecerles algunos puestos menores en nuestra estéril burocracia [38a].

Esta indiferencia y la "defectuosa" redacción del artículo 3º del Tratado de 1881, permitió a los gobiernos chilenos proseguir su expansión por las veraneadas de la Cordillera y las islas al sur del Canal de Beagle. En 1892 y en 1894 ocuparon la isla Picton, crearon una estación y otorgaron algunas concesiones menores en la Isla Nueva. En 1892 el Gobernador de la Tierra del Fuego, Pedro Godoy, y el Ministro Norberto Piñero, denunciaron las intromisiones chilenas en las islas. La Cancillería argentina presentó las acostumbradas notas de protesta e inició los trámites ante el Ministro Vergara Donoso, cuando debió ocupar inmediatamen-

37 FERRARI, *Esquema*, 53; RUIZ MORENO, *Historia de las Relaciones Exteriores*, 108, 185.

38 LAGOS, *Patagonia*, 34, 208, 255, "el abandono criminal"; ENRIQUE VERA VILLALOBOS, *Planes de promoción de la Patagonia*, "Estrategia", Nº 3, 138; BENCHETRIT MEDINA, "Temis", 16 de febrero de 1985, "una vergüenza argentina".

38a LAGOS, *Patagonia*, 67, 90.

te con fuerzas de marinería la Isla Nueva, cuya propiedad era indiscutible [39].

En vez de proseguir las negociaciones y presionar a Chile con medidas económicas, prohibir la importación de maderas, cobre, vinos y minerales de molibdeno y hierro, hasta llegar con paciencia a un acuerdo, inesperadamente el 22 de julio de 1971, las Cancillerías de Argentina y Chile y el Foreign Office dieron a conocer el texto de un "infausto" compromiso arbitral, basado en el artículo 5º del Tratado General de Arbitraje de 1902, para la solución del diferendo jurisdiccional en la zona del Canal de Beagle, que nuestra Cancillería había suscripto, sin consultar a los especialistas autorizados [40].

Los días 23 y 24 de julio de 1971, los Presidentes Lanusse y Salvador Allende, en la entrevista de Salta, expresaron la satisfacción de sus gobiernos por el encauzamiento pacífico y jurídico del antiguo pleito, en el área del archipiélago de Tierra del Fuego, que sólo agudizó el problema [41].

La redacción del Acuerdo Arbitral, que era de fundamental importancia, fue gravemente equivocada, ahí se perdió casi todo de entrada. En vez de ceñirlo estrictamente al destino de las islas Lennox, Picton y Nueva y preservar la línea Atlántico-Pacífico, los diplomáticos argentinos aceptaron la redacción del artículo 1º, inciso 2º, propuesta por Chile, que se refería amplia y vagamente a toda la zona, a las cuestiones planteadas en la nota del 11 de diciembre de 1967 y llevaba la jurisdicción marítima a las 200 millas, puntos que nunca debieron ser aceptados [42].

39 PAZ, *El Conflicto*, t. II, 18; JOSÉ S. CAMPOBASSI, *Argentina en el Atlántico, Chile en el Pacífico*, 1982, 86, 90.

40 "Anales de Legislación 1978 A, 1355; REY BALMACEDA, *La propuesta Vaticana*, 31, 133; PAZ, *El Conflicto*, t. I, 116.

41 PAZ, *El Conflicto*, t. II, 218, 225, 282; Inconvenientes del arbitraje, "Estrategia", Nº 45, 61; ROBERTO MARCELO LEVINGSTON, *El futuro argentino en la próxima década*, "Estrategia", Nº 55, 29 "increíble irresponsabilidad"; FRAGA, *La Argentina*, 176.

42 "Estrategia", t. XII, 31, 139.

Desde su inoportunidad, hasta su defectuosa redacción, los errores eran tan visibles, que a los pocos días de conocerse el Acuerdo, el 9 de agosto de 1971, el "Instituto Argentino de la Soberanía para los Espacios Marítimos y Fluviales" expresó su estupor, lo calificó de "una derrota diplomática" y denunció su nulidad por no haberse cumplido con los requisitos constitucionales, particularmente con la aprobación del Congreso [43].

La defensa de los derechos argentinos fue "desdichada", y a pesar del difícil terreno en que se desenvolvían los trámites, ni el gobierno del General Perón en 1973, ni el gobierno de la Reorganización Nacional de 1976, declararon nulo el compromiso por emanar de un gobierno de facto, y esperaron resignadamente un fallo que ya se advertía que sería adverso [44].

La decisión de la Corte de Arbitraje del 18 de febrero de 1977 fue notoriamente política, arbitraria y rencorosa y el gobierno argentino la tachó de nulidad el 25 de enero de 1978 [45].

En esa situación tan ingrata y a pesar de las inquietantes muestras de mala voluntad, la diplomacia argentina siempre romántica, prodigaba nuevos servicios a Chile y abrió caminos en la Cordillera que serán, con el tiempo, otras fuentes de conflictos, sin comprender que su actitud se halla impulsada por un determinismo geográfico, que no logra superar.

Ante la seriedad del impasse, los Generales Videla y Pinochet, firmaron el Acta del 20 de febrero de 1978 en

43 "Estrategia", t. XII, 132, 145; REY BALMACEDA, *La propuesta*, 13, 19, 21, 30, 31, 34.

44 MANUEL E. MALBRÁN, *La cuestión del Beagle*, 1962, 10; PAZ, *El conflicto*, t. II, 255, 298; MORZONE, *Soberanía territorial*, 119, 121.

45 PAZ, *El conflicto*, t. II, 317, 325; REY BALMACEDA, *La propuesta*, 37, 46; FOGG, *Soberanía*, 60, 65, 205, 209; MORZONE, *Soberanía territorial*, 124; JORGE M. MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 21, 371; FRAGA, *La Argentina*, 180; ASSEF, *Proyección continental*, 343.

Puerto Montt, y un acuerdo en Montevideo el 8 de febrero de 1979, por el cual se recurría a la mediación del Papa [46].

El Santo Padre aceptó la mediación el 23 de febrero de 1979 y el clima se aplacó. La tarea de los representantes argentinos ante el Vaticano fue ardua, y una primera propuesta papal del 12 de diciembre de 1980, fue rechazada el 17 de marzo de 1981 [47].

Bajo un flamante gobierno inspirado por una filosofía distinta y con una precipitación que hubiera reprobado Talleyrand, en vez de proceder con cautela "en una carrera de tiro largo", en la que podían utilizarse eficaces medidas económicas para llegar a una fórmula más equitativa, se cambió de rumbo, posiblemente por falta de conocimientos históricos y de la naturaleza del problema [48].

En el curso de estos trámites se olvidó la actitud, invariablemente hostil, de los funcionarios chilenos. Cuando se trató en el Órgano de Consulta del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, la guerra de las Malvinas, Chile se abstuvo de votar a favor de la Argentina y su apoyo posterior a las fuerzas británicas fue por demás visible [49].

El 18 de octubre de 1984, el Cardenal Secretario de Estado Antonio Casaroli entregó a los jefes de las Legaciones de Argentina y Chile, Embajadores Delpech y Videla, el texto de un nuevo proyecto para solucionar el diferendo, que la Cancillería argentina aceptó para poner fin, según sus expresiones, a un pleito de cien años, decisión que motivó la inmediata renuncia del General Ricardo Etcheverry Boneo, representante argentino ante el Vaticano.

Cien años de errores no justificaban otro año más de

46 REY BALMACEDA, *La propuesta*, 52, 103; FOGG, *Soberanía*, 78, 83, 249, 267, el texto.

47 REY BALMACEDA, *La propuesta*, 110, 130, 177; MORZONE, *Soberanía*, 132, 135.

48 QUESADA, *La política chilena*, 93, 309, 345; "La Prensa", 9 de abril de 1985.

49 "La Prensa", 22 de abril de 1982, HOLMBERG, *¿Ud. cree que los ingleses nos devolverán las Malvinas?*, 89, 90; ALMIRANTE ROJAS, *Nuevas pruebas de la cooperación chilena con Gran Bretaña*, "La Prensa", 24 de enero, 5 de marzo de 1985; "La Nación", 6 de junio de 1985, *Las alianzas*.

errores, esta vez definitivos. Conocida la nueva fórmula provocó críticas tan serias en los centros más ilustrados, que el gobierno dictó el decreto del 25 de julio de 1984, para llamar a una consulta popular sobre un tema esencialmente técnico, que fue impugnada de inconstitucional, por implicar una delegación de facultades (artículos 22, 67 incisos 14 y 19, 86 inciso 14 de la Constitución Nacional), para el día 25 de noviembre de 1984.

Pero esa consulta, a pesar de una masiva propaganda oficial basada en el ilusorio lema de "tratado o guerra", frente a la cual poco pudieron hacerse oír los críticos, arrojó un resultado bastante dubitativo, con sólo el 50 % a favor, 20 % en contra y 30 % de abstenciones, en resumen, 50 por 50, con la participación de una multitud de buena gente obnubilada por el dilema, que no podía entender ni el fondo del problema ni sus implicancias futuras [50].

El proyecto de Tratado, generosamente denominado de Paz y Amistad, fue firmado por el Canciller de la Argentina Dante Caputo y por el Canciller de Chile Jaime del Valle, en presencia del Cardenal Antonio Casaroli, en la Sala Regia de la Capilla Sixtina.

La Cámara de Diputados aprobó el Tratado el 29 de diciembre, y el Senado, luego de vehementes impugnaciones, por un solo voto y "por disciplina partidaria", el 14 de marzo de 1985 y fue ratificado en la Sala del Consistorio, con la presencia del Papa el 2 de mayo de 1985 [51].

El tratado, en el que no faltaron otra vez las "desprolijidades", significó un irreparable contraste que habrá consternado las almas del General Guido y del General Paz en sus tumbas, puesto que infligía una nueva mutilación al territorio argentino, entregaba a Chile las islas, le abría a lo

50 CARLOS R. FRENCH, *Un proyecto de solución para el conflicto del Beagle*, "Revista Argentina de Estudios Estratégicos", julio de 1984, 188 "una diplomacia deficiente y concesiva"; "Anales de Legislación", 1984-C, 2593, el único precedente era el famoso plebiscito de Rosas de 1835, nada edificante; "La Nación", 15 de mayo de 1985, sobre los excesos de la propaganda oficial.

51 "Anales de Legislación", 1985-B-1005.

ancho las puertas del Océano Atlántico y será en el futuro una fuente interminable de reclamos e incidentes [52].

Ni siquiera previó, ni reglamentó, el adecuado cruce de las cargas y pasajeros desde el territorio de Santa Cruz a la Tierra del Fuego, a través del Estrecho de Magallanes [52a].

Según el Instituto Católico Chileno de Emigración 350.000 chilenos viven y trabajan actualmente en la Patagonia y otros 200.000 en distintas ciudades argentinas, que pudieron ser un decisivo factor en las negociaciones y hoy son un considerable riesgo [52b].

El error fundamental de nuestra Cancillería, entre tantos, fue suponer con su habitual candidez, que al rendirse ante los reclamos de Chile conquistaría su buena voluntad, supuesto hondamente equivocado, puesto que nunca renunciará a sus proyectos hasta lograr la conquista de la Patagonia, al sur del Río Negro, "su idea obsesiva", y sólo verá en este Tratado una muestra de la debilidad de los funcionarios argentinos, que alentará los planes de expansión y los nuevos reclamos [53].

3. — La candidez de la política argentina dio sus frutos más característicos después de 1938. El alejamiento argentino de los Estados Unidos se inició con Roque Sáenz Peña y Manuel Quintana, en la Primera Conferencia Panameri-

52 PAZ, *El Conflicto*, t. I, 60, 118, el peligro de las negligencias en las copias como lo muestra el incidente Portela-Riesco del 25 de diciembre de 1900; ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 91; FERRARI, *Conflicto*, 51.

52a "La Prensa", 12 de agosto de 1985.

52b "La Prensa", 1º de septiembre de 1985.

53 QUESADA, *La política argentina*, "firmar convenios que nada solucionan es inhábil y peligroso"; VARELA, *La política chilena*, "la guerra se hará para establecer su Imperio en la América del Sud", "el sueño de la Patagonia", 27, 78, 96; ANDRÉS FERNANDEZ CENDOYA, "Estrategia", Nº 27, 30; GUGLIALMELLI, "Estrategia", Nº 57, 8; REY BALMACEDA, *¿Otra cuestión de límites con Chile?* "Estrategia", Nº 69, 96; "La Prensa", 7 de marzo de 1985, *Inglaterra ofrece a Chile 200 vehículos militares y el asesoramiento de la técnica nuclear*; "La Nación", 10 de junio de 1985, *Chile ofrece a los Estados Unidos el uso de la isla de Pascua*, 54; "La Prensa", 10 de noviembre de 1985, el viaje del General Ríos Ereñú a Santiago de Chile para resolver la oposición de los militares chilenos a las gestiones de la Argentina sobre las Malvinas.

cana de Washington, por culpa de la política comercial de los Estados Unidos y de las barreras aduaneras, que tanto perjudicaban las exportaciones del hemisferio sur y especialmente las carnes argentinas [54].

Chocaron además dos culturas: la mentalidad calvinista del norte y la mentalidad católica del sur, y fue en algunos aspectos una lucha religiosa. Para más, los funcionarios norteamericanos pretendían ejercer una hegemonía comercial y militar sobre toda la América y la Argentina parecía encabezar la resistencia a esos devaneos [55].

Las divergencias prosiguieron en las Conferencias de México en 1901, Río de Janeiro en 1906, Buenos Aires en 1910 y Santiago en 1923. Existían y perduran serios obstáculos para un entendimiento porque la economía de los dos países son competitivas y difícilmente conciliables [56].

El Embajador Honorio Pueyrredón ensanchó la brecha en la Conferencia de La Habana de 1928, cuando atacó enfáticamente la prohibición de la entrada de las carnes argentinas, aun envasadas, a los Estados Unidos, con el pretexto de la fiebre aftosa. La fiebre aftosa se convirtió desde entonces en un factor diplomático de primera magnitud y la causa mayor del alejamiento hasta nuestros días [57].

La Conferencia de Buenos Aires del año 1936 fue el teatro de los roces personales entre el Canciller Cordell Hull, afectado de "un sesgo antiargentino casi psicopático" y el Ministro Saavedra Lamas, que quería ser el primer actor en ese vaudeville [58].

Al estallar la guerra europea se reunió el 23 de septiembre de 1939 una Conferencia en Panamá y otra en La Ha-

54 "La Nación", 9 de junio de 1895. El gobierno norteamericano subsidia las exportaciones de sus cereales en competencia desleal con los demás países; FERRARI, *Apogeo*, 127, 134.

55 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 25.

56 ATILIO DELL'ORO MAINI, *Sáenz Peña en la política exterior Argentina*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 10, 835.

57 CARLOS ESCUDÉ, *Gran Bretaña, Estados Unidos y la declinación argentina 1942-1949*, 1983, 42.

58 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 63.

bana el 21 de julio de 1940, para examinar los nuevos problemas. Leopoldo Melo, el representante argentino, era un hábil negociador y confirmó la posición neutralista de la Argentina con menos elocuencia y más astucia, en un ambiente de gran cordialidad.

La segunda etapa, más grave, se abrió después del bombardeo de Pearl Harbour, por los japoneses, el 7 de diciembre de 1941. La nueva Conferencia Panamericana se reunió en Río de Janeiro en el mes de febrero de 1942 y sólo contribuyó, por una mutua falta de tacto, a profundizar las diferencias. Cordell Hull, con los rayos del Sinaí en los puños, exigía que los estados latinoamericanos declararan dócilmente la guerra al Eje, y el Canciller argentino Enrique Ruiz Guiñazú, que no simpatizaba con los países anglosajones y creía en el triunfo militar de Alemania, pretendía limitarse a una declaración de no beligerancia.

El hecho de que los Estados Unidos se negaran a admitir, con sus barreras aduaneras, los productos de la América Latina y en cambio le reclamaran la sangre de sus soldados para ayudarlos en su guerra, encerraba un contrasentido demasiado visible y molesto.

Era además natural que el pueblo argentino, con una gran colonia italiana, no deseara intervenir en una guerra extraña, entre países divididos por odios seculares y gobiernos frívolos y verbosos. Particularmente el Presidente Castillo deseaba evitar compromisos, que luego servirían de pretexto para no pagar las ventas argentinas de alimentos a los aliados.

En esta etapa, los funcionarios argentinos no tuvieron la habilidad diplomática indispensable para capear la tormenta, como supieron hacerlo en su momento el Ministro Melo y el Embajador Felipe Espil. El cierre de los escasos diarios partidarios del Eje, el bloqueo de unas pocas empresas pertenecientes a los súbditos alemanes y otras banales medidas policiales, hubieran bastado para desautorizar a los impacientes diplomáticos norteamericanos, pero heridos por

sus diatribas, sólo atinaron, por reacción, a endurecer su neutralismo y a replicar en un tono parecido [59].

Con el acostumbrado espíritu romántico y el total olvido de las realidades, la Cancillería no calculó la influencia de los factores políticos ni el volumen del elefante en la cristalería, y el General Ramírez, sin capacidad de maniobra, se resignó a romper, de mala gana, las relaciones diplomáticas con el Eje, el 26 de enero de 1944, y el Coronel Perón declaró, con desparpajo, la guerra a Alemania y al Japón, ya vencidos, el 27 de marzo de 1945, en medio del bochorno general [60].

Fueron igualmente insensatos los diplomáticos norteamericanos como Hull y Morgenthau, curiosos ejemplares del nazismo yanki, cuando se proponían bombardear la ciudad de Buenos Aires, con aviones brasileños tripulados por mercenarios norteamericanos y que apenas pudieron ser detenidos por Gran Bretaña, inquieta por la suerte de sus empresas en la Argentina [61]

Esos mismos funcionarios resentidos por el fracaso de sus planes y la pérdida de prestigio electoral, organizaron un rencoroso boicot económico y financiero contra la Argentina "para dar una lección" a los estados rebeldes del sur, consolidar su hegemonía y desplazar a Gran Bretaña de los mercados latinoamericanos, a riesgo de sumir en el hambre la Europa devastada por la guerra [62].

El boicot costó a la Argentina 100 mil millones de dólares. Una política internacional fatua, que no había sabido tratar con el elefante, daba sus rancios frutos, tanto menos disculpables, cuando tenía al lado el ejemplo del Brasil,

59 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 65.

60 FERRARI, *Esquema*, 81.

61 ESCUDÉ, 14, 250; la historia muestra otra vez que la intoxicación del poder produce las mismas perturbaciones en los más distintos personajes, el piadoso Hull estaba resuelto a bombardear una ciudad abierta y a matar mujeres y niños, en homenaje a la libertad y a la democracia, como otro Ministro de Relaciones Exteriores lo había hecho poco antes en Varsovia. ¡Dios nos libre de los fanáticos!

62 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 68.

que con discursos tropicales salió del paso y obtuvo "ventajas increíbles" [63].

Se pronunciaba la decadencia de nuestra política internacional, afloraba el desconocimiento de los factores decisivos que influyen en el mundo actual, de los permanentes intereses argentinos, en las perspectivas futuras.

4. — Por causa del olvido de los factores geopolíticos, el año 1971 fue funesto para la política internacional argentina. Además del absurdo compromiso arbitral del 22 de junio de 1971 con Chile, dos meses después celebró con Gran Bretaña el acuerdo del 12 de agosto para el abastecimiento de las islas en poder del Imperio [64].

Como el gobierno británico no sabía en qué forma solventar los gastos que le insumía el mantenimiento de las islas, sus diplomáticos con su conocida habilidad, se propusieron obtener la colaboración del gobierno argentino "por un deber de humanidad y buena vecindad" [65].

Era elemental que el gobierno argentino se negara, por el contrario, a prestar cualquier auxilio al propio estado que usurpaba una fracción de su territorio, hasta que reconociera su soberanía.

La maniobra de los funcionarios británicos fue muy sencilla, hicieron reverberar ante los diplomáticos argentinos el espejismo lejano e hipotético de que obtendrían la soberanía a cambio de la apertura de las comunicaciones

63 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 72.

64 "Anales de Legislación" 1972-B, 1738.

65 El estado de la economía inglesa es alarmante, el producto bruto anual de los Estados Unidos asciende a 3628 mil millones de dólares, el de Japón a 1234 mil, el de Alemania Occidental a 616.000, el de Francia a 497.000 y el de Inglaterra apenas a 426.000. La desocupación alcanza a 3.400.000 obreros, el aumento de la criminalidad cuesta anualmente cuatro mil millones de libras y más de mil vidas. El déficit del balance fiscal de Gran Bretaña para el año 1985 fue de 10.500 millones de libras y el mantenimiento de las islas le cuesta 600 millones de libras anualmente, "La Prensa", 10 de abril de 1984, RENÉ ELVIN, *Cartas de Londres*, "Revue de Deux Mondes", abril y julio de 1985, 248; el nivel de vida es inferior al de Italia, su antes famosa industria ha envejecido, para hacer un automóvil necesita 70 horas de trabajo, cuando en Alemania Occidental bastan 35 horas y 18 en el Japón.

que necesitaban premiosamente y los diplomáticos locales, con una buena fe pocas veces vista, lo creyeron sin exigir previamente la fijación de fechas, ni garantías concretas.

Fue así como el gobierno argentino montó gratuita y gentilmente un servicio aéreo a Puerto Stanley, aprovisionó las islas de gas, combustibles líquidos y lubricantes, organizó los servicios postales y la documentación individual, cooperó con los servicios agrotécnicos, médicos, sanitarios y educacionales, llevó a los enfermos a operarse a Bahía Blanca, compró ganado ovino para el Frigorífico CAP de Puerto Deseado y hasta organizó el turismo. Según el lema británico era *"to get something for nothing"*, de la soberanía ni se volvió a hablar [66].

Esto permitió a los gobernantes británicos respirar y mantenerse cómodamente en las islas con la ayuda del propio gobierno argentino.

No concluyeron las contradicciones de nuestra Cancillería, cuando los trámites ante la ONU eran promisorios y no existían motivos para salir de ese ámbito, el 2 de abril de 1982 la población de Buenos Aires se despertó sorprendida con la noticia de que un destacamento argentino había desembarcado en las islas Malvinas.

Sólo el imprudente desconocimiento de las elementales normas de la geopolítica y del ambiente internacional, explica una operación romántica, mal planeada, sin tropas adiestradas, sin armas suficientes, sin aliados, con todos los hados en contra [67].

Para mayor desventura fallaron los servicios de asesoramiento de la Cancillería, nadie, nadie levantó una bandera colorada de alarma, ante tamaños errores y la inminente catástrofe.

El Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca, aprobado por la Conferencia Internacional para la Paz y la Seguridad Continental en Río de Janeiro el 2 de septiembre

66 ADOLFO HOLMBERG, *¿Cree Ud. que los ingleses devolverán las islas Malvinas? Yo no*, 1977, 112; FRAGA *La Argentina*, 115, 118.

67 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 96.

de 1947, de carácter principalmente defensivo era difícilmente aplicable a este caso y el Consejo de Seguridad de la ONU, que no quería complicaciones en un mundo temeroso y sensible, a pesar de los cálculos de la Cancillería, exigió al día siguiente 3 de abril, por la Resolución 502, el inmediato retiro de las tropas [68].

El resultado fue gravemente negativo: primero, hizo aparecer a la Argentina como un país insólitamente agresor; segundo, llevó a la Argentina a su primera derrota histórica en una guerra internacional; tercero, costó innecesariamente la vida de dos mil jóvenes que merecían mejor suerte; cuarto, causó ingentes pérdidas en materiales, bienes, barcos y armamentos por más de 12 mil millones de dólares, con lo que se hubiera podido construir hospitales, casas y escuelas; quinto, indujo al declinante Imperio Británico a convertir unas islas abandonadas "de baja prioridad" en una fortaleza; sexto, endureció las posiciones y exigirá cincuenta años para recuperarlas, cuando estaban al alcance de las manos; séptimo, debilitó nuestra posición en el Cono Sur frente a los reclamos chilenos y su consecuencia más inmediata fue la capitulación del Beagle; octavo, ha afectado nuestro prestigio en el mundo internacional y ha precipitado a la Argentina del sexto lugar que ocupaba en la escala mundial al fondo del Tercer Mundo, como un país "imprevisible" [69].

No fueron más capaces los funcionarios norteamericanos, cuando tenían la oportunidad de actuar con gran lucimiento, como amigables componedores, acuciados por el afán de hegemonía y el rencoroso fantasma de Hull, dieron toda clase de ayudas a las fuerzas Imperiales y quebraron, como lo han hecho tan a menudo, la solidaridad americana y su prédica anticolonialista. No paró allí su extravío y las insensatas declaraciones del Secretario de Defensa Gaspar Wein-

68 FRAGA, *La Argentina*, 200, 262; GARCÍA GHIRELLI, *Tratados y documentos internacionales*, 1984, 174, 863.

69 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 109; GUGLIALMELLI, "Estrategia", Nº 57, 13, en América hemos caído al cuarto lugar después de Brasil, México y Venezuela.

berger "apoyaremos a Gran Bretaña hasta el final" causará un enorme daño a las empresas de sus conciudadanos en la América Latina, para solaz de sus competidores.

Alberdi ante un conflicto semejante, distinguió hace años, con toda claridad, la función política de la función militar. "La gloria del soldado se encierra entera en el desempeño heroico y leal de su mandato militar, por absurdo e injusto que el objeto de su desempeño fuere. No responde el militar del error del político. Un mismo acontecimiento puede a la vez valer al Ministro que lo decrete un presidio y al soldado que lo lleva a cabo una estatua." [70]

Los distintos proyectos de la Cancillería para resolver el problema de las Malvinas, carecen de precisión y de realismo. Pretender el abierto apoyo de España y sobre todo de Francia, más allá de una declaración dubitativa o de un voto intrascendente en la ONU a cambio de alguna ventaja comercial trascendente, es otra ilusión de los actuales concejeros [71]

La Conferencia reunida en la Universidad de Maryland, en el mes de febrero, con la asistencia de algunos ciudadanos de buena voluntad, es otro ejemplo de las limitadas posibilidades efectivas de esas pláticas [72].

Parten del supuesto de que la actual situación "es inaceptable" lo que es un error, pues puede prolongarse por muchos años. Pero se reconoce que "los costos" del mantenimiento de las islas son abrumadores para la Gran Bretaña y que le es altamente conveniente eliminar " las restricciones a los movimientos", es decir retornar al candoroso régimen de 1971 y que la Argentina vuelva a ayudarla para mantenerlas en su poder. Las preocupaciones porque se declare la conclusión de las hostilidades, a fin de que los barcos británicos puedan recalar en la costa argentina y aprovisionar cómodamente las islas es volver al *"to get something for nothing"*. El gradual restablecimiento de la confianza entre

70 ALBERDI, *O. C.*, t. VII, 152.
71 "La Prensa", 4 de julio de 1985.
72 "La Prensa", 20 de julio de 1985.

la Argentina, la Gran Bretaña y "los isleños" es otro verbalismo, porque las buenas relaciones entre los dos países se prolongaron por más de 170 años y la única nube ha sido precisamente la usurpación de las islas argentinas. Si el gobierno británico las devuelve, todo se arreglará instantáneamente y mientras no se devuelvan, no habrá arreglo posible por más "charlas y exámenes" que se propongan. No hay necesidad de "futuras exploraciones de opciones", porque hay una sola opción que es la devolución de las islas.

La participación de los kelpers, en vías de una natural extinción, es un escapismo, porque como intrusos, nada tienen que opinar. Los paralelos históricos se repiten y los funcionarios británicos se preocupan tan patéticamente por el futuro de los kelpers, como Hitler se preocupaba por el futuro de los sudetes, es siempre la intoxicación del poder que lleva al anonadamiento de los principios jurídicos y de la convivencia amigable en el mundo occidental.

Los funcionarios británicos parten además de una notable falta de información, porque los auténticos pobladores de las islas, no son los actuales kelpers, sino los compañeros del Gobernador legítimo de las islas Luis Vernet, que fueron desalojados a punta de cañón por la Corbeta inglesa "Clio", en 1833 y que hoy son los únicos que pueden invocar el título jurídico de habitantes, de buena fe. Si los funcionarios británicos fueran lógicos deberían devolver rápidamente las islas a sus descendientes, con las debidas excusas.

Estas reuniones, como la gira de algunos legisladores, implican una intromisión en la órbita de la Cancillería, en un capítulo particularmente delicado, donde los entusiasmos sentimentales suelen causar serios perjuicios. Por añadidura, discutir con una señora no es de buena educación y cuando está a punto de jubilarse es una pérdida de tiempo.

Las recientes gestiones de nuestro Canciller, en París, para lograr el apoyo de su colega Roland Dumas en el problema de las Malvinas, fueron declinadas, como era de esperarse, en nombre de la solidaridad europea y en la misma forma Italia descartó la posibilidad de actuar como interme-

diaria, molestos rechazos que pudieron evitarse, con una mejor exploración de la Cancillería [73].

La postura de los gobernantes británicos es infantil, porque las islas están en nuestra casa, forman parte del territorio geográfico argentino, a 20.000 km. de distancia de la ciudad de Londres. Es comprensible que los jóvenes segundones británicos, sin trabajo en su país, se instalaran en las tierras desiertas de África y enseñaran a sus tribus a bañarse y a usar las vacunas y hasta que les compraran a un precio barato los colmillos de los elefantes. Pero de ahí a apoderarse de las tierras de un estado amigo, como era la Argentina, con quien estaban ligados por el Tratado de 1825 y expulsar a sus legítimos habitantes, hay un ancho trecho, y seguramente sus descendientes deben ponerse colorados, cuando leen el Evangelio, los domingos en sus templos.

Es otro ejemplo de las fuerzas geopolíticas, los británicos ahogados en su país, como los hunos y los visigodos en la antigüedad, como los alemanes y los chilenos en los años modernos, se lanzaron desde hace cuatro siglos a ocupar tierras ignotas a fin de comer y vivir.

Correlativamente, cuando la presión demográfica no encuentra una salida de escape al exterior, aumenta la presión interna y se producen los estallidos, las revoluciones que despedazan las sociedades, en busca de un alivio.

Pero si esto explica físicamente las causas originarias, no es una excusa moral para las usurpaciones y a esta altura de nuestra pretenciosa civilización es volver al clima de asaltos y violencias propias de las tribus caníbales.

El mejor camino para llegar a una solución satisfactoria, es mantener la cuarentena de las islas, congelar sus comunicaciones con la América del Sur, hasta que el gasto de su mantenimiento se vuelva insoportable, como sucedió en la India. Los gobiernos británicos son realistas y cada vez más afligidos por la desocupación y las huelgas, los motines raciales, la caída de la libra, la falta de hospitales, escue-

[73] "La Nación", 21 de julio, 9 de septiembre de 1985.

las y caminos en su propio suelo, después de pesar las ventajas y los inconvenientes, cambiarán de opinión.

La solución es sencilla y consiste en que Gran Bretaña devuelva la islas sin condiciones y en cambio la Argentina le conceda una base naval, en una fracción determinada, por el plazo de 50 años.

Las declaraciones del Canciller, del día 10 de julio de 1985, con motivo del levantamiento de la prohibición británica, que pesaba sobre las importaciones argentinas, fueron excesivamente difusas y concesivas.

Será un grave error repetir, esta vez sin disculpas, "la gaffe" de 1971, mezclar el punto de la soberanía con los demás puntos "laterales" que puedan proponer los funcionarios británicos. No hay que mezclar las antilogias, las consecuencias serían las mismas, Gran Bretaña volvería al régimen de 1971, a la libertad de tráfico y de comercio con el Continente, gracias a la cándida colaboración de los funcionarios argentinos y la definición de la soberanía se prolongaría, entre tazas de té y vasos de whisky, en un cortés ejercicio de retórica, por cien años más.

Es lo que propone otra vez el señor Neil Kinnock, en la reunión celebrada con el Presidente Alfonsín el 18 de septiembre: volver al régimen de 1971 y postergar la discusión sobre la soberanía indefinidamente [73 a].

El reconocimiento previo de la soberanía argentina es pues el requisito ineludible, los demás puntos "laterales" si subsistieran, serían fácilmente solucionables, con beneficio para ambas partes, a posteriori [73 b].

73 a "Buenos Aires Herald", 22 de septiembre de 1985.

73 b "La Nación", 28 y 29 de noviembre, "La Prensa" 30 de noviembre y 5 de diciembre de 1985, la elusiva resolución de la Asamblea de la ONU del 27 de noviembre, es otro penoso contraste de nuestra Cancillería, porque al suprimir la mención de la soberanía se la ha despojado de todo contenido y sólo se logrará tratar los puntos que les interesen a los funcionarios británicos, como lo han expresado francamente el Canciller Howe y la Baronesa Young, con el riesgo de retornar por falta de firmeza al régimen de colaboración de 1971. *Causer n'engage a rien*, dice un proverbio francés y esto explica algunos votos inofensivos. Complacerse con los verbalismos es otro de los errores de nuestra diplo-

Nuestra Cancillería debe cuidar por sobre todo, de ganar la altura, recalcar el sentido moral, particularmente moral y político, del reclamo y con la mayor cortesía colocar a la Gran Bretaña frente al recuerdo del golpe de mano del 2 de enero de 1833, como un país insólitamente agresor contra un estado amigo, que no trepida en atentar contra los principios jurídicos, que son el respaldo de la paz en el mundo.

Bastará esperar que el tiempo y los gastos, la parábola de las corrientes mundiales trabajen a favor de la Argentina. Talleyrand decía que en las relaciones internacionales no hay que hacer hoy lo que se puede hacer mañana.

El valor estratégico de las islas, tantas veces mencionado en el pasado, como la llave del Atlántico Sur, es actualmente nulo, porque en el caso de un conflicto bastará el disparo de un submarino de las Repúblicas Socialistas para arrasarlas con todos sus habitantes e instalaciones y reducirlas a cenizas.

En cuanto a los kelpers son apenas 1.700 y no pueden oponerse a los deseos de 27 millones de argentinos y de 52 millones de británicos. Simples empleados de la Falkland Island Company, si quieren quedarse en las islas disfrutarán de mayores ventajas para comerciar con el continente y de distintas posibilidades para adquirir propiedades y progresar, de las que actualmente carecen en el carácter de lejanos súbditos de ínfima condición. Y si prefirieran irse bastará pagarles el pasaje y hasta una pensión, con los más sinceros votos de un ¡buen viaje! [74]

Otro error de nuestros funcionarios es protestar por las obras que Gran Bretaña realiza con un costo abrumador, en las islas, cuando deberían por el contrario alentarlas porque el estado de las islas, abandonadas en el atraso y en la miseria colonial, sin caminos y servicios públicos, es deplorable. Es pues conveniente que construyan caminos, hospitales, hoteles, escuelas, pistas de aterrizaje, para que las devuelvan en buen estado.

---

macia, falta el reconocimiento irreemplazable y claro de la soberanía argentina y la censura de la usurpación.

[74] "La Nación", 11 de julio de 1985; MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 98; HOLMBERG, *¿Cree Ud. que los ingleses nos devolverán las islas?*, 112.

5. – Un claro ejemplo de la falta de objetivos coherentes en nuestra política exterior, aparece en el caso de Nicaragua. En 1981 el gobierno argentino envió asesores militares a Nicaragua, para apoyar al gobierno del General Somoza, contra los ataques de las guerrillas marxistas, que actuaban bajo la bandera de Sandino y ahora, al poco tiempo, el nuevo gobierno argentino traba "relaciones muy estrechas" con sus recientes enemigos.

El cambio de objetivos, en tan poco tiempo, revela de una manera llamativa, la falta de un análisis consistente en los servicios de la Cancillería y la influencia perturbadora de las corrientes políticas [75].

Con una extraña generosidad, el gobierno argentino le dona al gobierno sandinista 39 mil toneladas de maíz, le abre un crédito de 45 millones de dólares, que tanto necesitamos, con intereses blandos y anuncia públicamente la partida de 200 jóvenes comunistas "la brigada del café" para apoyarlo. Envía una numerosa delegación a La Habana, presidida por un ex presidente del Banco Central, para asistir a una reunión convocada por Fidel Castro, con el fin de impugnar el pago de los créditos de los bancos norteamericanos y recibe en Buenos Aires cordialmente a los funcionarios y legisladores cubanos. ¡Otros tantos tirones de la cola del elefante, probablemente para ver si se enoja en serio [75 a].

Más graves todavía son las contradicciones de fondo. En primer lugar nos enrola al lado de un gobierno lejano, que nos es ajeno y con el que nada tenemos que ver. En segundo lugar permite que los reflejos sentimentales de algunos funcionarios se sobrepongan a los intereses nacionales y a nuestra propia seguridad. En tercer lugar el gobierno argentino que se dice ser democrático y occidentalista, se constituye en aliado de un gobierno totalitario, desdeñoso de los derechos humanos y ligado intelectual y militarmente con las Repúblicas Socialistas. En cuarto lugar identifica arbitrariamente

[75] "La Nación", 7 de enero, 16 de abril, 1º de agosto de 1985; "La Prensa", 17 de mayo 1985.

[75a] "La Nación", 8 de septiembre de 1985, el discurso del canciller en Luanda. "La Prensa" 6 de noviembre de 1985; ¡un nuevo adelanto!

al pueblo nicaragüense con un gobierno ocasional, que pretende utilizarlo, para instalar otra fortaleza soviética en América. En quinto lugar hostiliza la política de los funcionarios norteamericanos, que saben muy bien que si le dejan las manos libres al actual gobierno de Nicaragua, pronto arderá toda Centro América. En sexto lugar pretende erigirse en juez del concepto que tengan los funcionarios norteamericanos de las cuestiones atingentes a su propia seguridad. En séptimo lugar formula mortificantes críticas a la política internacional norteamericana, al mismo tiempo que solicita, con incongruentes visitas, no siempre alentadoras, su ayuda financiera. En octavo lugar invoca el principio de no intervención en contra de los antecedentes argentinos y las guerras de la Independencia [76].

En este último caso, nuestra Cancillería, siempre romántica, avanza sin necesidad en un terreno minado, que sólo puede causarnos disgustos superfluos.

El olvido de los principios fundamentales de la geopolítica fue la causa de las sucesivas decepciones de nuestra Cancillería, el Club de Deudores que intentó fundar en Cartagena fue categóricamente rechazado por Méjico y el Brasil, el apoyo de la democracia social, en que tanto confiaba, no pasó de unas evasivas palabras de etiqueta, el deseo de encabezar las naciones latinoamericanas y luego del Tercer Mundo cayeron en el vacío, con una molesta pérdida de prestigio [77].

Para colmo de las confusiones, el grupo de la isla Contadora, formado por Méjico, Colombia, Venezuela y Panamá les cerró las puertas a los funcionarios argentinos, que tanto lo habían elogiado, dejándonos en una postura "desairada" [78].

La resolución de los gobiernos de Estados Unidos y de

76 "La Prensa", 4 de mayo de 1985; FLORENTINO DIAZ, *Importancia geopolítica del Caribe*, "Estrategia", Nº 70, 33.

77 JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, *La aplicación directa del ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena*. "Integración Latino Americana", Nº 98; "La Nación", 1º de junio de 1985.

78 "La Prensa", 22 de mayo; "La Nación", 24 y 29 de agosto de 1985, apenas pudo ingresar al grupo Lima.

Gran Bretaña de bloquear en Israel la entrega de 12 aviones de combate Skyhawk, vendidos a la Argentina, es otro ejemplo de los inconvenientes de tirar de la cola del elefante. ¿Qué más podían ingenuamente esperar? [79]

En esta procelosa historia, salvo algunas elogiables excepciones, nuestra diplomacia se ha desenvuelto en un ambiente lunar, sin estimar la posición geográfica de la Argentina en el continente, la fuerza de las armas, el espíritu de los estados que la rodean, las amistades y los resentimientos, los lazos comerciales y financieros, persiste en creer románticamente en la trascendencia de los discursos y los resultados han sido desilusorios.

79 "La Nación", 28 y 31 de agosto; "La Prensa", 31 de agosto de 1985 y por añadidura se abonan 360.000 dólares mensuales de estadía, que suman en la actualidad más de 13 millones de dólares, suficientes para aliviar las penurias de algunas provincias, los errores de nuestra Cancillería son por demás costosos.

Capítulo II

LA GEOPOLÍTICA

1. Los doctrinarios. 2. La geopolítica alberdiana.

1. — Las doctrinas de la geopolítica tienen, bajo distintos nombres, más años de los que se supone y han influido a menudo sobre muchos gobernantes en sus aciertos y en sus errores.

Carlos V creyó que era dueño de un Imperio donde no se ponía el sol y que le bastaba la plata de Potosí para ostentar el cetro del mundo de sus días. Gran Bretaña, con el amor celoso por las islas, plantaba los jalones del comercio mundial. Estados Unidos, con la ambigua doctrina de Monroe, pretende convertir los países latinoamericanos en un inmenso campo para sus exportaciones de máquinas y mercaderías y el Imperio de los nuevos Zares, más inteligente, avanza implacable las piezas de su ajedrez, Afganistán, Irak, próximamente la Arabia, hasta apoderarse de los pozos petroleros y llegar al mar de Omán, el viejo sueño de los Romanov.

La geopolítica es el estudio de las relaciones del hombre con la naturaleza, de su marco geográfico y de las leyes de la expansión de los estados, que se mueven impulsados por las necesidades de mayores espacios, cosechas, minerales y combustibles.

No es sin embargo, a pesar de su importancia, el único factor de los grandes cambios; confluyen con una fuerza, a menudo decisiva, el carácter y la instrucción de los pueblos, su grado de inteligencia y su aparato industrial y económico.

Entre los primeros expositores de la geopolítica se menciona a Tucídides (460-398 AC), a Polibio (206-128 AC), y más tarde a Jean Bodin (1530-1596).

Las bases de la geopolítica, la influencia del suelo y del clima sobre la vida y la costumbre de los hombres, fueron expuestas con galana claridad por Montesquieu en *El Espíritu de las Leyes,* publicado por primera vez en Ginebra el año 1748, sin nombre de autor.

Montesquieu señala detalladamente la forma en que el clima gravita sobre el espíritu, las pasiones, el corazón y el carácter de los pueblos. En los climas del norte el amor físico es apenas sensible, y en cambio, en los climas tropicales, se ama el amor por sí mismo. En los climas del norte, los placeres de los pueblos son la caza, los viajes, las guerras y el vino, y a medida que se desciende hacia el sur y aumenta el calor, decrecen sus fuerzas y cunde la pereza. En la época del Imperio Romano, los pueblos del norte de la Europa vivían un estado primitivo y sus armas eran simples, pero se mantenían en sus hogares, con una admirable constancia, hasta que les llegó la oportunidad de salir de los bosques y destruir el Imperio Romano [1].

Enseña además que los grandes calores enervan la fuerza y la valentía de los hombres, y en cambio, los climas fríos les confieren una mayor energía espiritual y física que los hace capaces de empresas audaces y penosas. La esclavitud sólo se arraiga en los climas cálidos, y al contrario, los pueblos que habitan en los climas fríos pugnan por conservarse libres [2].

Agrega que los pueblos que habitan tierras muy fértiles se someten más fácilmente a los invasores y los que habitan tierras montañosas luchan porfiadamente para conservar sus bienes y la libertad [3].

La aridez de las tierras hace a los hombres industriosos, sobrios, endurecidos por el trabajo y valientes para la gue-

1 Ed. Garnier, 1877, Tercera Parte, *Libro XIV*, 145.
2 *Libro XVII*, 238.
3 *Libro XVIII*, 254.

rra, ya que deben procurarse de cualquier modo aquellas riquezas que la tierra no les brinda. La fertilidad de un país les da en cambio a los pueblos, junto con las comodidades, la blandura del carácter y el amor por la conservación de una vida regalada, sin luchas ni esfuerzos [4].

Posteriormente, las doctrinas geopolíticas fueron difundidas especialmente como programas de expansión imperial por el Almirante norteamericano Alfred Thayer Mahan (1840-1914), profesor en la Escuela Naval de Newport, quien publicó en 1890 *La influencia del poder naval en la historia*; por Federico Ratzel (1847-1904), profesor en las Universidades de Munich y Leipzig, autor de una *Geografía de los Estados, del comercio y de la guerra*, donde propiciaba la lucha en busca de los espacios verdes y de las colonias; por Harford John Mackinder (1861-1947), profesor de Geografía en la Universidad de Londres y miembro del Parlamento, quien publicó en 1943, *El mundo redondo y la conquista de la paz*; por John Rudolf Kjellen (1864-1922), profesor en las Universidades de Hupsala y Gotemburgo, discípulo de Ratzel, quien escribió en 1918, *El Estado como forma de vida* y enseñaba que las cúpulas de los ejércitos debían transformarse en academias científicas, por el General Karl Haushofer (1869-1946), profesor en Geografía, Geología e Historia en la Universidad de Munich, quien fundó en 1924 una "Revista de Geopolítica" y anunció en 1927 *La importancia geográfica y política de las fronteras* [5].

Más tarde aparecieron los tratadistas franceses Hillion y Vallaux; en Inglaterra Fairgrive y en los Estados Unidos Hartshorne, y una numerosa literatura a menudo sectaria, bastante responsable de los estragos causados por las últimas guerras.

Los tratadistas alemanes desenvolvieron la doctrina del espacio vital y de los mapas dinámicos que consideraban in-

[4] *Libro XVIII*, 259.

[5] J. VICENS VIVES, *Tratado general de geopolítica, el factor geográfico y el proceso histórico*, 1891; RATZER, KJELLEN, MACKINDER, HAUSHOFER, HILLION, WEIGERT, SPYKMAN, *Antología Geopolítica*, 1975.

dispensables, para que sus pueblos pudieran progresar sin las vallas que los oprimían y justificar sus conquistas territoriales. En cambio los gobernantes anglosajones idcaron la teoría de los mercados para santificar, con la ayuda de los pastores protestantes y la influencia de las finanzas, la expansión de los países desarrollados sobre algunos países atrasados y así le arrebataron a México la mitad de su territorio para ayudar a su progreso social.

Europa en 10 millones de kms² encierra una población de 525 millones de habitantes; América, con 40 millones, aloja 198 millones de habitantes; Asia con 45 millones tiene a su vez 1.160 millones de habitantes, y África, con 30 millones, tiene 163 millones de habitantes torturados por las enfermedades, las sequías y el hambre y dramáticas perspectivas futuras [6].

Los imperios coloniales han sido reemplazados paulatinamente por la disputa de los mercados, para el avance de las grandes industrias y el desarrollo de las nuevas tecnologías.

Se formaron los bloques de Estados Unidos y de Inglaterra; del Mercado Común Europeo; el Comecon de Rusia y sus satélites; de China y después del Tercer Mundo con las viejas colonias liberadas, balanceados por las alianzas militares de la NATO, del Pacto de Varsovia, de la RAU, las Repúblicas de la Arabia Unida y del Sud Este asiático, divididos por ideologías fanáticas y bajo la sombra terrible de los cohetes atómicos.

Bismarck sostenía que quien dominase el cuadrilátero de Bohemia, dominaría Europa, y de allí al mundo. Mackinder llamaba la Isla Mundial a la masa geográfica de Europa, Asia y África y aseguraba que quien poseyera el corazón de esa masa o sea la Europa Oriental, dominaría con el tiempo la isla y de ahí al mundo. En nuestros días, algunos estrategas anuncian que la unión, actualmente conflictiva, de Rusia y China, sometería irremisiblemente a los

6 PIERRE CELERI, *Política y Estratégica*, 1979, 12, 75.

demás continentes por su población, recursos y ventajas geográficas [7].

Sin embargo, el juego de estos bloques varía de generación en generación, de siglo en siglo; las alianzas se hacen y se deshacen, poco hay de estable en el mundo internacional, las doctrinas de Bismarck, como la de tantos otros, son en la actualidad una curiosidad para eruditos.

En nuestros días no se pueden tratar los problemas de la política o del comercio internacional sin conocer la posición geográfica de cada país, sus recursos, sus adelantos y sus compromisos.

2. — Alberdi tiene el mérito de haber expuesto, con bastante anticipación y claridad, el mecanismo del desenvolvimiento de la civilización en la América, dentro de un marco geográfico característico, que condicionaba los proyectos de reorganización institucional, del progreso y del bienestar de las poblaciones, desperdigadas en los desiertos infinitos del Virreinato.

La geopolítica alberdiana estaba basada en cuatro principios:

a) Romper la ley del embudo, la ley de Rosas, que aplicaba Buenos Aires por su posición geográfica sobre las provincias, para monopolizar el comercio de extranjería, los recursos del país y las finanzas nacionales, que todavía hoy subsiste.

b) Unir y proteger los estados de la Cuenca del Plata, la Banda Oriental, el Paraguay, Bolivia y al Perú contra los avances del Imperio de los Braganza, impulsado hacia el sur por la ley del sol.

c) Poblar los desiertos con inmigrantes europeos bien instruidos, que serían los elementos más capaces para desarrollar las industrias, cultivar los campos y fortalecer al país.

[7] E. B. HAAS, *Partidos políticos y grupos de presión en la integración europea*, 1966, 181.

d) Abrir los ríos para comunicar a los pueblos del interior con los puertos a fin de que pudieran exportar libremente los frutos de la tierra y disponer de las comodidades europeas y de la cultura, construir los ferrocarriles que debían unir al país con sus brazos de hierro y suprimir las distancias.

El desierto fue para Echeverría un tema poético, para Sarmiento un tema novelesco y para Alberdi la dramática inspiración de las reformas, que podrían aplicarse para aliviar la pobreza e impulsar el progreso.

En la *Memoria sobre la conveniencia y objeto de un Congreso General Americano* presentada en la Facultad de Leyes de Santiago el 12 de noviembre de 1844, señalaba el malestar político y económico que afligía a los pueblos de Sudamérica, desde que se había derrumbado el antiguo edificio colonial y aconsejaba convocar a un Congreso de los países de origen hispánico para remover los principales impedimentos [8].

El primer objetivo de este Congreso debía ser el arreglo de los límites que podrían separar los territorios de los nuevos estados, porque "la América estaba mal hecha". Afirmaba que era necesario recomponer su carta "geográfico-política", romper el aislamiento de los pueblos mediterráneos sin puertos y abrirles el paso a la civilización europea. Era preferible instaurar un equilibrio armónico de las riquezas, de la navegación y del tráfico entre las distintas regiones, antes de bregar por el predominio de las fuerzas militares, que serían el germen de nuevos conflictos [9].

La geografía física del continente había establecido las fronteras naturales en los ríos, las montañas y los accidentes naturales y al respetarlas se mitigaban las rivalidades vecinales y militares. El medio más eficaz de fortalecer el equilibrio continental no residía en el volumen de las fuerzas

8 ALBERDI, *O. C.*, t. II, 309, 408; *E. P.*, t. III, 109; *Reconstrucción geográfica de la América del Sur.*

9 ALBERDI, *O. C.*, t. II, 393, 395; *E.P.*, t. III, 118; *La geografía política*, 121, 180; t. IV, 548; t. XI, 168, 170.

armadas o en la extensión de los territorios, sino en la colaboración del comercio, de la navegación y del tráfico entre los estados, de la santa guerra de las industrias y de los afanes de mayores riquezas [10].

Esto muestra que ya en el año 1844, Alberdi tenía una precisa visión de los problemas "geográfico-políticos" y de su influencia en la vida institucional y en el bienestar general.

Señalaba con insistencia que el mal de América era la pobreza, la falta de poblaciones y el atraso; sus enemigos estaban encerrados dentro de ella, en los desiertos, las rutas y los ríos encadenados y las costas inhóspitas. Pedía la abolición de las Aduanas interiores y la construcción de una vasta red de carreteras internacionales que fortalecieran los lazos y los intereses comunes. Los pueblos de América habitaban un desierto infinito y era imperativo disipar la soledad, poblar un mundo vacío, para promover la prosperidad de las nuevas naciones [11].

Veía en la Europa una garantía para la seguridad y el adelanto de los estados americanos. Denunciaba con indignación que por la culpa de los malos gobiernos y de la anarquía, la Confederación había perdido en cincuenta años dos tercios de su territorio: el Alto Perú, el Paraguay, las Misiones, Montevideo y el Estrecho de Magallanes. Rechazaba enfáticamente la doctrina de Monroe porque se oponía a la influencia civilizadora de la Europa para facilitar la hegemonía comercial norteamericana en los países del sur [12].

La doctrina geopolítica estaba allí claramente expuesta antes de que se hiciera famosa en los círculos universitarios europeos. El programa obligado de todo gobierno americano consistía en combatir al desierto, arraigar en sus páramos poblaciones cultas, expandir los sembradíos, abrir caminos y puertos, alentar el comercio y las artesanías locales

10 ALBERDI, *O. C.*, t. II, 395.

11 ALBERDI, *O. C.*, t. II, 396, 398, 399; 404, 406, 410, 414.

12 ALBERDI, *E. P.*, t. IV, 520, 600, 609, 616, 623; t. VII, 133, 172, 265; *O. C.*, t. II, 408.

y la cooperación entre los distintos estados de la América hispánica [13].

Casi diez años después en las *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina derivadas de la ley que preside el desarrollo de la civilización de América del Sud*, publicadas en Valparaíso en el mes de mayo de 1852, expuso los principios fundamentales de la geopolítica aplicables en los desiertos sudamericanos. La geografía se imponía, las distancias y la soledad eran los factores agobiantes que era indispensable disipar para impulsar el progreso de los estados americanos. Abogaba por la abolición de las tercas restricciones del régimen colonial y por la radicación de las poblaciones europeas, el desenvolvimiento del comercio, de las industrias, la libertad de los ríos para poblar los campos del interior y hacer que la luz del mundo penetrara en todos los ámbitos para "sacar a la América emancipada del estado oscuro y subalterno en que se encuentra" [14].

En una definición célebre decía que la patria era la libertad, el orden, la riqueza, la civilización organizada en el suelo nativo bajo su enseña y en su nombre. Sin grandes poblaciones, la cultura no se podía desarrollar, ni se lograría un considerable progreso; todo sería mezquino y pequeño. Con un millón de habitantes en un territorio de 200.000 leguas, la República Argentina no tenía de nación sino el nombre; gobernar era poblar.

Más tarde acusó con insistencia al monopolio aduanero de Buenos Aires, asentado en la peculiar conformación geográfica de la Confederación, de ser la causa de las revueltas políticas que tanto habían demorado la organización constitucional y tanta sangre habían vertido.

En la cuarta Carta Quillotana que dirigió a Sarmiento en el mes de febrero de 1853, con motivo de la famosa polé-

13 Entre los autores nacionales puede verse JUAN E. GUGLIALMELLI, *Argentina, Política y Frontera*, "Estrategia", Nº 57, 5; JORGE A. FRAGA, *La Argentina y los principios de la geopolítica*, Nº 58, 21.

14 ALBERDI, *O. C.*, t. III, 371; JORGE M. MAYER, *Las "Bases" de Alberdi*, 1967, 7.

mica, recalcaba esa doctrina: "¿Qué política pedía yo en mi Memoria para la América del Sud? La política económica en vez de la política de derechos abstractos; la política que gobierna y mejora por la libre navegación de los ríos, por la abolición de las Aduanas interiores, por el Zolverein al estilo germánico, por la inmigración, por los ferrocarriles, por la paz, el comercio y la industria. Esa es la política que proponía yo en 1844 y la misma que he propuesto en 1852 en mis Bases. ¿Qué Congreso pedí entonces? No Congresos de política y de guerra como el de Panamá suscitado por Bolívar contra Europa, sino Congresos económicos, Congresos comerciales e industriales como los suscitados por Cobden en la Europa contemporánea; Congresos para atraer la Europa y no para alejarla" [15].

Los factores de progreso condicionados por el medio geográfico, las distancias adamitas y la soledad que oprimía a los villorrios perdidos en las pampas y en las quebradas, afligidos por la falta de sustento y el aullido de los indios, eran siempre los mismos: la alianza con la Europa, los caminos, las postas, el comercio, las nuevas poblaciones que debían avanzar en los campos indómitos y en las selvas, para difundir la civilización.

En los *Elementos de Derecho Público Provincial Argentino*, publicado poco después, en el mes de julio de 1853, justificaba las soluciones económicas del problema americano en la lucha contra el desierto y la barbarie. "Empezar por los intereses materiales no es echar en olvido los de la inteligencia y de la moral... La población es un fin constitucional en Sud América, precisamente porque es un medio de mejoramiento moral y de educación inteligente, a la vez que de progreso industrial y material para estos países. Se pide a la economía que nos dé inmigrantes europeos porque ellos traen a nuestras poblaciones con las costumbres cultas e inteligentes de los países de que vienen, la lección de su ejemplo práctico... No es el materialismo, es el espiritualismo ilustrado lo que nos induce a colocar los intereses

15 ALBERDI, *O. C.*, t. IV, 86.

económicos como fines de primer rango en el Derecho Constitucional Argentino... El primero de esos grandes medios preparatorios de la vida constitucional es la población, en lo cual entran dos cosas: su aumento numérico y la mejora de su condición y modo de ser actual. Necesitamos más población y mejor población para la libertad y para la industria" [16].

Denunciaba, con dolor, que los conflictos políticos se debían a una causa geográfica, al monopolio "la ley del embudo" que ejercía Buenos Aires en detrimento de las provincias del interior. En el folleto sobre las *Condiciones de unión y consolidación de la República Argentina* del 15 de mayo de 1862, publicado después de la funesta batalla de Pavón, puntualizaba una vez más, que la gravitación de la "geografía política" representada por la libertad de los ríos y la apertura de los puertos fluviales, consagrados en los tratados internacionales, abriría a las provincias las comunicaciones y el comercio directo con el mundo exterior y anularía la explotación de la Aduana porteña [17].

La Argentina se hallaba dividida geográficamente en dos partes, Buenos Aires y las provincias, por culpa del localismo y los mal entendidos intereses de los mayoristas y consignatarios del puerto [18].

No perdía la esperanza, a pesar de todo el país marchaba lentamente hacia la unidad, las postas, las diligencias, los canales y los ríos navegables, los nuevos medios de comunicación, el aumento de las poblaciones, la radicación de las industrias, la unidad estaba en los hechos y se haría a pesar de las resistencias de los caudillos y de los tenderos, por la fuerza de las cosas.

La resistencia de Buenos Aires, como era sabido, se debía a su empecinamiento por mantener el monopolio del puerto, de la Aduana y del comercio exterior, gracias a los

16 ALBERDI, *O. C.*, t. V, 56; *E. P.*, t. VIII, 267, 271; t. XII, 230, 243, 252; t. XIII, 512.

17 ALBERDI, *O. C.*, t. V, 500; t. VI, 34, 39.

18 ALBERDI, *E. P.*, t. V, 140; t. VIII, 238; t. IX, 68, 233, 239; t. XI, 178, 705; t. XII, 326.

cuales vestía su ejército de guante blanco, lo armaba de cañones rayados y lo empleaba en nombre de la civilización, contra los argentinos que tenían la osadía de reclamar la liberación del comercio y el importe de los gravámenes que sus propias mercaderías debían pagar en la Aduana porteña [19].

Su tenaz oposición a la guerra contra el Paraguay, en la que estuvo acompañado por los grupos más cultos de la República, exhibe agudamente un trágico problema de geopolítica. Sus folletos *Las disensiones de las Repúblicas del Plata y las maquinaciones del Brasil,* del mes de mayo de 1865; *Los intereses argentinos en la guerra del Paraguay con Brasil* del mes de julio del mismo año; *La crisis permanente de las Repúblicas del Plata* de febrero de 1866; el *Tratado de Alianza contra el Paraguay* de abril de 1866 y los *Intereses, peligros y garantías de los Estados del Pacífico en las regiones orientales de la América del Sud,* de septiembre de 1866, forman el mejor y más realista estudio de la geopolítica sudamericana, todavía ejemplarmente actual [20].

En el folleto sobre *Las dos guerras del Plata y su filiación en 1867,* publicado en el mes de mayo de ese año, atribuye la política expansiva del Imperio de los Braganza sobre el Plata, al clima y "a las necesidades geográficas de su situación intertropical" [21].

Allí estaban objetivamente expuestos la influencia de los factores geográficos y climáticos, la ley del sol, el movimiento de las masas humanas, canalizadas por los accidentes de la naturaleza, los avances y los retrocesos de los imperios, como las olas sobre la playa.

La guerra había sido planeada por el Emperador Pedro II para romper las trabas que imponía el Paraguay a la navegación de los ríos que cruzaban por su territorio y para expandir sus fronteras hacia el Río de la Plata "el límite

19 ALBERDI, *E. P.*, t. IX, 245, 247, 351.

20 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 309, 384, 431, 448.

21 ALBERDI, *O. C.*, t. VII, 31; JORGE M. MAYER, *La política de los Braganza en el Río de la Plata,* "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 16, 1980, 731.

natural del Imperio", en busca de un clima más templado y de tierras más feraces, aire para sus pulmones, carne y pan. Por la ley del sol "era una decisión geográfica" y el Paraguay era el obstáculo que debía destruir a cualquier precio. [22].

En cambio a la República Argentina le interesaba defender al Paraguay, de su mismo origen y de su misma sangre, que le servía además de un valeroso contrafuerte para detener los avances del Imperio sobre el Río de la Plata. "Como en Europa, hay países que por su posición geográfica son la llave de los destinos de sus vecinos" [23].

Los diplomáticos argentinos con su habitual olvido de los factores geográficos, de la realidad de las fuerzas y de los intereses que se mueven en el mundo internacional, cayeron por "romanticismo" en el imperdonable error de tratar al hermano como enemigo y al enemigo como hermano [24].

Desdeñaron el valor de los intereses comprometidos en el tráfico de los ríos, las rivalidades por el trazado de las fronteras, todavía indefinidas, la solidaridad que unía a los pueblos del Virreinato, los inquietantes antecedentes históricos, el Tratado de Tordesillas, las sucesivas invasiones de mamelucos y bandeirantes, de los Maestres de Campo, Manuel Lobo y Manuel Freitas de Fonseca, del Marqués de Souza, de Pinto Bandeira, del General Carlos Federico Lecor, del Marqués de Allegrete, del Barón Yacuhy, del Conde Caxias, del Brigadier Francisco da Fonseca Pereira Pinto, del General Felipe Netto, del Mariscal Jao Proficuo Menna Barreto, Barón de San Gabriel, trescientos años de usurpaciones, la ley del sol que empujaba irresistiblemente los pobladores portugueses hacia el sur con la esperanza de establecer "los Grandes Ducados del Plata" y no comprendieron, hasta que fue demasiado tarde, los planes del Emperador Pedro II [25].

En esa "romántica" nebulosa, el 22 de agosto de 1864,

22 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 267, 309, 325, 338, 341, 393, 413, 417, 458; t. VII, 36, 45; *E. P.*, t. IX, 381, 439, 449, 461, 471.

23 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 484.

24 ZEBALLOS, *Diplomacia Desarmada*, 8.

25 MAYER, *La política de los Braganza*, 731.

el Presidente Mitre firmó con el Consejero José Antonio Saravia "el pacto de guerra donde estaban señalados por el Imperio las víctimas, el Uruguay y el Paraguay" y el 2 de diciembre apoyó con tropas y obuses, al Mariscal Menna Barreto, para sitiar a sangre y fuego a Paysandú y "cerrarle la puerta" al Paraguay, contra todos los precedentes y los intereses de los pueblos del Plata [26].

La supresión del tráfico de esclavos, la urgencia de poblar, con razas europeas, un territorio calcinado por el sol, el aislamiento de vastas zonas internas, habían llevado el Imperio al borde de la disolución.

El Imperio de los Braganza tenía clavado el Paraguay, en sus flancos, como una banderilla de fuego y estaba en el grave peligro de perder las provincias limítrofes del Matto Grosso y del Río Grande, alejadas de su dominio por la fuerza centrífuga de sus propios intereses.

La geografía impulsaba sus prebostes hacia los bellos territorios del Plata para asilar a sus poblaciones, criar los ganados y cultivar los cereales que necesitaba para el sustento. Sus provincias interiores estaban aisladas, el río Paraguay controlado por el Mariscal López era el único camino de comunicaciones con el exterior, catorce meses se necesitaban para viajar de Río de Janeiro a Cuyabá por tierra y 30 días por agua, era un candado que debía indefectiblemente romper.

Las ambiciones de los Braganza eran insaciables, desde 1678 existía un mapa, dibujado oficialmente en Lisboa, que adjudicaba al Imperio las provincias de Misiones, Entre Ríos, Corrientes, Tucumán y la Banda Oriental, hasta el Río de la Plata y la isla de Martín García, para controlar la navegación. Silva Paranhos reconocía que el fin de la guerra contra el Paraguay había sido apoderarse de los territorios al sur del río Apa, con una superficie de 30 leguas españolas del norte al sur y 50 del este al oeste, que habían sido siempre paraguayos [27].

[26] ALBERDI, *E. P.*, t. IX, 629; MAYER, *La política de los Braganza*, 773.
[27] MAYER, *La política de los Braganza*, 781.

La República Argentina formaba en cambio en la Cuenca del Plata, un conjunto geográfico político, con la Banda Oriental y el Paraguay, unidos por intereses de vecindad, raciales y económicos, naturalmente opuestos a esos planes.

La política astigmática del General Mitre y del Ministro de Relaciones Exteriores Rufino de Elizalde, cautivados por los halagos de Don Pedro, los insultos vesánicos de los periódicos porteños contra el Mariscal López y Madama Lynch, el reclutamiento de tropas en la ciudad de Buenos Aires para combatirlos, la cesión de la Provincia de Corrientes al Imperio como base del ataque, el aprovisionamiento de sus barcos de guerra, no tenían disculpas, violaban todas las leyes de la cortesía y de la neutralidad y sus consecuencias fueron funestas. "La paciencia en persona investida de la Presidencia del Paraguay, hubiera procedido como el General López."

El Mariscal López, ofuscado, cometió a su vez tres gruesos errores, de los cuales dos geopolíticos, que lo precipitaron de cabeza en las redes de Don Pedro, el primero suponer que el General Urquiza se le uniría, cuando no tenía ningún motivo convincente para comprometer a su provincia en una guerra sangrienta contra Buenos Aires y el Imperio, el segundo al no dirigir sus operaciones militares hacia el norte, blando y yermo, donde el Emperador no hubiera podido detenerlo hasta San Pablo y el tercero olvidar el consejo de Talleyrand, "la indignación no es una actitud diplomática".

Alberdi vio claro el fenómeno geopolítico. "Mientras el Plata carezca de un gobierno tan consolidado y eficaz como el de Chile o el del Brasil, este Imperio dilatará sus límites hacia el sudoeste, aunque se opongan a ello todos los tratados del mundo. La historia de ese país confirma la historia de todas partes sobre que los tratados de límites son una completa fantasmagoría. Los límites naturales, las fronteras se dilatan o contraen como la piel del hombre, según que la nación se robustece o debilita, es decir, según que su poder se concentra o se descentraliza; y no hay más secreto para

agrandarlos que el de robustecer y vigorizar el estado en su interior." [28]

No sentía sin embargo, enemistad hacia el Imperio, impulsado involuntariamente por el clima hacia el Río de la Plata. "Lo decimos sin la menor afectación; la grandeza del Brasil, para nosotros, como país americano, forma parte de nuestro engrandecimiento continental; y se la deseamos no solo en su interés sino en el nuestro, convencidos como estamos que para países ligados por la geografía, el comercio y la civilización, no hay calamidad que no sea común, ni prosperidad que no sea recíproca." [29]

En cambio el plan de los Braganza era debilitar y acortar la República Argentina, para anexarse el Paraguay, el Chaco y la Banda Oriental y proseguir su expansión sin obstáculos hacia las tierras templadas del Plata [30].

Ante los sucesivos errores de la diplomacia argentina, los Braganza instigaban alternadamente al Paraguay y a Chile para "arrancar a la República Argentina 12 mil leguas cuadradas en Atacama, Paraguay y Tierra del Fuego y establecer así definitivamente su supremacía militar y diplomática en Sud América" [31].

La publicación del Tratado de la Triple Alianza del 1º de mayo de 1865 y el Protocolo de la misma fecha "suscitó un grito de reprobación universal" [32]. La candidez de los gobernantes argentinos no tenía límites, "cuatro años de guerra, de sangre, de lágrimas y de ruinas condenaron con implacable ironía las declaraciones y la sonoridad de las frases", "su falta de criterio" [33].

Las advertencias de Alberdi contra la guerra del Paraguay se cumplieron con creces, "la gloriosa campaña de tres meses", para "liberar al pueblo paraguayo de las garras de

28 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 474.
29 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 302.
30 ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 61.
31 ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 75, 78, 90, 96, 102, 125.
32 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 431; ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 68, 67, 197; MAYER, *Alberdi*, t. II, 888.
33 ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 93, 201, 250.

su tirano", concluyó con el asesinato del Mariscal Solano López en Aquidaban, el 1º de marzo de 1860, por los escuadrones del General José Antonio Da Cámara [34].

Entre esas turbulencias, Alberdi publicó en 1868, las *Críticas al proyecto del Código Civil*, redactado por Vélez Sarsfield, donde volvía a exponer sus doctrinas geopolíticas, "La geografía de un país, quiero decir su conformación geográfica, forma parte de su constitución política, porque de ella depende en gran manera su independencia, su seguridad, la necesidad para conservarlas de un ejército y de un presupuesto más o menos grandes, su sistema de gobierno, según el influjo y rango de sus vecinos, su sistema de rentas, la naturaleza de sus alianzas, toda su política exterior y casi todo su gobierno interno" [35].

Allí estaba encerrada en un párrafo, toda la doctrina de la geopolítica, sus corolarios institucionales y militares y los principios básicos del desenvolvimiento nacional.

Las características geográficas del suelo, la Cordillera de los Andes y los grandes ríos el Paraná y el Paraguay, trazaban a grandes rasgos las fronteras, la organización institucional y económica, el rol de la Argentina en la América y en el mundo.

En la *Peregrinación de Luz del Día* escrito en febrero de 1871, planteaba con originalidad, una disyuntiva hasta entonces poco conocida. Denunciaba vehementemente que la riqueza del suelo era insuficiente si no la fecundaba el trabajo juicioso y tenaz del hombre y hasta podía actuar como una peligrosa inhibición de las iniciativas individuales. Hombre y suelo eran dos términos distintos y a menudo dispares. Refutaba las ilusiones de bienestar gratuito y sin esfuerzos, la vida fácil. "Dichosos los pueblos que tienen por morada un suelo pobre; ellos serán como la Prusia, como la Holanda, como la vieja Inglaterra en Europa y la nueva Inglaterra en América. Todo está compensado bajo el sol, el suelo pobre produce al hombre rico, desgraciados los pue-

[34] ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 271, 286; MAYER, *Alberdi*, t. II, 841.
[35] ALBERDI, *O. C.*, t. VII, 119.

blos que producen sin cultivo, ellos serán como el Egipto, el Asia Menor, la India, la América Tropical. El ocioso, es decir el pobre, nace entre el plátano y la caña de azúcar" [36].

Afirmaba, por primera vez, que la fuerza de un país, no se hallaba en la riqueza de su suelo, sino principalmente, en el carácter y las virtudes de sus habitantes, en la cultura y en la educación y como corolario en la seriedad de su gobierno [37].

El hombre era siempre el fundamento, porque el hombre podía domesticar la naturaleza, plantar bosques y mieses, abrir puertos, construir diques, tender ferrocarriles y con la libertad y la seguridad, impulsar el progreso de los pueblos [38].

La formación social de los países sudamericanos era deficiente, porque las carreras más cotizadas desde la época colonial habían sido la Iglesia y el ejército y después de 1810 la abogacía y nuevamente las fuerzas militares, en detrimento de las empresas industriales [39].

Señalaba con precisión que las revoluciones eran insuficientes para generar los grandes cambios, "la libertad no nacía de un sablazo". Para modernizar un país era indispensable transformar primeramente su geografía con caminos, con postas, con ríos libremente navegables, para unirlo, fortalecerlo y derramar en todos los ámbitos, los beneficios de la civilización y de la cultura.

Concluida la guerra el Emperador Don Pedro echó de lado el Tratado de la Triple Alianza y toda obligación hacia la República Argentina, con el argumento de que "había sido pactado para la guerra y no para la paz" y firmó en el mes de enero de 1872 con el nuevo gobierno paraguayo, los "monstruosos" tratados de Cotegipe. Así se adjudicó im-

36 ALBERDI, *O. C.*, t. VII, 198, 319; *E. P.*, t. 1, 3, 63, 73, 85, 896; t. VIII, 98, 587.

37 ALBERDI, *E. P.*, t. VIII, 209.

38 ALBERDI, *E. P.*, t. I, 503.

39 STEPHEN WEBSTER, *Emigration to the River Plate, succes of the British subjects*. 1871, 75.

perativamente la mitad del territorio paraguayo y ofreció a sus gobernantes el apoyo de su ejército contra la Argentina, la burla era completa [40].

La guerra le costó a la República 80 millones de la fortuna pública, la vida de 40 mil argentinos, millones de pérdidas privadas, los campos devastados, el flagelo de la cólera y el vómito negro, la ruina del poder militar, los malones indios, la inseguridad civil, el aislamiento internacional y la amputación del Chaco argentino [41]

El Paraguay quedó arrasado, las casas saqueadas, los campos devastados, las tropas Imperiales masacraron a más de 150 mil víctimas, mujeres, ancianos y niños indefensos. Don Pedro quiso exterminar al pueblo paraguayo, para que esa cuña no estorbara más sus sueños de conquista, la expansión hacia el sur.

El Ejército Imperial fue implacable, las plantaciones y los bosques fueron talados, las poblaciones eran sistemáticamente incendiadas, los jefes rendidos degollados, los prisioneros lanceados o arrastrados para servir de esclavos en las fazendas. "Las descendientes de las rubias mujeres traídas por Pedro de Mendoza fueron entregadas a los monos negros de los barcos Imperiales."

La sangre caía sobre las manos de los gobernantes porteños, las cartas de Juan María Gutiérrez a Mariano de Sarratea guardan el juicio más severo contra la guerra fratricida. La opinión ilustrada condenaba con horror a los culpables de la masacre. Los versos de Olegario Andrade y de Carlos Guido Spano, resuenan con acento trágico, sobre las heridas todavía abiertas.

Los factores geopolíticos actuaban con una fuerza tremenda; en el norte prevalecía "la ley del sol" que empujaba al Imperio de los Braganza hacia el sur en busca de un clima más templano, en el oeste la estrechez y la aridez del

40 ALBERDI, *E. P.*, t. VIII, 309, 313, 360; t. IX, 279, 495, 512; ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 30, 59, 118.

41 ALBERDI, *E. P.*, t. I, 342; t. XIII, 135, 210; ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 115.

territorio arrojaba a los gobernantes chilenos hacia el este, en busca de mayores recursos.

En las *Palabras de un ausente en que explica a sus amigos del Plata los motivos de su alejamiento*, publicado en enero de 1874, expresaba que la pampa con sus campos verdes nivelados y lluviosos y sus millares de vacunos, representaba la civilización y los capitales que impulsarían en los años venideros un progreso cada vez mayor, "multiplicar los ganados, cultivar los campos, trabajar las minas, explotar los productos vegetales y minerales del suelo, es ocuparse de aumentar la población del país, la masa de su riqueza y poder, las entradas del tesoro nacional, los recursos del crédito público, la civilización, el poder y esplendor de la patria, por el estímulo que esos trabajos que presentan al comercio de llenar su gran papel de poblar, enriquecer, civilizar y robustecer al estado" [42].

Preveía futuras calamidades, la aparición de una burocracia creciente y parasitaria, de los bancos del estado, que dispondrían de la fortuna del país, sin necesidad de una ley que los invistiera de facultades extraordinarias y que lo llevarían fatalmente a la ruina [43].

La verdadera política exterior argentina consistía en desarrollar y fortalecer su población y sus riquezas, el comercio y las líneas marítimas con la Europa y los países nacientes de América del Sud. Pero la Europa exigía, por su parte, de los gobiernos sudamericanos que rompieran con la política colonial de España y aseguraran el orden, la tranquilidad y la vigencia de la libertad y de los derechos de propiedad de los colonos [44].

El Presidente Sarmiento, en el mensaje a la apertura del Congreso del año 1874, denunciaba que la República Argentina había carecido siempre de una política exterior; ésta se había reducido anecdóticamente a ensayos literarios, y la guerra se había convertido en una forma de gobierno

42 ALBERDI, *E. P.*, t. I, 503.
43 ALBERDI, *E. P.*, t. I, 573, con más poderes que el Sha de Persia.
44 ALBERDI, *E. P.*, t. III, 12, 31, 115.

y el medio más fácil de los gobernantes para mantenerse en el poder [45].

Atribulado por los errores cometidos por tantos diplomáticos improvisados, observaba que en esos días las legaciones se destinaban a los caciques lugareños, seducidos por el frívolo ambiente de las Cortes y eran pocas veces ocupadas por funcionarios capaces [46].

Volvía una y otra vez sobre el concepto de la geografía física y su influencia en la vida de los estados. La constitución real de un país estaba formada por su geografía y por eso la demarcación de su territorio y de sus fronteras tenían una importancia vital. Aclaraba, sin embargo, que los problemas fronterizos no debían resolverse por medio de gloriosas batallas, sino por los Tribunales internacionales, de acuerdo con la justicia y con las conveniencias generales [47].

Propiciaba la mayor libertad de comercio entre los países sudamericanos y los países europeos y una mayor dedicación a la agricultura, a la ganadería y a las artesanías, que a la minería fomentada por la codicia de los Borbones.

Escribía antes de la guerra de despojo emprendida por Chile en 1879, contra los estados del Pacífico, y creía, en sus días, que el Imperio de los Braganza representaba el mayor peligro para los estados del Plata.

Reclamaba la restructuración de la América del Sud, observaba que las contiendas internacionales se debían generalmente a cuestiones geográficas heredadas de España, que les impedían una vida libre y moderna [48].

Para salvar las diferencias era necesario abolir la geografía política del encierro y establecer una nueva geografía de apertura hacia la Europa. "No hay en el mundo dos intereses más solidarios e inseparables que el de los pueblos de Sud América en recibir los elementos y materiales de su

45 ALBERDI, *E. P.*, t. III, 42; t. IX, 78, 664; t. X, 91.

46 ALBERDI, *E. P.*, t. III, 21, 25, 49.

47 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 849, 462; *E. P.*, t. III, 114, 127, 130, 132; t. XI, 170, 175; t. XII, 260, 263, 367, 370, 375, 398, 425, 449.

48 ALBERDI, *E. P.*, t. III, 131.

civilización de la Europa más libre, más culta y más rica y el de esa Europa, en recibir de esos pueblos, como precio de sus abastos fabriles, las materias ricas que su suelo suple a la Europa para alimento de su industria" [49].

El mar unía los pueblos americanos en la vida y en la prosperidad, a sus puertos llegaban los inmigrantes y las riquezas que provenían del mundo más civilizado.

La apertura del Canal de Panamá debía partir la América en dos para la mayor seguridad del hemisferio sur y podría llegar a ser en el futuro la vía conveniente para desenvolver los lazos del comercio con la Europa y Oriente.

En el último estudio *La República Argentina consolidada en 1880*, publicado en 1881, denunciaba que uno de los grandes errores del régimen colonial español había sido dirigir sus expediciones hacia el norte, en busca de oro y plata, sin advertir que la riqueza de las naciones estaba en el trabajo rural, en la ganadería y en la pesca marítima. Para que el país progresara era urgente reordenar las corrientes colonizadoras y dirigirlas hacia la pampa y el sur. El medio más eficaz de proteger a la Patagonia de los planes chilenos era ocuparla y poblarla porque así se consolidaban sus títulos [50].

La desmembración del territorio argentino era dramática, las Repúblicas de Bolivia, el Paraguay, la Banda Oriental y las Malvinas formaban cincuenta años atrás parte del Virreinato de Buenos Aires. Las mismas corrientes disgregadoras amenazaban la Patagonia, el Chaco, Misiones y Corrientes que sólo se conservaban unidas gracias a los límites geográficos naturales: la infranqueable Cordillera de los Andes y los grandes ríos [51].

El afán de algunos gobiernos de conquistar nuevos territorios para adquirir mayores riquezas, poder y autoridad, era una de las causas de los conflictos, pero era un engrandecimiento malsano porque aun en los casos hipotéticos

49 ALBERDI, *E. P.*, t. III, 115.
50 ALBERDI, *O. C.*, t. VIII, 335.
51 ALBERDI, *E. P.*, t. I, 3, 34, 246; t. II, 7; t. X, 196.

de tener éxito en los campos de batalla, acuciaba rivales y sembraba rencores, destruía la fortuna de los pueblos, las industrias y el comercio [52].

Los factores personales, los factores psicológicos, solían tener una considerable influencia en el desenvolvimiento de los estados y en los cambios de geografía. Aclaraba que uno de los factores que más habían perturbado la política internacional había sido la sed de gloria y de figuración de algunos caudillos. El espectáculo de los briosos corceles, de los desfiles bajo los arcos triunfales, el canto de los pífanos y de los timbales, exaltaban románticamente las aventuras de los Libertadores y habían causado en América más víctimas que la fiebre amarilla.

Bolívar, el más notable ejemplo de esa dolencia, se sentía rival de Napoleón, actuaba obsesionado por "mi gloria" y quería mantenerse a toda costa en el trono de Director Supremo del Imperio de los Andes, que debía abarcar toda la América del Sud con sus cordilleras, bosques y campos [52a].

La vanidad, el afán de renombre, había sido muchas veces la causa original de las famosas guerras de prestigio que emprendían los monarcas cómodamente sentados en los palacios al abrigo del silbido de las balas, por la posesión de una aldea o un matrimonio mal concertado, que habían inmolado tantas víctimas entre los pueblos de Europa. En los siglos XVIII y XIX se entendía que un gobernante no podía alcanzar la celebridad histórica sin una "guerra gloriosa", y las emprendían como una fiesta campestre "*le coeur leger*". Napoleón decía que se podía mover el 90 % de los hombres por interés y el 100 % por vanidad.

Con los años, la influencia de los escritores y la gravitación de la opinión pública bajó afortunadamente el tono y sus proyecciones fueron menos graves.

El aforismo de Lord Acton se cumplía puntualmente:

52 ALBERDI, *E. P.*, t. I, 12, 50; t. II, 20; BENJAMIN CONSTANT, *De l'esprit de conquete*, 985, "Oeuvres" La Pleiade, 1957.

52a JORGE M. MAYER, *La Alborada, San Martín y Alberdi*, 1978, 133.

el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente. Las loas y las adulaciones, la puna de las alturas, todo lo deforma y los efectos son pronto visibles. En los estados republicanos el juicio de los ciudadanos y de la prensa lograron frenar muchas aventuras. Las ambiciones políticas se redujeron en diversos grados, a la conquista de los principales cargos, por medio de un golpe de mano, al manipuleo de los votos o a la obtención de una modesta concejalía municipal.

En América las guerras entre estados semidesiertos eran una doble locura, porque carecían de fines prácticos y ocasionaban irremediablemente la destrucción de las cosechas, de las industrias que tanto necesitaban y la muerte de millares de víctimas inocentes.

Enseñaba que la filosofía romana de conquistas y esclavitud había sido condenada por la filosofía del amor y de la fraternidad del cristianismo, entre todos los pueblos de la tierra.

El folleto sobre *El Crimen de la Guerra* encontrado entre sus papeles por los herederos, era la condena definitiva de las catastróficas guerras de la secesión en los Estados Unidos, de la campaña de Crimea, del Paraguay en la América del Sud y de la guerra franco-prusiana cuyos horrores había presenciado [52 b].

Denunciaba con severidad que la gloria era la plaga de la pobre América del Sud. "Después de haber sido el aliciente eficacísimo que nos dio por resultado la Independencia, hoy es un medio estéril de infatuación y de extravío, que no representa cosa alguna útil ni seria para el país. La nueva política debe tender a glorificar los triunfos industriales, a ennoblecer el trabajo, a rodear de honor las empresas de colonización, de navegación y de industria, a reemplazar en las costumbres del pueblo, como estímulo moral,

52b ALBERDI, *O. C.*, t. III, 437, 535; *El Crimen de la Guerra, E. P.*, t. II, 114, 116; JORGE M. MAYER, *A los cien años de El Crimen de la Guerra*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", t. 20, 149.

la vanagloria militar por el honor del trabajo, el entusiasmo guerrero por el entusiasmo industrial".

La política internacional debía dejar de ser el juego cínico de tahures para convertirse en el trato de ciudadanos honestos y bien intencionados, porque las malas acciones causaban inevitablemente el desprestigio de sus autores.

Agregaba además: "La victoria nos dará laureles, pero el laurel es planta estéril para la América. Vale más la espiga de la paz, que es de oro. Reducir en dos horas a una gran masa de hombres a su octava parte por la acción del cañón, he ahí el heroísmo antiguo y pasado. Por el contrario, multiplicar en pocos años una población pequeña, es el heroísmo del estadista moderno, la grandeza de la creación, en lugar de la grandeza salvaje del exterminio".

Proféticamente puntualizaba: "El censo de la población es la regla de la capacidad de los ministros americanos", tan actual en una Argentina despoblada por los errores de sus gobernantes.

Distinguía la supuesta gloria de los Libertadores y de sus epígonos, de la gloria de los hombres de ciencia y de los benefactores de la humanidad. "La gloria de Newton, de Galileo, de Lavoiser, de Cristóbal Colón, de Fulton, de Stevenson, deja en la oscuridad la del bárbaro guerrero que ha brillado en la edad de las tinieblas, cuando se creía que enterrar a un hombre era matar el error, la ignorancia, la pobreza, el crimen".

Aplaudía a "los que extienden, ayudan, dignifican la vida, no a los que la suprimen so pretexto de servirla; los que cubren de alegría, de abundancia, de felicidad a las naciones, no a los que las incendian, destruyen, empobrecen y enlutan".

Contrastaba la brutal figura de Facundo y los campos doloridos de la Confederación, con la obra de progreso de Wheelwright, promotor de puertos, canales y ferrocarriles, el caudillo con el empresario que realzaba y enriquecía la geografía de la patria. Proponía como fines de gobierno el orden, la paz, el progreso de los pueblos, las relaciones

amistosas con los demás estados en vez de los lanzasos, las montoneras, los degüellos, el incendio de los hogares y la ruina común.

La paz, la tolerancia, el sentido de las proporciones y de la justicia podían aún hacer mucho en tierras celosas y agrestes.

Definía la América como un conjunto orgánico que debía unificar su comercio, abolir las guerras y regirse por las reglas del derecho internacional y de los grandes intercambios económicos.

De la solidaridad americana nacía el derecho de intervención, porque un país no podía ser víctima de una tiranía atroz, sin que los demás sufrieran en días más o menos sus consecuencias nefastas [53].

El principio de la intervención era así la base de la libertad y del buen orden internacional. Condenar la intervención era fomentar el despotismo y la esclavitud, era condenar el orden jurídico, el bienestar, el progreso de los pueblos y la paz internacional. "En cualquier época que un mal semejante a la esclavitud colonial se haga ver en América con tendencia a volverse general, la América tendrá el derecho de intervenir para cortarlo de raíz" [54].

En materia de intervención el pecado no estaba en intervenir sino en el objeto con que se intervenía. Si era para oprimir a los pueblos, era mala; si era para liberarlos, era buena. En la sociedad universal, la intervención en el territorio de un estado, en el interés de los demás, era una garantía de seguridad y un bien para todos [55].

No era posible invocar, sin examen, el principio de la libre determinación de los pueblos. Se debía verificar previamente si los pueblos habían tenido verdaderamente libertad para elegir el gobierno y su política. Y aunque así fuera

53 ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 187, 396; *E. P.*, t. IV, 455; t. XIII, 39, 46, 51, 59, 313.

54 ALBERDI, *O. C.*, t. II, 402.

55 ALBERDI, *E. P.*, t. 158; t. IV, 143; ISIDORO RUIZ MORENO, *Las ideas internacionales de Alberdi*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 22, 27.

efectivamente los votos no equivalían a "una patente de corso" y a un título para perpetrar, en tiempos de embriaguez, cualquier desafuero contra los principios básicos del orden jurídico y la seguridad de los pueblos.

Los estudios geopolíticos de Alberdi son claros y concretos, definen con un estricto realismo la posición y el rol de la Argentina, al sur de la América del Sud entre los Andes y el Atlántico y la tarea de progreso y cultura que debía emprender sin vacilaciones, para cumplir su destino. Expuso, a veces incisivamente, los grandes resortes que debía utilizar dentro de ese marco para realizar su vocación, las migraciones, gobernar era poblar, pero poblar bien, los ríos, los caminos, las escuelas, los ferrocarriles y las industrias que engendran las riquezas y la libertad que alienta las grandes aventuras en el Nuevo Mundo.

Capítulo III

LAS CIRCUNSTANCIAS GEOPOLÍTICAS ARGENTINAS

1. La geografía y la economía. 2. Los yugos, estatismo y deudas. 3. Los Estados Unidos. 4. La Europa del Mercado Común. 5. Gran Bretaña. 6. Las Repúblicas Soviéticas. 7. Los vecinos.

1. — Por muchos años la política internacional argentina actuó impulsada por las simpatías o las antipatías, los impulsos románticos de los funcionarios, sin tener en cuenta la situación del país, cuáles eran sus amigos y cuáles sus enemigos, sus relaciones comerciales y financieras.

En cambio, para establecer las bases de una sana y coherente política internacional, es indispensable tener en cuenta, cuál es la posición geográfica de la Argentina en el mundo y cuáles son sus recursos y relaciones.

Situada en el extremo sur de la América del Sur, alejada de los actuales centros mundiales del poder y de las finanzas, abarca una superficie de 4.025.695 kms², comprendidos los 1.230.000 kms² del sector Antártico y se extiende de los 21° 46′ de latitud norte a 45° 3′ al sur, entre los 66° 12′ y 53° 38′ de longitud, según el meridiano de Greenwich. Con un extenso litoral marítimo, el suelo es rico y variado, limita al norte con Bolivia, Paraguay y el Brasil, al oeste separado por la Cordillera de los Andes con Chile, al este con el Océano Atlántico y al sur con las aguas polares. Comprende cordilleras, valles, sierras, lagos, ríos, bosques, praderas y pampas agrestes. El clima es estimulante, sólo

una pequeña parte al norte en el Chaco y Corrientes alcanza la zona subtropical, la gran masa central es templada y al sur de Viedma es frío [1].

Alejada de los endémicos conflictos que enfrentan a los estados del hemisferio norte, las guerras de 1914 y 1939, fueron para sus gobernantes una copiosa fuente de recursos. Las cosechas de cereales, la carne y los yacimientos de petróleo cubrían sus necesidades y hasta pudo darse el lujo de auxiliar a algunos estados europeos en los días de apremio. Rica hasta 1943, los argentinos eran conocidos en París por su impertinente boato y la Argentina, como un refugio amable y promisorio de un futuro bienestar. Pocas veces se pensó que los alctazos de los conflictos que azotaban al viejo mundo, frívolo y decadente, podían llegar hasta sus playas.

El país tiene una buena población y una fecunda producción natural, dos excelentes amortiguadores, que le han permitido sobrevivir a las penosas turbulencias, en los últimos años.

Cuenta con 26 millones de habitantes, el 99 % de raza blanco, la expectativa de vida es de 70 años, el crecimiento anual medio por mil habitantes es de 17,6 y el índice de mortalidad es bajo. Pero tiene el defecto orgánico de reunir en el Gran Buenos Aires 9.700.000 habitantes, el 38,7 % del país [2].

A pesar de los avatares políticos la tasa del alfabetismo es del 94 %, prepara en más de 40 mil establecimientos de educación primaria a 7 millones de alumnos, la enseñanza media se imparte en 5 mil establecimientos y cuenta 1.800.000 estudiantes, la enseñanza universitaria tiene 547 mil estudiantes y los cursos parasistemáticos 450 mil en 3.900 locales.

[1] MOUSSY, *Description geographique et statistique de la Confederation Argentine*, t. I, 48, 57, 241; *La Argentina, Suma Geográfica*, 1958, t. I, 174; t. II, 179; ADOLFO E. ESTEVEZ, *Los intereses argentinos en el mar*, "Estrategia", Nº 1, 203; Nº 4, 40; FRAGA, *La Argentina*, 20, 83; JAMES R. SCOBIE, *Revolution on the pampas*, 1964, 9.

[2] SCOBIE, *Revolution on the pampas*, 27.

La hacienda vacuna alcanza a 50 millones de cabezas, la producción de cereales es de 40 millones de toneladas, el algodón alcanza a 25 mil toneladas, la lana a 45 mil, el azúcar a 1.500.000, la explotación forestal a 5 millones de toneladas.

Disfruta de una aceptable autonomía, hay 130 mil establecimientos industriales y 664 centrales eléctricas, con una potencia de 9.575.000 kws, una central atómica y dos en construcción. La producción de petróleo sobrepasa los 20 millones de toneladas y cuenta con una reserva de 390 millones de m^3 y 480 millones de toneladas de carbón, la producción de hierro alcanza a 909 mil toneladas, el zinc a 83 mil y el plomo a 43 mil [3].

La crisis causada por una sucesión de malas administraciones ha reducido la industria metalúrgica al 66 % de su capacidad, la textil al 60 %, el cemento al 65 %. Las fábricas de automotores y tractores al 43 %, las destilerías de petróleo al 66 %, la construcción al 25 %, las ventas en tiendas han descendido al 40 % y en la industria la desocupación llega a 1.290.000 personas [4].

Importa hierro y acero, azufre, arabio, papel de diario, café, libros, esteres de celulosa, caucho, fertilizantes, palas mecánicas, grúas, cavadoras, niveladoras, martillos, pilones, turbinas, aparatos de óptica, fotografía y relojería, instrumentos médicos, quirúrgicos y material eléctrico.

El producto bruto de la Argentina representa actualmente apenas el 9,4 % del producto bruto total de la América Latina. En primer lugar se encuentra el Brasil con 36,5 % y Méjico con el 25,6 %. En el total de las exportaciones la Argentina se encuentra igualmente atrasada, participa en sólo el 9,2 %, mientras que el Brasil ocupa el primer lugar con el 28,4 %, luego Venezuela con el 16,8 % y Méjico con

3 *Estudios de coyuntura*, marzo 1985; Instituto Nacional de Estadística, *Anuario Estadístico 1979-1980;* Centro Editor de la América Latina, *El país de los argentinos*, t. I; MARCELO R. LASCANO, *Desarrollo económico*, 1982, 1; ALDO FERRER, *Vivir con lo nuestro*, 1983, 51, 67, 86, 143.

4 "La Nación", 28 de julio de 1985.

el 15,2 %. La participación Argentina en las exportaciones mundiales es del 0,50 % [5].

Las inversiones norteamericanas en la Argentina bajaron del 3 % al 1,3 % y en el Brasil alcanzan al 4,1 %, las inversiones extranjeras en la Argentina el año 1978 fueron de 3.340 millones de dólares, en el Brasil de 13.520 millones y en Chile 1.440, en 1980 las inversiones extranjeras fueron aquí de 5.600 millones de dólares y en el Brasil de 17.200 millones [6].

La decadencia se inició a partir del año 1943, por obra de una política económica que precipitó a un país, antes prudentemente administrado, por la pendiente del despilfarro y del atraso. Los planes aplicados desde 1976 acentuaron el descalabro, los ingresos medios cayeron a 2.200 dólares por habitante y el aparato industrial fue destrozado.

El país, como un automovilista encandilado, dejó la gran carretera bien pavimentada, en que viajaba holgadamente, para precipitarse a los tumbos, entre cardales y pantanos, en un derrumbadero.

2. — Navegamos al garete, dos yugos encadenan la economía y detienen los mejores esfuerzos. El primero es el estado demagógico, hipertrofiado, que ha crecido desde 1943, como un tumor maligno, por causa de la ley de Parkinson y las ambiciones políticas, que se dedica a explotar desde fábricas de toda índole a salones de baile. Los empleos ocupan 2 millones de personas, el déficit operativo de las principales empresas estatales estremece, los ferrocarriles pierden anualmente 385 millones de dólares, Gas del Estado 341, Agua y Energía 161, Correos y Telégrafos 105, Segba que tanto ganaba en manos privadas 102, Yacimientos Carboníferos 46, la radio y la televisión 20 [7].

5 ROBERTO HORACIO CACHANOSKY, *¿Renegociación indefinida?* "La Prensa", 2 de junio de 1985.

6 *Informe del Instituto Mundial de Kiel,* "La Prensa", 9 al 13 de junio de 1985; LASCANO, *Desarrollo,* 15, 85; EDUARDO R. CONESSA, *Estrategias políticas para la integración latinoamericana,* "Integración Latinoamericana", Nº 91, 13; Nº 97, 23; Nº 98, 43.

7 RODOLFO R. ROSSI, *Desajustes presupuestarios e inflación,* "La Nación",

El estado y el gasto público devoran al sector privado, absorben el 60 % del PBI, los egresos del presupuesto se cubren con el 34 % de recursos genuinos y las diferencias se saldan con la impresión de billetes, la fuente deplorable de una torrencial inflación, que ha llegado al récord de 1.231 % anual. El costo de vida crecía en un 30 % mensual, cada cien argentinos que trabajan deben mantener a 20 empleados y 36 jubilados, que constituyen una carga visiblemente excesiva [8].

Se ha colocado ahora el país en un pulmotor y se quiere aumentar los impuestos para cubrir en parte el derroche de la burocracia, en un país abrumado, con lo cual se concluirá por destruir los capitales nacionales, cerrar las fábricas e impulsar la fuga de argentinos y de fondos al exterior, matar la gallina de los huevos de oro.

Con tan originales esfuerzos nuestros gobernantes han logrado transformar la Argentina, en un país exportador, de hombres y de capitales. El dicho de Alberdi, gobernar es poblar, que engrandeció al país, se cambió por el de gobernar es despoblar. Del sexto puesto en la escala mundial, hemos caído despreocupadamente al 44.

El segundo yugo ceñido en la garganta, es de carácter financiero y consiste en una inexcusable deuda de 48.500 millones de dólares de dudosa legalidad, que en vez de amortizarse aumenta constantemente, porque los intereses atrasados se capitalizan a su vencimiento, para generar mayores intereses y se transforman en una fatal bola de nieve [8 a].

---

25 de marzo de 1985; 350 empresas del estado mal administradas que absorben como pulpos los recursos del país, son más onerosas que la deuda externa, pero permanecen intangibles bajo todos los gobiernos porque son la base del "spoils system", y el más difundido recurso proselitista.

8 "La Nación", 5 de marzo y 25 de agosto de 1985.

8 a LUIS A. PODESTA COSTA, *Efectos internacionales de los gobiernos de facto*, "Revista de la Facultad de Derecho", t. III, 1924, 375, señala concretamente "la connivencia dolosa" de los que contratan con los gobiernos de facto, a pesar de conocer su naturaleza, pecado que los inhibe de entablar más adelante cualquier reclamo, pero en los dos últimos años de un gobierno constitucional la deuda creció en 5 mil millones de dólares.

Brasil adeuda 101.800 millones de dólares, Méjico 95.900 millones, Venezuela 34 mil millones de dólares, de los cuales refinanció 22 mil millones a 12 años y medio, Chile 18 mil millones, Perú 13.500 millones y Colombia 10.800 millones, Sudamérica en conjunto 360 mil millones.

Para peor si en algunos países como el Brasil, esos fondos se invirtieron en obras públicas redituables, por ejemplo represas, usinas eléctricas, fábricas y caminos, en el nuestro se destinaron a cubrir los déficits de la administración, los incansables viajes de nuestros funcionarios y hasta los partidos de fútbol.

Los estados latinoamericanos se arrojaron a menudo en el pozo de estas deudas, para cubrir el peso de las administraciones dadivosas, imprudentemente alentados por los cantos de sirena de los banqueros "de virtud calculada". Éstos recibían enormes fondos de los países árabes y los colocaban al voleo, después de cobrar sus comisiones, sin que les inquietara mucho la solvencia de los deudores. Un proverbio francés dice *les affaires c'est l'argent des autres.*

El drama se pricipitó por culpa de la política de los Estados Unidos y de la Comunidad Económica Europea, la suba de los intereses y la baja de las materias primas destinadas a su pago [9].

Para solucionar la gravedad de una crisis de culpas compartidas y mantener en pie el sistema financiero internacional, se han propuesto varios esquemas. Según el primero la devolución del capital se postergaría por 7 años y los banqueros reducirían sus créditos por intereses al 1/3, del saldo el 1/3 sería abonado por el gobierno del país acreedor y el 1/3 restante por el gobierno del país deudor.

También se ha propuesto que los países acreedores redujeran sus barreras proteccionistas, de modo de condicionar el pago de las deudas al monto de los fondos generados por

[9] ENRIQUE P. SÁNCHEZ, *El servicio de las deudas en los países latinoamericanos en el decenio de 1980*; SANDRO SIDERI, *Europa y América en la crisis mundial*, "Integración", Nº 91, 57; Nº 94, 29, 42; Nº 100, 10; FERRER, *Vivir con lo nuestro*, 49.

las exportaciones de las materias primas, medida por cierto más sensata. Recientemente el Perú ha resuelto destinar a la amortización de las deudas y al pago de los intereses el 10 % del producto de las exportaciones, de modo que los estados deudores podrían cobrar su crédito con el importe de sus compras [10].

En el caso de la Argentina los intereses absorben el 60 % del valor de las exportaciones, el 20 % del PBI y el 70 % del ahorro neto. En 1983 las exportaciones argentinas pasaron de 8 mil millones de dólares y las importaciones llegaron a 5 mil millones de dólares, en cambio los intereses de la deuda externa fueron de 5 mil millones y las amortizaciones de capital debieron ser de 20 mil millones, aritméticamente impagables.

Nada queda para destinar para inversiones de progreso, ni para reponer equipos. Cunden peligrosamente la incredulidad y el pesimismo. Estos males se deben, según ciertos críticos "a una incomprensible incapacidad para el gobierno propio", comprobada por las continuas revueltas, a tal punto que vastos sectores han perdido la fe en una reacción salvadora "no existe siquiera afán para mejorar", la gente desalentada sólo trata de conservar lo poco que le queda [11].

Los estados deudores han tratado, en varias oportunidades, de reunirse en un Club para negociar más ordenadamente el pago de las deudas, medida que provoca la indignación de los inefables banqueros, a pesar de que ellos mismos se reúnen en Clubes como el de París, para presionar con más fuerza a sus clientes, sin advertir que corren el riesgo de echar por los suelos, el inseguro régimen financiero mundial. Los precedentes son sin embargo elocuentes, hace unos años Kissinger aconsejaba a los países consumidores de petróleo que se reunieran en un Club, para hacer frente a los aumentos de precios de la OPEP.

Los reflejos de espanto de los banqueros son explicables, porque saben que si los países deudores se unen para

10 "La Nación", 31 de julio de 1985.
11 "La Prensa", 16 de mayo de 1985; LASCANO, *Desarrollo*, 79, 304.

conjugar razonablemente el pago de las deudas, su viejo dominio se derrumbará en pocos días, como los muros de Jericó, al son de las trompetas del Señor.

Los percances ocurridos después de la guerra de 1918 son aleccionadores, las exigencias y las amenazas sólo consiguieron arraigar el comunismo en Rusia y fomentar el nazismo en Alemania. Recuerdan la ceguera de los nobles franceses que en 1787 se resistieron obstinadamente a pagar los impuestos, con el resultado de que al poco tiempo les cortaron la cabeza.

El famoso empréstito Baring de 1 millón de libras, contratado por el Gobernador Martín Rodríguez y el Ministro de Hacienda en 1824, para construir el puerto de Buenos Aires, se empleó luego en detener el ataque del Emperador Pedro I a la Banda Oriental y fue liquidado recién, con grandes quitas, en 1901 [11 a].

Ya había denunciado Alberdi en su folleto sobre *Los abusos y víctimas del crédito público Sudamericano*, publicado en 1875 y severamente actual, que la solución de las penurias económicas no consistían en aumentar las deudas para salir del paso, como el jugador quebrado, que pide más fichas y concluye por arruinarse totalmente. "Tomar capitales a préstamo para reemplazar los capitales perdidos por las crisis, no es remediar la pobreza, sino agravarla; la riqueza de otro 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."

El reciente plan Baker es sólo un escapismo y se parece al ardid que emplean los indios del Matto Grosso para capturar a los uititis. Eligen una cáscara de coco agujereada y cuando los pequeños simios introducen la mano en su interior y prenden las semillas, no pueden más retirarlas y quedan presos.

11 a ERNESTO J. FITTE, *Historia de un empréstito*, 1962, 192, 311, en 1844 el General Rosas propuso saldar el empréstito Baring con la entrega de las islas Malvinas al gobierno inglés.

El hambre es un consejero impaciente y casi siempre incontenible. Recordemos una vez más a la Reina María Antonieta y al Zar Nicolás. La única solución equitativa, racional y factible a fin de evitar una catástrofe y la proliferación de los brotes sandinistas en Sud América, es reducir los intereses opresivos al 5 % anual y amortizar el capital en 20 cuotas también anuales, que se abonarían con un porcentaje de las exportaciones, ya que es la única moneda de pago que tienen estos países. Bajar los intereses y romper las barreras aduaneras, es la clave clara como la luz del sol.

La deuda pública crece en la Argentina sin cesar, cuando más al norte Méjico "tan lejos de Dios y tan cerca de los Estados Unidos", ha logrado una espera de catorce años para los reembolsos y ha sido "retirado de los cuidados intensivos" [12].

Somos el afligente ejemplo de una Nación de ricos recursos, arruinada por el despilfarro, la desidia y la incompetencia. Alguien ha dicho que si una modesta fábrica fuera administrada en la misma forma que nuestro Estado, en un mes debería cerrar las puertas. La presión de estos dos yugos, además de emprobrecer al pueblo argentino, compromete gravemente su posición internacional y su capacidad de decisión en todos los órdenes.

Enfrente Estados Unidos con el 6 % de la población mundial contribuye con el 30 % del PB, Europa con el 13,2 % de la población mundial con el 31 % del PB, la Unión Soviética con el 6,5 % de la población mundial con el 10,7 % del PB, Asia con el 52,7 % de la población mundial con el 10,2 % del PB y la América Latina con el 7,9 % de la población mundial con el 5,2 % del PB.

Nuestra política internacional, sin fuerzas, se encuentra

[12] SANDRO SIDERI, *Europa y América Latina en la crisis mundial*, "Integración Latinoamericana", Nº 100, abril 1985; según el Instituto Carnegie para la Paz, los grandes culpables fueron los bancos y los economistas que ante la abundancia de fondos provenientes de los petrodólares, se lanzaron en una codiciosa carrera para colocar préstamos y cobrar mayores comisiones.

así coartada por las urgencias financieras y sus posibles planes de progreso se han reducido drásticamente.

Las fuerzas militares ostentan méritos inolvidables, la guerra de la Independencia del régimen colonial, la vigencia de la Constitución, la conquista del desierto, la protección de las fronteras y del orden interno, la difusión de la enseñanza primaria y de las normas elementales de sanidad en la Patagonia, el Chaco, Formosa y en las más lejanas regiones. Pero su eficacia, en un mundo extraordinariamente avanzado no es mucha, carecen de satélites, de aviones y submarinos de gran valor ofensivo, de armas atómicas y actualmente no podrían enfrentar la fuerza de las mayores potencias, sin considerables desventajas [13].

Aun para contener los reclamos de nuestros vecinos están en inferioridad, el Brasil cuenta con 200 mil hombres en sus fuerzas armadas, Chile con 56 mil y la Argentina después de los últimos recortes apenas 40 mil, insuficientemente equipados, es la patria indefensa [14].

Es pues imperativo fortalecerlas y proveerlas de los equipos y de las armas actuales si queremos mantener el orden institucional y nuestra integridad territorial.

Estas características geográficas, étnicas y económicas, forman el cuadro dentro del cual se debe desenvolver la política internacional argentina y sus relaciones con los demás estados. Es una grave imprudencia salir de ese marco, ignorar esos factores, porque las consecuencias serán siempre negativas.

Esta regla que rige para todos los estados, sean grandes, medianos o pequeños, constituyen su esencia, el obligado respeto por la realidad, tantas veces olvidada.

13 ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 1.

14 "La Prensa", 20 de mayo, 9 y 23 de agosto de 1985, Brasil cuenta con 914 tanques, Argentina 470 con más de 30 años de antigüedad, de los cuales apenas una parte puede entrar en servicio; Chile con 231; Brasil y Chile cuentan con 600 misiles cada uno y la Argentina con 6.

3. — Es preciso establecer con exactitud cuáles son los estados de mayor relevancia, sus fuerzas y los intereses que los impulsan, en el mundo internacional.

Esos estados son en la actualidad los Estados Unidos, la Europa y las Repúblicas Soviéticas por sus adelantos industriales y sus armas atómicas. China recién comienza a despertarse y el Japón desmilitarizado no tiene el mismo relieve, los estados del Levante y del Asia Meridional carecen todavía del peso militar suficiente.

El primero de ellos, el más trascendente por su posición geográfica, por su riqueza y por sus fuerzas, son los Estados Unidos. Bajo la dirección de sus viejos hombres de estado, ambiciosos, capaces y a veces inescrupulosos, lograron formar un nuevo Imperio Romano, protegido al este por el Océano Atlántico y al oeste por el Océano Pacífico, frente a una Europa en decadencia, donde Francia representa el papel de Grecia, Inglaterra de Fenicia y las Repúblicas Soviéticas de las tribus amenazadoras de los conquistadores tártaros [15].

La posición geográfica, el clima, la riqueza de los recursos naturales y un extraordinario desarrollo técnico, parecen asegurarle un progreso creciente, a pesar de que comienzan a aflorar en su estructura, las mismas fisuras que destruyeron al Imperio Romano, en un lejano proceso de 400 años.

Así la política internacional norteamericana entró desde 1930 en una penosa etapa de involución, influida por un lado por los restos del viejo espíritu puritano y por el otro lado por el afán mercantilista. Cayó pronunciadamente el nivel de sus gobernantes y bastantes veces perdió el rumbo. Como en Roma la mezcla de razas y religiones, la proliferación de sectas extravagantes, la relajación de las costumbres, el alcoholismo y las drogas, la delincuencia organizada y las granjerías totemizadas, son otros tantos factores de desintegración.

La penetración marxista, generalmente bajo la amable

15 FERRARI y GALLO, *El '80'*, 661.

etiqueta del liberalismo, es palpable en las altas esferas de las Universidades, el periodismo y el gobierno.

En la Conferencia de Yalta, celebrada entre Roosevelt, Churchill y Stalin, del 4 al 11 de febrero de 1945, el Presidente norteamericano, asistido por sus consejeros marxistas, cedió livianamente a las Repúblicas Soviéticas todo el este de la Europa, la Alemania Oriental, Polonia, Checoslovaquia, Rumania, Bulgaria, Albania, Hungría y Yugoslavia y como corolario de la guerra "por la libertad", entregó sin escrúpulos, 90 millones de habitantes, la cuarta parte de la población de Europa, a la esclavitud, para ser aplastados por los tanques y ametrallados en las calles de Budapest y Praga. La Europa quedó mutilada, traicionó al mundo occidental y a su propio país que hoy paga con tribulaciones y sangre las consecuencias de su conducta.

Los posteriores contrastes militares en Corea, Vietnam, Irán y recientemente en el Líbano, preocupan la opinión de muchos de sus ciudadanos. Resurgen siempre ensangrentados los espectros de Roma, "¡Varo, Varo que has hecho de mis legiones!"

Todo cambia en este mundo, el dominio de los *wasp (white, anglosaxon, protestant)* ha desaparecido. Los irlandeses, los italianos, los españoles, centroamericanos, los levantinos, los griegos, los eslavos, los sionitas, los amarillos y los negros, *"el melting pot"* constituyen hoy la mayoría. Los mejicanos se han convertido de invadidos en invasores. La Iglesia Católica es el sector religioso mejor organizado y más numeroso.

Se ha logrado imponer por primera vez en 1960 un Presidente irlandés y católico, aunque al poco tiempo fue asesinado y en más o menos años, la aparición de un tribuno popular, iniciará los grandes cambios [16].

Luego de la sangrienta guerra de secesión que costó un millón de vidas, se han substituido los estrepitosos desfiles de los revolucionarios sudamericanos, por la eliminación más

16 ANDRÉS SIGFRIED, *Les Etats Unis d'aujour d'hui*, 1928, 136; el proceso de deterioro se ha acentuado visiblemente desde esa fecha.

discreta de los políticos molestos, Lincoln en 1865, Garfield en 1881, Mc Kinlay en 1900, los hermanos Kennedy, Huey Long y Luther King, el rifle de mira telescópica, ha sido elevado al rango de un nuevo órgano político.

Los funcionarios norteamericanos son en el orden internacional tan erráticos como los argentinos, por las mismas causas, las improvisaciones y la pequeña política aldeana. Nunca comprendieron que el trato con los demás estados del continente, que el panamericanismo, debía basarse en el equilibrio de las ventajas y no en las porfiadas fórmulas de las barreras aduaneras y del *take over*. Son en gran parte los responsables de los actuales disturbios en América, puesto que por causa de esa actitud sumieron vastos sectores en el hambre, instauraron la tiranía castrista en Cuba y no pueden ahora condenar puritanamente a los gobiernos que se defienden del terrorismo y tratan de apagar el incendio que han encendido, con tanto atolondramiento como imprudencia. El incendio solo les preocupa cuando llega a su umbral, como sucede en Nicaragua, y amenaza visiblemente en seguridad.

Pero a pesar de estos errores tienen el mérito de ser el motor de un extraordinario desenvolvimiento técnico y de constituir el baluarte más sólido, para frenar el avance de las Repúblicas Soviéticas, sobre un mundo decepcionado y una Europa inerte.

Quiérase o no, el elefante existe y lo más sensato es mantenerse a distancia, en una cortés convivencia; nada autoriza a algunos de nuestros funcionarios a tirarle de la cola, por complejos ideológicos, con el riesgo superfluo de recibir un trompazo, actitud que practican con menos inteligencia que los infantes que pasean los días de sol, ante las jaulas del Jardín Zoológico [16 a].

4. — Frente a los Estados Unidos yace la vieja Europa occidental, cuna del nuevo mundo. Antes dividida en vani-

[16a] "La Nación", 7 de agosto de 1985, la molesta advertencia del gobierno norteamericano a la Cancillería por la ayuda militar a Libia.

dosos reinados, empeñados en guerrearse los unos a los otros, para ampliar sus fronteras con unos pocos kilómetros y conquistar nuevas colonias, ahora bajo la amenaza de las Repúblicas Soviéticas y la presión de los grandes consorcios, han elegido una conducta más sensata. Fundamentalmente pequeños burgueses balzacianos, desconfiados y cultos, gracias al General De Gaulle en Francia, Adenauer en Alemania y De Gasperi en Italia, han levantado sobre las ruinas dejadas por la última aventura de 1939, los nuevos estados altamente industrializados.

A pesar de un espíritu cicatero, en un teatro reducido y decadente, es justo reconocerles que son los protagonistas de la gran cultura contemporánea y que a sus investigadores y sabios se deben los grandes inventos de esta época, desde la máquina a vapor, la electricidad, el teléfono, el telégrafo, la electricidad y de los grandes adelantos médicos desde las vacunas, los antibióticos, hasta el laser. Estados Unidos ha progresado gracias a sus contribuciones, la bomba atómica de 1945 fue construida por físicos italianos y húngaros, Enrico Fermi y Edward Teller.

Los ciclos históricos se repiten, es siempre la misma relación que entre Roma y Grecia, los dirigentes norteamericanos tuvieron la previsión de llevar a Estados Unidos después de las guerras de 1914 y de 1939 un gran número de sabios, técnicos y literatos europeos, que elevaron notablemente su nivel, en todos los órdenes.

Los europeos guiados por Robert Schuman, Jean Monnet y René Mayer, han constituido paciente y gradualmente un bloque federativo y supranacional, con una superficie de 2.253.500 kms² y 320 millones de habitantes.

El Tratado del Atlántico Norte (NATO) de carácter militar fue firmado en Washington el 4 de abril de 1949 por Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Gran Bretaña, Islandia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal y los Estados Unidos y luego por Grecia, Turquía y la Alemania Federal para "salvaguardar la paz y la seguridad y desarro-

llar la estabilidad y el bienestar del Atlántico Norte". Consta de un Secretariado General y del Consejo del Atlántico, formado por el Comité Militar de los jefes de Estado Mayor y un Comandante Supremo [17].

En el campo económico, la Comunidad Europea del carbón y del acero (CECA) fue creada el 18 de abril de 1951 y la Comunidad Económica Europea o Mercado Común (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATON) fueron reglamentados por el Tratado firmado en Roma, el 25 de marzo de 1957 por Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo y luego Irlanda y Gran Bretaña y recientemente España y Portugal "con la misión de establecer un Mercado Común y el acercamiento progresivo de los estados miembros, de promover un desarrollo de las actividades económicas en el conjunto de la comunidad, una expansión continua y equilibrada, una mayor estabilidad, la elevación acelerada del nivel de vida y de las relaciones más estrechas entre los estados que reúne" [18].

El Mercado Común es administrado por una Comisión de nueve miembros, designados de común acuerdo por los gobiernos y por un plazo de cuatro años renovables. Es asesorado por un Comité Económico y Social de 101 miembros y asistido por el Banco Euopeo de Inversiones. La Comisión está a su vez controlada por la Asamblea Parlamentaria Europea formada por 142 miembros y una Corte de Justicia que cuenta 7 jueces y 2 abogados generales [19].

La fuerza de los hechos, la expansión de las grandes organizaciones industriales, las comunicaciones, han debilitado los nacionalismos, porque los estados no son más autónomos, ni los problemas son locales y se esfuman los viejos mitos del socialismo versus el capitalismo, de la clase obrera frente a la burguesía, del militar contra el civil, de la Iglesia

17 ESPIL, *Política exterior*, 81, 106.

18 MEADE, LIESMAN y WELLS, *La unión económica*, 211, 227, 245.

19 MEADE, LIESMAN y WELLS, *La unión económica*, 84, 218, 482; ERNESTO B. HAAS, *Partidos políticos y grupos de presión en la integración europea*, 1966, 84, 385.

frente al Estado, porque el problema concreto es lograr la seguridad y el bienestar de los pueblos [20].

Los tecnócratas desplazan a los políticos y las élites de cada país se unen en busca de los mejores medios que pueden elegirse para mejorar el nivel general [21]. En cambio en los estados sudamericanos con menos experiencia y un atraso de cincuenta años, subsisten un superticioso nacionalismo y las verbosas discusiones bizantinas, que carecen de todo sentido de la realidad.

El Mercado Común impone un proteccionismo a ultranza, la abolición de las tarifas aduaneras entre los estados miembros y la sanción de tarifas prohibitivas contra los demás países, la aplicación de la misma política agraria, la libre circulación de las personas, servicios y capitales entre ellos, la aprobación de los acuerdos entre las empresas que contribuyan a mejorar la producción y la distribución de los productos, o promuevan el progreso técnico y económico y la condena de los acuerdos entre las empresas que tiendan a limitar la producción, el desarrollo técnico y las inversiones o el reparto de mercados o la fuente de suministros, como así, los arreglos que tiendan a crear condiciones desiguales entre sus socios, dumpings y discriminaciones fiscales. Hasta emite sus propios pasaportes internacionalmente válidos.

Este cuadro no soluciona todas las diferencias subyacentes, ni anula la celosa competencia entre los distintos sectores, industriales y agropecuarios [22].

El Mercado Común es un factor ponderable en el orden militar y económico, pero movidos por otras experiencias y por otro espíritu, por intereses distintos, mantienen un precario acuerdo con los Estados Unidos. No quieren dejarse absorber por sus empresas y desconfían de su apoyo en el caso de un conflicto con los Estados del Pacto de Varsovia. Temen que sólo intervendrán en la medida de sus propios intereses, posiblemente tarde, como en las guerras de 1914 y

[20] HAAS, *Partidos políticos*, 35.
[21] HAAS, *Partidos políticos*, 70.
[22] "La Prensa", 8 de junio de 1985.

1939 y sus pueblos no están dispuestos a combatir en el caso de un choque serio "más vale rojo que muerto".

Las discrepancias surgieron agriamente con motivo de la construcción del gasoducto siberiano, de la venta de los cereales a las Repúblicas Soviéticas, el reciente bloqueo a Nicaragua [23] y por el plan del Presidente Reagan, sobre la guerra de las galaxias [24].

El Mercado Común subvenciona a sus productores rurales y en cambio el gobierno argentino les retiene término medio el 30 % del precio de venta más un 20 % como diferencia de cambio y así socava sus fuerzas e impide la recuperación del país.

Cuando la Argentina se hallaba bien administrada, era para Europa el más seguro refugio para sus capitales y sus inmigrantes fluían esperanzados, para trabajar en los campos y crear nuevas industrias, pero hoy por la inseguridad, los impuestos confiscatorios y la inflación se ha llegado al absurdo de que ni siquiera es un refugio para los argentinos, que emigran con sus capitales a países mejor gobernados.

Con una buena política económica y una diplomacia más previsora, los actuales embarazos pueden superarse. La Argentina, por sus lazos ancestrales con algunos países europeos, puede recomponer fácilmente sus relaciones con España, Italia, Grecia y Suiza. La Francia y la Alemania Federal están siempre dispuestas a cambiar de bando ante las perspectivas de un buen negocio. A pesar de todos esos tratados, tampoco los europeos se sienten muy seguros y buscan angustiadamente los países que puedan servirles de refugio para sus hijos y sus empresas.

Si se restauran en nuestro país las viejas garantías, la seguridad, bajos impuestos y perspectivas de progreso, pronto arribarán a nuestras playas. En una Europa amenazada por una espada de Damocles, pendiente sobre sus cabezas y la

[23] "La Nación", 1º de junio de 1985.

[24] "La Nación", 8 de junio de 1985; JACQUES BEAUMEL, *El SDI de Reagan;* FRANÇOIS PUAUX, *Del mal uso de las reuniones cumbres,* "Revue de Deux Mondes", junio 1985, 594, 666.

única alternativa de perecer carbonizados por la explosión de los cohetes norteamericanos o de los cohetes soviéticos, la América del Sur puede volver a ser, como en el pasado, el más promisorio camino [24 a].

Pero en el momento actual, Francia, Alemania Occidental y los principales países de la cortina cerealista prefieren dirigirse a Brasil y a Méjico, que mejor gobernados, les ofrecen mayores perspectivas de un buen porvenir [25].

El intercambio entre Francia, Brasil y Méjico es cinco veces mayor que con la Argentina. En el período de 1978 a 1982, el balance comercial entre Francia y el Brasil fue de 3.352 millones de dólares a favor de éste y el intercambio entre Francia y Méjico en el mismo período fue de 1.616 millones de dólares a favor de Méjico, en cambio en el mismo período el balance entre Francia y la Argentina fue de 213 millones de dólares en contra de ésta, penosa prueba de una deficiente conducción económica y diplomática.

No debemos tampoco deslumbrarnos con Europa, fuente de tantas venturas y desdichas, debe recordarse que el mundo cambia, los mercados europeos han perdido importancia, el centro comercial del mundo se desplaza hacia el Pacífico, con una mayor población y mayores riquezas. El Japón cuenta con 94 millones de habitantes y un progreso industrial incontenible, China con 716 millones, la India con 440 millones, Indonesia con 96 millones, Corea del Sur con 26 millones y Taiwan con 17 millones en pleno progreso, deseosos de materias primas y de un intercambio feraz, más interesante para nuestro país.

El progreso industrial del Japón llega a tal volumen que se extiende por todo el Pacífico, la Europa y socava la economía norteamericana, que ya no puede competir con sus automóviles, relojes, artículos ópticos y tejidos. Hay críticos norteamericanos que se preguntan con inquietud quién ganó la guerra.

24 a FRANÇOIS PUAUX, *El Apocalipsis cotidiano*, "Revue de Deux Mondes", julio 1985, 148, el "desarroi" de los países europeos.

25 CARLOS OLIVA, *El desequilibrio de los intercambios entre la Francia y la Argentina*, "Revue de Deux Mondes", mayo 1985, 387.

Una posición característica y trascendente ocupa la República de Sudáfrica, de origen boer y holandés, sujeta actualmente a los embates marxistas y con quien podríamos ampliar ventajosamente nuestras relaciones [25 a].

Rica y bien administrada, su importancia estratégica y económica es excepcional. Desde el Cabo controla la navegación del Atlántico Sur y del mar Índico. Cruzan mensualmente por sus costas 2.400 barcos de carga general y 600 petroleros, la sobrevivencia del mundo libre pasa por el Cabo.

Produce en las minas de Witwatersrand el 52 % del oro que se extrae en el mundo y en las minas de Kimberley el 90 % de los brillantes. Además brinda el 83 % de platino mundial, el 59 % del cromo, el 80 % del manganeso, el 44 % del vanadio, titanio y óxido de uranio.

Los 5 millones de blancos que viven en esa República se ven obligados a aplicar una cuidadosa política discriminatoria de defensa, antes de ser devorados por los 25 millones de negros que cohabitan en su territorio. Pero si los blancos ceden, su futuro será negrísimo [25 b].

Naturalmente que las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU, impulsadas por las Repúblicas Soviéticas y sus satélites, Francia a la cabeza, que condenan escandalizadas la discriminación racial, discriminación que practican sin miramientos en sus propios países, no responden a motivos platónicos. La importancia geopolítica y sobre todo las riquezas de la República Sudafricana ofenden sus sentimientos humanitarios y están agazapados a la espera de la oportunidad para apoderarse de un botín que incita sus viejos complejos colonialistas [25 c].

Nuestra Cancillería, con sus habituales impulsos románticos, aplica simultáneamente dos doctrinas, sin advertir que

25 a JOHN GUNTHER, *El drama de Africa*, 1960, 539; LAGOS, *Patagonia*, 63; los pobladores boers en el sur.

25 b "La Prensa", 28 de agosto de 1985.

25 c JACQUES SOUSTELLE, *El Africa del Sud, la Francia y el Imperialismo soviético*, "Revue des Deux Mondes", septiembre 1985, el único país africano donde los negros comen bien.

son incompatibles. En Nicaragua se opone a toda intervención a un gobierno totalitario y despótico que más se parece a una bomba incendiaria y en Sudáfrica aboga, vehementemente, por la intervención para destruir las bases de un estado pacífico, cristiano y occidental, donde los negros disfrutan de mayores garantías y de más bienestar que en todo el resto del continente africano.

La mala suerte quiere que en ambos casos nuestra Cancillería se contraponga a la política de los Estados Unidos y apoye la política expansiva de las Repúblicas Soviéticas, con los naturales inconvenientes [26].

No se ha comprendido que nuestro interés es mantener las mejores relaciones con Sudáfrica, ya que nos encontramos política y geográficamente en posiciones paralelas, con importantes vistas comunes.

5. — Dentro y aparte del mundo europeo, son más complejas nuestras relaciones con Gran Bretaña por causa del extemporáneo y mal planeado desembarco a las islas Malvinas, el 2 de abril de 1982.

La influencia británica en el desarrollo sudamericano ha sido considerable; en la colonia fueron los principales agentes del contrabando. El 25 de mayo de 1810 actuaban en Buenos Aires 124 comerciantes británicos amparados por el Tratado del Asiento. Más de 1.000 soldados de las tropas de Beresford y Whitelocke desertaron y se afincaron en el interior; muchas familias argentinas llevan apellidos traducidos por los párracos del inglés [27].

26 ROBERT DU PLOY, *La importancia estratégica del Africa del Sud*, "Revue de Deux Mondes", mayo 1985, 323.

27 H. J. FERNS, *Gran Bretaña y la Argentina en el siglo XIX*, 1966, 119; LEOPOLDO PÉREZ RODRIGUEZ, RAFAEL ADDIEGO BRUNO y WASHINGTON DUARTE DI MARTINO, *Historia de la influencia británica en el Río de la Plata y especialmente en el Uruguay*, 1946; CARLOS ROBERTS, *Las invasiones inglesas*, 1938, 96, 159, los ejemplos son numerosos: Bond = Bon; Butler = Buteler; Brown = Brun; Colman = Colina; Correy = Correa; Duggan = Dogan; Elms = Olmos; Hill = Gil; Field = Campos; Kelly = Gelly; Noones = Núñez; Reilly = Reiles; Taylor = Sastre; Shepherd = Pastor; Lawrence = Lorenzo; Wood = Madero; Bell = Campana; Varns = Warnes y los más conocidos Queenphait = Reinafé; Wymes = Güemes.

La Logia Lautaro se reunía en 27 Grafton Square y trabajaba con el apoyo de William Pitt y Jorge Canning, los oficiales que acompañaron al General San Martín, Diego Paroissien, Stapleton Crawley, Guillermo Miller, Basile Hall, Peter Heywood y Juan O'Brien, eran británicos; los tripulantes de los barcos eran también británicos; las campañas de la Independencia tuvieron su pleno apoyo [28].

Las empresas de John y William Parish, Robertson, James White, Barber, Beaumont y John Armstrong poblaron las zonas de Quilmes, Monte Grande, San Vicente y Chascomús [29]. El General Juan Manuel de Rosas fue su gran protector y su influencia fue decisiva. En 1833 se fundó el primer Templo Protestante y en 1841 el Club de Residentes Extranjeros; el comercio de los cueros para el pertrecho de los ejércitos europeos y de la carne salada para los esclavos del Brasil y Cuba era el renglón más importante [30].

Thomas Duguid, Edward Lumb, Daniel Gowland, George White, Samuel Lafone, Guillermo Wheelwright y Eduardo Casey establecieron las grandes compañías de tierras, la Santa Fe and Cordoba Great Southern Land Company, la Argentine Land and Investment Company, la Curumalal Land Company, la Compañía de Tierras, Maderas y Ferrocarriles La Forestal. En 1869 trabajaban en la Provincia de Buenos Aires 40.000 irlandeses, escoceses e ingleses, propietarios de dos millones de acres y treinta y cinco millones de

28 TEODORO CAILLET BOIS, *Ensayo de la historia naval argentina*, 1929, 85, 140, 154, 175, 183, 212, 231, 299; MICHAEL G. MULHALL, *The English in South America*, 1876, 170; por ejemplo Russel, Seavers, Smith, Stang, Clark, Chitty, Drummond, Granville, Mason, Shannon, Toll, Parker, Beazley, Warms, Robinson, Bathurst, De Key, Hogden, Cobbett, Thorne, Prouting, Roller, Livinston, Bailey, Craig, King, Bowness, Hay, French, Thompson hasta los grumetes.

29 GUILLERMO ENRIQUE HUDSON, en *Allá lejos y hace tiempo*, 1938, 140, 160, 185, 255, 285, conserva el testimonio más sincero y encantador de la vida y trabajos de los pobladores británicos en la zona de Quilmes y de su admiración por el General Rosas; JORGE M. MAYER, *Alberdi y su tiempo*, 1973, 1322.

30 FERNS, *Gran Bretaña*, 127; DRAGO, *El Congreso de Panamá*, 103, la nota del General Alvear a Lord Strangford.

ovejas. Las primeras colonias trajeron las trilladoras, los arados de acero, los alambrados de Newton e instalaron los ferrocarriles a Tucumán y Río Cuarto, el gas, los puertos de Buenos Aires y Rosario, tranvías, cervecerías, curtiembres, fundiciones, fábricas de calzados y de ladrillos, aserraderos a vapor y plomerías [31].

The River Fresh Meat Co. se formó en 1883; en 1893 se instaló en Campana Las Palmas Produces Co., luego en Zárate la Smithfield and Argentine Meat y poco después en el puerto de Colón el Liebigs; el número de cabezas faenadas subió de 60.000 en 1905 a 200.000 en 1910. La Argentina era para los inmigrantes británicos "El Dorado".

Construyeron en 1895 el ramal del Ferrocarril Sud para defender a la Argentina de una invasión chilena e impidieron en 1942 que Cordell Hull, en un rapto de furor hitleriano, hiciera bombardear la ciudad de Buenos Aires [32].

Nuestra empeñosa Cancillería, con su acostumbrado olvido de las realidades internacionales, ha conseguido la hazaña diplomática de transformar, en pocos años, un valioso aliado en un enemigo.

Entre 1810 y 1860 los británicos y los alemanes fueron los más numerosos inmigrantes: el 68 % y el 22 %. Luego llegaron entre 1890 y 1914 los nuevos contingentes, los italianos del sur, los españoles formaban el 40 %, los eslavos el 26 % y los británicos conservaban todavía el 24 % [33].

En 1930 la Argentina absorbía el 12 % de las inversiones británicas en el extranjero, Australia el 13 % y Canadá el 14 %. El 60 % de los capitales invertidos en los ferrocarriles, que fueron la llave del gran desarrollo de esos años,

31 OCTAVIO C. BATTOLLA, *Los primeros ingleses en Buenos Aires*, 1928, 84; M. G. y E. MULHALL, *Manual de las Repúblicas del Plata*, 1876; WILFRED LATHAM, *Los estados del Río de la Plata, su industria y su comercio*, 1867; STEPHEN WEBSTER, *Emigration to the River Plate, succes of the British subjects*, 1871, 70; PEDRO GRENNON, *Internación de los prisioneros ingleses*, 1929, 66, 96, 112, 135; ARTHUR E. SHAW, *Forty years in the Argentine Republic*, 1907, 72.

32 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, 66, 108.

33 SCOBIE, *Revolution on the pampas*, 27.

eran de origen británico. Las inversiones extranjeras alcanzaban a 600 millones de libras, de las cuales el 60 % era británico, el 15 % francés, el 8 % alemán y apenas el 1 % norteamericano [34].

Tenemos con Gran Bretaña mayores campos de entendimiento que con los Estados Unidos, porque las dos economías son complementarias y han establecido numerosos lazos, con mutuos beneficios, desde antes de la Revolución de 1810. La única diferencia reside en las islas Malvinas y ésta se disipará temprano o tarde por la fuerza de las distancias geográficas y de los intereses.

Es indispensable tener presentes tres factores: el primero, la decadencia inexorable del Imperio Británico, que ha perdido casi todas sus colonias, igual que los árboles sus hojas en otoño; el segundo, su vulnerabilidad ante los cercanos cohetes soviéticos que en cualquier momento pueden arrasar la isla; el tercero, que la Argentina será, en el futuro, como lo fue en el pasado, el más valioso refugio para sus empresas.

Bastará pues esperar, esperar sin concesiones ni apresuramientos, que las brevas maduren, como enseña el proverbio chino basta sentarse y aguardar que pase el cortejo fúnebre de los anacrónicos hierofantes.

6. — El otro factor es el viejo Imperio de los Romanov, la actual Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de Pedro el Grande y de Stalin, que se extiende de Polonia hasta el Pacífico con una superficie de 22 millones de kms² y una población de 225 millones de habitantes.

Es gobernado por un régimen totalitario en el orden económico y en el orden político y lo que es en realidad más grave, obtusamente materialista y ateo en el orden intelectual. Con menos libertad que en los años de los Zares, los derechos personales son para sus funcionarios una supers-

[34] FERRARI y GALLO, *El '80'*, 374, 401, 410, 484, 542, 564, 645; SCOBIE, *Revolution on the pampas*, 36

tición burguesa, peligrosísima para el bienestar de los pueblos [35].

Como la naturaleza humana cambia poco, los boyardos se han transformado en unos comisarios igualmente aficionados en privado al vodka y a la vida alegre. Una selecta policía, la más numerosa del mundo, observa con atención las más ligeras desviaciones teológicas y lleva a los aturdidos críticos a trabajar en los helados campos de Siberia para refrescar saludablemente sus cabezas; se acabaron los grandes novelistas y músicos del siglo pasado.

Los bienes, fábricas y campos, los instrumentos de producción son de la propiedad exclusiva del Estado. Pero embarazados por el peso de la burocracia y la falta de iniciativas individuales, no han logrado la eficiencia de las organizaciones capitalistas de Occidente.

Aplican también algunas medidas elogiables, así envían a los administradores de las empresas que no logran hacerlas funcionar satisfactoriamente, a picar piedras en alguna lejana cantera, solución que podríamos adoptar en nuestro país con notables ventajas.

Cuentan en los Urales y en Siberia con los mayores yacimientos de oro después de Sudáfrica, y extraen 50.000 kilos anuales, más de 5.000 kilos de platino, además producen el 20 % del cobre, el 15 % del petróleo, el 20 % del acero, el 28 % del trigo, el 50 % del centeno, el 10 % del azúcar y el 15 % del algodón del total mundial. Elaboran tres millones de toneladas de carne, cuando los Estados Unidos pasan de 7.500.000, el consumo de azúcar es de 20 kgs. por persona y por año, frente a 45 kgs. de los Estados Unidos.

Sus equipos están atrasados y emplean en la producción agraria 40 millones de habitantes y los Estados Unidos emplean 12 millones, con un mayor rendimiento. El sistema de transportes es todavía anticuado, los ríos se congelan en invierno y la maquinaria industrial es deficiente. Las condiciones de trabajo son duras y las escalas de salarios suben

35 FELIPE A. ESPIL, *Política exterior en la edad nuclear*, 1969, 32.

de 1 a 50; en la cumbre de la pirámide se encuentran los dirigentes del partido, los ingenieros, los científicos, los directores de empresa, aquellos que han ideado nuevos métodos de producción, los profesores universitarios y los artistas, para quienes están además reservadas las dashas.

Por supuesto que el dogma de la igualdad, otro viejo prejuicio burgués, ha sido violentamente eliminado y substituido por el más eficaz reconocimiento de las capacidades.

El obrero ruso gana la mitad del obrero occidental de igual rango y con igual moneda, el ingreso individual de los países capitalistas es de 10.000 dólares anuales y en las Repúblicas Soviéticas de sólo 3.800, pero casi el doble que muchos obreros sudamericanos.

La producción mejoró notablemente después de la muerte de Stalin, aunque todavía el ciudadano ruso sólo consume el 30 % del ciudadano norteamericano. Producen anualmente 330.000 automóviles y los Estados Unidos 7.800.000; emplean un millón de aparatos de televisión y en los Estados Unidos funcionan 39 millones. La construcción de viviendas ha sido con la agricultura, los dos puntos más débiles de su economía y continúan atrasados. Sólo disponen de 7,8 m² por habitante, a tal punto que se ha abierto heréticamente, en esos renglones, la puerta a las iniciativas privadas.

La renta bruta nacional socialista es tres veces mayor que la de Gran Bretaña y en los últimos 17 años ha aumentado 17 veces. Aparece una nueva clase de cuidadosos empresarios y cada ciudadano soviético pretende hoy tener un Fiat en su garaje [36].

Mantienen un enorme ejército con cinco millones de soldados bajo las armas, 125 divisiones, 35.000 tanques, 10.000 aviones y una armada de diez cruceros y ciento diez destroyers [37].

Han apostado 400 cohetes SS-20 de tres ojivas, o sea 1.200 bombas atómicas de alcance intermedio sobre Europa,

36 FELIPE A. ESPIL, *Política exterior*, 115, 117.
37 FELIPE A. ESPIL, *Política exterior*, 56.

cuando la OTAN sólo tiene 126 Pershings-2 de una sola ojiva. Tienen más de 9.700 cabezas de largo alcance que llegarán a 12.000 hacia 1990 y sus posibilidades de despegue pueden llegar a 21.000.

Enfrente los Estados Unidos han iniciado el programa de la "Iniciativa de Defensa Estratégica" (IDS) o guerra de las galaxias, basado en los rayos laser, que pretende ser otra Línea Maginot, instalada esta vez en las nubes, y Francia en abierta disidencia, le ha opuesto el proyecto Eureka.

Mantienen a flote 250 submarinos, la mitad de propulsión nuclear, contra 200 de la NATO, del tipo Delta-3, Typhoon de 25.000 toneladas, armados de cohetes SS-N 20, Tango a diesel, Mike, Sierra, Alpha, con cascos de titanio y una velocidad de 40 nudos, todos armados de misiles, y una reserva de 300 a 600.000 minas que amagan las costas norteamericanas y las rutas marítimas [38].

Se han extendido por culpa de la defección del Presidente Roosevelt sobre media Europa. Mientras entretienen a los gobernantes norteamericanos con escaramuzas en Cuba y Nicaragua, después de la caída de Saigón en 1950, han agregado a su órbita 13 países: Afganistán, Angola, Benin, Camboya, Cuba, Etiopía, Irak, Laos, Libia, Mozambique, Siria, Vietnam, Yemen del Sud y ahora Nicaragua, con la mira puesta sobre Sudáfrica.

Tienen actualmente dos objetivos: el primero, la Arabia, para apoderarse de los pozos petroleros y someter el mar de Omán; el segundo, Sudáfrica, para controlar el tráfico del Atlántico Sur y apoderarse de sus minas de oro, que sumadas a las propias, dominarían las finanzas mundiales [39].

Su sistemática propaganda ideológica seduce más fácilmente las masas que la intermitente e ingenua propaganda yanki. Según ciertos autores, discípulos de Bismarck y de Mackinder, la alianza con una China actualmente recelosa, les aseguraría por la suma de las fuerzas y los recursos, el

38 JACQUES BEAUMEL, *La amenaza marítima soviética*, "Revue des Deux Mondes", febrero 1985, 309.

39 FELIPE A. ESPIL, *Política exterior*, 19, 40, 52.

dominio del mundo, y nuevamente los tártaros se abalanzarían sobre el Imperio Romano.

Hoy son nuestro principal cliente para la compra de cereales, carnes y vinos y nos suministran las grandes turbinas para las represas, sus flotas pesqueras recalan en los puertos del sur y se ha formado una "*liaison dangereuse*".

7. — Tampoco es cómoda nuestra posición en el hemisferio sur. La Argentina se halla flanqueada por dos estados. Chile allende la Cordillera, y el Brasil, sucesor del Imperio de los Braganza, cuyos buenos augurios son sólo intermitentes. Cuenta en cambio con la sincera amistad de Perú y de Bolivia, pero ha perdido por culpa de los gobernantes porteños y la fratricida guerra de 1865, el tan necesario apoyo del Paraguay.

Los gobernantes brasileños se hallan empujados desde el siglo XVI, fatalmente hacia el sur, por otra ley geopolítica, la ley del sol. El sol, siempre el sol incandescente, y la escasez de tierras cultivables los ahoga y un reflejo atávico los empuja sobre sus vecinos, "dueños de los bellos territorios que necesitan". Esta presión no se disipará con brindis y abrazos de confraternidad porque las corrientes históricas son generalmente más impetuosas que los buenos deseos.

Poco ha cambiado la política secular de los Braganza, de la Colonia al Imperio, del Imperio a la República. Es una seria equivocación suponer que esa política dependa de la intervención episódica de determinados personajes, Ministros o Embajadores, de sus simpatías personales o de sus prevenciones, y que con un cambio de elencos, su política prepotente en las represas Sete Quedas, Umuarama e Itaipú, pueda cambiar. Consecuencia del sol, de una ley geográfica y de planes cuidadosamente estudiados, es más fuerte que las prendas individuales de los sucesivos funcionarios [40].

Los herederos de los Braganza ven reaparecer en la Argentina los estandartes del Gobernador Bruno Mauricio

[40] MAYER, *La política de los Braganza*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", nº 16, 790.

de Zabala y del Virrey Pedro de Cevallos; ven renacer al viejo Virreinato, el baluarte que detiene la marcha Imperial hacia los Grandes Ducados del Plata, hacia los pastos, los trigales, los viñedos, las haciendas y el petróleo, el obstáculo que les impide extender la proclamada hegemonía lusitana, sobre toda la América del Sud.

Poco hay que esperar del Brasil y de sus diplomáticos que estimaran los gestos amistosos como simples pleitesías. Sólo podrá lograrse una convivencia razonable con una política atenta y firme. No ceder nada sin su exacta equivalencia. La simpatía que la Argentina siente por el Brasil, los sambas y las cariocas, las buenas maneras, no son un inconveniente para adoptar las medidas puntillosas que le hagan comprender que los sentimientos deben ser recíprocos y expresarse con hechos equivalentes.

Sus doscientos millones de habitantes confinados en la décima parte de su territorio, plantean problemas sociales insolubles que se agravarán paulatinamente por la presión interna de sus esporas culturales, algunas heterogéneas y otras desintegrantes. Incuba dentro de sí los límites restrictivos y tormentosos de su desarrollo. Paralelamente la desasosegada parábola de este proceso, afectado por agudas crisis periódicas, es una fuente de conflictos y conlleva estorbos premiosos para la paz y la prosperidad de sus vecinos de la América hispánica.

Es pues necesario detener el avance brasileño en las provincias del norte, restringir prudentemente la venta de tierras, la instalación de bancos, casas de comercio y empresas brasileñas en la cuenca de los grandes ríos.

Con la habilidad diplomática heredada de los Braganza, el Brasil se apoyó, en el curso del siglo XIX, en una alianza con Inglaterra, y al declinar su poderío a principios del siglo XX, se plegó incondicionalmente a la órbita norteamericana.

Al estallar la guerra de 1939 el Presidente Getulio Vargas y su Canciller Osvaldo Aranha declararon en todo el territorio a los alemanes, holandeses y a los japoneses, fili-

pinos y con discursos tropicales de amistad, sortearon los conflictos y obtuvieron de sus ingenuos interlocutores "ventajas increíbles". Reequiparon totalmente las fuerzas armadas, recibieron los dos tercios de la ayuda de guerra enviada a la América Latina, construyeron aeródromos, hicieron grandes obras en los puertos de Recifes y Bahía, obtuvieron un crédito de 100 millones de dólares, fomentaron el desarrollo de las minas de Iberá y de la Victoria Mines Railroad, la producción de caucho crudo en el cauce del Amazonas y la construcción de la planta siderúrgica de Volta-Redonda. Dejaron pasar la ola sin comprometerse demasiado y la utilizaron para impulsar el adelanto del país, lograr toda clase de réditos comerciales y un generoso apoyo militar [41].

Estos son los factores que influyen, quiérase o no, sobre la política internacional argentina, con un peso constante y a veces descomedido. Por fortuna nos encontramos alejados geográficamente del saturado hemisferio norte y de sus diferencias irritativas y conservamos cierto campo de maniobra, si utilizamos con inteligencia los elementos que corren a nuestro favor y navegamos en el sentido de las corrientes, sin provocar conflictos verbales y engorrosos.

Lo más serio es que no tenemos en el hemisferio norte, a pesar de tantos viajes y discursos, ni aliados ni amigos verdaderamente influyentes.

41 MAYER, *De Monroe a las Malvinas*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", nº 21, 440.

Capítulo IV

LAS ILUSIONES Y LOS CAMBIOS

1. Las ilusiones. 2. Los errores. 3. Latinoamérica. 4. Los cambios.

1. — A causa del desdeñoso olvido de las realidades, la diplomacia argentina ha caído de error en error y a pesar del apoyo de "la predilecta Libia", se encuentra prácticamente sola, cercada por el Brasil, aliado a los Estados Unidos, y por Chile, aliado a Inglaterra [1].

Han concluido los tiempos de las recepciones, de las romerías y de la vida fácil, es indispensable emprender a tiempo las reformas si queremos sobrevivir como nación.

Las ilusiones que nos han llevado a esta encrucijada son varias y fácilmente identificables. La primera fue la Argentina "potencia", de lejanos antecedentes, que resurgió jactanciosamente en los años de euforia. En 1900 Juan Agustín García señalaba que uno de los sentimientos que se destacaba en la sociedad de esos tiempos, era la fe en la grandeza futura del país, respaldada entonces por el extraordinario progreso de una Argentina bien gobernada [2].

Ese sentimiento se afianzó por obra de una notable prosperidad en los comienzos de este siglo, a pesar del breve intervalo causado por la crisis mundial de 1929, eficazmente superada. Luego, al estallar la guerra de 1939 la Argentina

[1] GUSTAVO FERRARI, *Esquema de la política exterior argentina*, 1981, 3, 86.

[2] JUAN AGUSTÍN GARCÍA, *La ciudad indiana*, 1900, 6.

se convirtió nuevamente en el preferido refugio de los habitantes de Europa y fue la gran proveedora de alimentos y pertrechos para los aliados. Un ex presidente atestiguaba que no se podía caminar por los pasillos del Banco Central, atestados con los lingotes de oro, que se esfumaron más tarde bajo su administración.

Más absurdo es el agravio que ahora nos dirigen numerosos funcionarios al proclamar a voz en cuello en los recintos internacionales, que somos un país "subdesarrollado", cuando por la población, la cultura y los recursos, somos un país plenamente desarrollado, a pesar de los esfuerzos que han hecho algunos gobiernos para reducirnos a ese triste nivel.

Nuestras desdichas se deben a la obra de algunos jeques y no al país que piensa y trabaja. Si este es un recurso para mendigar dineros en el exterior, como los lisiados que se exhiben en las puertas de las iglesias, además de poco serio es contraproducente, porque ningún banquero se halla inclinado a prestar a quien no tiene la capacidad suficiente para devolver el préstamo y los intereses.

Por el mismo camino y en forma igualmente censurable, se ha llamado a la Argentina país irrelevante. Tal fábula denota una total ignorancia de las leyes de la historia y de la geopolítica. La Argentina, por su posición, sus valores intelectuales y sus relaciones con los países latinoamericanos y europeos, conserva una apreciable gravitación y será siempre la fuente de las materias primas que el mundo necesitará, cada vez más, con el aumento de las poblaciones.

No se le pueden imputar los errores de los gobiernos erráticos que ha sufrido como no se puede imputar al pupilo las culpas del tutor. No hay además enemigos pequeños; Estados Unidos a pesar de su enorme potencial nada ha podido hacer contra Cuba, sentada frente a sus puertas y tiene que aguantar las insolencias de sus gobernantes. Hoy mismo, a pesar de los exorcismos de la Casa Blanca, poco puede hacer contra un pequeño país como Nicaragua, que amenaza con incendiar Centroamérica.

De estos errores ópticos nace la masoquista manía de clasificar la Argentina entre los países del Tercer Mundo, como si calzáramos babuchas y nos trepáramos a la copa de los árboles para recoger nuestro desayuno, cuando tenemos el Teatro Colón, los mejores petizos de polo y el Campeonato Mundial de Fútbol, para refutar a los incrédulos.

América es la Europa mudada a un nuevo continente, más saludable, con sus virtudes y defectos y nada autoriza a tergiversar nuestro origen y nuestra cultura, con el discutible objeto de lograr más votos en las Asambleas de la ONU.

Debemos, sí, hacer un profundo examen de conciencia para establecer qué somos y dónde estamos, cuál es el origen de nuestros males. La solución no se encuentra en renegar de nuestra identidad y en vestir de taparrabos o tocar música rock, sino en reafirmar nuestro ser nacional y trabajar con seriedad, la seriedad que tanto nos falta.

Los intereses de los gobiernos europeos y americanos son solidarios y nada ganarían con estrangular las Repúblicas de la América Latina, porque encenderían una nueva guerra de la Independencia y perderían sus inversiones, en un mercado siempre interesante para el futuro.

Los indignados reclamos del gobierno de Francia al gobierno de las Repúblicas Soviéticas, para obtener la devolución de los empréstitos que le habían acordado al gobierno zarista con el fin de construir los ferrocarriles, particularmente el Transiberiano, antes de 1914, fueron terminantemente rechazados, por provenir de un corrompido gobierno capitalista, a pesar de lo cual los dos países continuaron aliados.

El atraso de la Argentina en los ramos de la tecnología y de la informática, es sólo una variante del cuento del ogro con que se asusta de noche a los niños. La tecnología y la informática son muy útiles, pero sólo accesorios, ninguna computadora por perfeccionada que sea, ha logrado pensar. Es además bastante fácil comprar o copiar a un precio reducido, estas técnicas, como hizo el Japón con resultados excelentes. Naturalmente que es también necesario reformar

nuestras Universidades, tan propensas a la verbosidad y formar elencos capaces de emplearlas.

Las ideologías, las frases hechas, a que son afectos algunos sectores políticos, para evitar el esfuerzo de analizar y pensar, han caído en una franca declinación, como sucedió con el prestigio de los silogismos al final de la Edad Media, porque tampoco pueden enfrentarse con las pruebas de la experiencia, de la realidad.

Los ingenieros de las empresas capitalistas establecidas en las Repúblicas Socialistas, no tienen diferencias técnicas con los ingenieros marxistas.

La clasificación de los partidos en conservadores o izquierdistas ha perdido validez, porque es tan artifical como la de unitarios y federales, condenada por Echeverría en el Dogma Socialista de 1838. Lo importante es la idoneidad de los funcionarios, exigida por el artículo 16 de la Constitución y los resultados de su administración. ¿Fue Napoleón un gobernante de derecha o de izquierda?

La realidad, los hechos pertinaces y a menudo desagradables, se imponen a la retórica. Los axiomas y los fetiches carecen de solidez frente al desabrido cuadro del actual mundo político y económico. El fin de los gobiernos es uno solo: asegurar la libertad y el bienestar de los ciudadanos, si lo consiguen triunfan, si no lo consiguen, cualesquiera que sean sus buenas intenciones, fracasan.

La segunda ilusión de nuestros gobernantes ha sido la de suponer que Dios es criollo y que en su infinita misericordia, está dispuesto a perdonar las herejías que perpetran con tanto entusiasmo sus hijos, en las húmedas orillas del Plata.

Esta ilusión, recuerdo de los clarines del Centenario y de los himnos de Darío, alentada por la bonanza que acompañó por tanto tiempo a la Argentina, se ha desvanecido. Ayúdate y Dios te ayudará, dice el proverbio, y en estos años sólo hemos sufrido los escarmientos que merecíamos por nuestros pecados.

En el campo internacional nada se logra sin capacidad,

trabajo y empeño. Las hegemonías, que se reducen generalmente a rivalidades comerciales, en un mundo cada vez más necesitado, son apremiantes. Es pues indispensable encarar las relaciones internacionales con objetivos prudentes y claros, el frío conocimiento de los factores que influyen en el atribulado teatro humano y abandonar el romanticismo, que nos ha conducido a tan penosos extravíos.

2. — Además de estas dos ilusiones, el país ha sentido las secuencias de varios errores. El primero es no haber tenido una política internacional con rumbos fijos y concretos, como lo señalan Sarmiento, Joaquín V. González y Ernesto Quesada [3].

Los gobernantes del siglo pasado, preocupados por los problemas internos, una porfiada anarquía, las depredaciones de los caudillos, indios y montoneros, la necesidad de organizar un estado incipiente y de poblar desiertos inconmensurables, fijaron su vista en el interior, campos y ríos.

Las sucesivas misiones de Matías Irigoyen a Londres, de Manuel de Sarratea a Río de Janeiro y a Londres, de Diego de Saavedra y de Juan Pedro Aguirre a los Estados Unidos, de Belgrano, Rivadavia y Valentín Gómez a Francia, tuvieron por fin comprar las armas necesarias para la guerra y obtener el reconocimiento de la Independencia de las Provincias Unidas del Sud.

El mundo exterior, la Europa legendaria y fascinante del siglo XIX, sólo se columbraba a través del Atlántico, surcado por unos pocos y lentos veleros y en la opinión común, era la fuente de las cacerolas inglesas y de los libros franceses. Apenas les preocupaban a los gobernadores de Buenos Aires las intermitentes relaciones con el sediente Imperio de los Braganza y no dedicaban más tiempo a esos temas que el necesario para consultar la cotización de los cueros de vaca.

Cuando los problemas internacionales se presentaron a fines del siglo, en medio de una gran abundancia, creyeron

[3] ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 469.

que bastarían unas amigables reuniones para solucionarlos. Ajenos a las luchas dinásticas y a las reprochables ambiciones de los monarcas, se sentían tranquilos en una sedante lejanía.

La falta de planes y metas internacionales bien definidos, fueron substituidos, según Gustavo Ferrari, por cinco constantes: primero el facilismo, segundo el aislacionismo, tercero la cómoda evasión por medio del derecho, cuarto el absurdo enfrentamiento con los Estados Unidos y el europeísmo y quinto la despreocupada desmembración territorial [4].

A estos mitos debe sumarse un factor que caracteriza y explica, aun con más fuerza, esa política, el porteñismo, la política internacional que sólo ve los problemas desde Buenos Aires a través de los romanceros locales, los intereses bancarios y exportadores de las casas cerealistas y de los frigoríficos, la improvisación y la desidiosa confianza de que al final todo se arreglará, suficiente para explicar las desventuras.

No se tuvieron en cuenta los permanentes intereses del país dentro de su configuración geográfica, que imponían metas precisas y estables, todo fueron improvisaciones y cambios. Sólo la generación del 80, el General Roca (1843-1914) y Estanislao Zeballos (1854-1923); Enrique Berduc (1855-1928), Luis María Drago (1859-1921) y un relevante grupo de diplomáticos: Félix Frías (1816-1881), Amancio Alcorta (1842-1902), Norberto Piñero (1858-1938) y Joaquín V. González (1873-1923), marcaron rumbos más firmes [5].

El segundo error de la política internacional argentina ha sido el subjetivismo y la inestabilidad. La política internacional ha perdido toda dirección cierta, cambia con cada

[4] FERRARI, *Esquema de la política exterior*, 6.

[5] Merecen también un particular recuerdo los Ministros de Relaciones Exteriores Estanislao Zeballos (1854-1923), y Mariano J. Drago 1896-1966); y los embajadores José Arce y Felipe Espil; ISIDORO RUIZ MORENO, *Estudio sobre la historia diplomática argentina*, 1978, 5; FERRARI y GALLO, *El '80'*, 653; ALBERTO A. CONIL PAZ, *Historia de la Doctrina Drago*, 1975, 25.

Presidente, con cada Ministro de Relaciones Exteriores. La carrera diplomática es generalmente ingrata y episódica.

En vez de dirigirse hacia rumbos meditados y pertinaces, nuestra política se ha vuelto subjetiva y tornadiza. Movida por las características personales, procede por reacción, las preferencias sentimentales, las ideologías de cada funcionario, con las inevitables contradicciones.

Se mueve al azar de los acontecimientos, ha sido sucesivamente británica y antibritánica, partidaria a veces de los Estados Unidos y a veces contraria, ha sido indiferente a los países latinoamericanos y luego su exaltada inspiradora, se ha proclamado occidentalista y luego tercermundista, con sabor a marxismo.

Firmó con Inglaterra el Tratado del 2 de febrero de 1825 y contó con la colaboración de sus banqueros y militares en la guerra de la Independencia. Le encomendó la construcción de los ferrocarriles y luego se volvió antibritánica, porque se le hizo creer que las tarifas eran demasiado elevadas, después en pleno absurdo los compramos y se convirtieron en un mal servicio y en una catastrófica carga para el país.

Admiró en Estados Unidos los rascacielos y las bañistas de Hollywood y luego nos dividió sin remedio la fiebre aftosa. Fue antiespañola hasta principios de este siglo, cuando España era a sus ojos el símbolo de la superstición y del atraso y luego se transformó en la "Madre Patria". Firmó con el Imperio de los Braganza, en el peor de sus errores, el Tratado de la Triple Alianza, del 1º de mayo de 1865, para llegar al borde de la guerra en 1872.

Se apartó de la política norteamericana hacia el Eje, en nombre de la neutralidad, para declarar la guerra a Alemania y a Japón, ya vencidos, el 27 de marzo de 1945.

Actualmente nuestra Cancillería se obstina ilógicamente en oponer todo género de reparos a la política norteamericana frente a Nicaragua y simultáneamente nuestros Ministros de Economía viajan a Nueva York con la misma insistencia para solicitar nuevos préstamos puente.

Así, entre bandazos de Occidente a Oriente, "*le bateau ivre*", naufragó nuestra diplomacia en el Paraguay, en el conflicto europeo de 1939 a 1944, en las islas Malvinas, en el Canal de Beagle y en Nicaragua, con graves quebrantos para la Nación [6].

El tercer error, de carácter más económico, es el fruto de las incoherencias de nuestra política internacional. En una primera etapa, bajo la égida de la generación del 80, se abrió ampliamente las puertas a los inmigrantes y a los capitales que provenían del ahorro europeo y que colaboraron en la construcción de las grandes obras públicas con notorio éxito.

Por los años 20, como consecuencia de una filosofía tribal, bajo la inspiración de Houston Chamberlain, el Conde Gobineau, Charles Maurras y los camelots du Roi de l'Action Française, se incubó una cerrada xenofobia dirigida principalmente contra las empresas extranjeras de servicios públicos y las casas exportadoras, que fueron rápidamente estatizadas después de 1943 y suministraron un considerable número de puestos para repartir entre las clientelas electorales, con la particularidad de que las empresas que arrojaban considerables beneficios en las manos privadas, causaron inmediatamente enormes pérdidas en manos del Estado.

Ante el fracaso de esta política y la ruina del país, se pasa de un extremo al otro y se busca ahora con angustia el apoyo de los capitales extranjeros.

Pero el tono es muy distinto al del año 80; entonces se ofrecía generosamente hospitalidad a quienes quisieran venir a trabajar para el adelanto del país, y ahora se los llama como el náufrago que grita socorro entre las olas. Todo se espera de los capitales y del trabajo extranjero, cuando la salvación está dentro de nosotros, en nuestra buena conducta, no afuera.

En abierta contradicción con las pasadas prédicas, se

[6] "Plus léger qu'un bouchon j'ai dansé sur les flots", RIMBAUD, *Oeuvres*, 1970, 128.

solicita toda clase de préstamos al exterior con intereses abrumadores, se ruega a los estados industriales que instalen fábricas en la Argentina, se vuelven a ofrecer las estigmatizadas concesiones petroleras, se ofrecen toda clase de privilegios, el plato de lentejas de Essaú.

Estas mismas ofertas difícilmente podrán prosperar mientras se aplique un régimen impositivo francamente confuso y confiscatorio. La Argentina atrajo los grandes capitales y progreso cuando las empresas debían pagar aquí menos impuestos que en Europa, pero cuando se vieron apremiadas por la exigencia del pago de impuestos iguales o mayores, prefirieron quedarse en su país o buscar otros más hospitalarios. Los capitales y las empresas se mueven indefectiblemente por un plano inclinado hacia el lugar que les ofrece mejores condiciones de trabajo. Alberdi decía que no era posible atraer los pájaros a tiros de escopeta.

Igualmente arriesgado es prometer a los industriales extranjeros, para alentarlos, que disfrutarán en la Argentina de los mismos derechos de los nativos, es decir que se verán perseguidos por toda clase de controles, de reglamentos y gabelas hasta llevarlos a la ruina. Parece un toque de humor negro y es suficiente par aahuyentar hasta a los más audaces.

En vez de fomentar las empresas argentinas, en vez de darles la indispensable libertad para trabajar, de consolidar sus finanzas y sus mercados, de concluir con una inflación rampante causada por las pérdidas de las empresas del Estado, de liberarlas de tantas cargas destructivas por obra de la ley del menor esfuerzo, se corre el riesgo de instaurar las bases de un neocolonialismo.

El cuarto error de la diplomacia argentina ha sido caer en un fervoroso romanticismo. Supone que los elogiables sentimientos y los vibrantes discursos puedan resolver los problemas de un mundo internacional duramente egoísta y codicioso.

Así se han enunciado algunos hermosos mitos que carecen de sustento en una penosa realidad. Por ejemplo se ha invocado, como un dogma intangible, la igualdad de los

estados, cuando son todos desiguales, estados ricos y estados pobres, estados adelantados y estados primitivos que vegetan entre el hambre y las epidemias, estados de una gran producción industrial y de un opulento comercio y estados paralizados por los malos gobiernos, las distancias geográficas y la falta de comunicaciones, estados armados con cohetes atómicos y estados provistos de flechas y lanzas, cuya gravitación es muy distinta.

Esto no importa negar a todos los pueblos el respeto que merecen por su condición humana y a que deban ser caritativamente socorridos, para aliviar sus desdichas, por un deber de solidaridad mundial.

Estas desigualdades han sido oficialmente consagradas al plantearse las bases de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en San Francisco, el 26 de julio de 1945, con la actual participación de ciento cincuenta estados. Allí se estableció que el órgano ejecutivo de esta nueva institución, el Consejo de Seguridad, estaría formado por once miembros, de los cuales cinco, China, Francia, Estados Unidos, Inglaterra y Rusia tendrían un asiento permanente y el derecho de veto sobre las decisiones del "*tiers etat*".

Estas realidades deben tenerse presentes si deseamos movernos con acierto entre los escollos de la política internacional. Una diplomacia puede seguirse con la ayuda de las bombas atómicas y otra con fusiles a chispa y es aún más incongruente provocar resquemores con la soga de la deuda externa apretada en la garganta.

Otra de las figuras retóricas más acariciadas ha sido el mito de la autodeterminación y la histérica condena de la intervención de un estado dentro de los límites de otro.

Se olvida que la autodeterminación de los pueblos no es absoluta y se halla limitada por los grandes principios humanitarios, que condenan el tráfico de los esclavos y de las drogas y el concepto de la propia seguridad, el legítimo derecho de defensa que observa con explicable desconfianza la instalación de bases militares enemigas, que apuntan al propio territorio.

Alberdi circunscribió los límites de la autodeterminación de los pueblos con toda claridad: "Si un ciudadano pega fuego a su casa, él ataca a la sociedad por ese acto y la sociedad tiene el derecho de contenerlo como necesidad de su propia defensa. La no intervención en este caso sería la protección del incendio y del crimen; la intervención viene a ser un derecho protector y salvador".

Agregaba además: "Si en el ejercicio de la independencia, el poder soberano incendia su país, degüella a sus habitantes o escandaliza al mundo con sus crueldades, la presunción del respeto de sí mismo, que sirve de fundamento a la no intervención, deja de existir" [7].

Uno de los espejismos que tuvo más resonancia fue la famosa frase de un elocuente funcionario que proclamó muy ufano que "la victoria no da derechos", como si las guerras fuesen entretenimientos inofensivos y la sangre de los soldados muertos en los campos de batalla, un sacrificio olvidable.

El resultado de esa candorosa política fue que la Argentina, después de haber terminado favorablemente la desgraciada guerra del Paraguay perdió, por las intrigas de los Braganza y la ingenuidad de sus gobernantes, el Chaco y la Villa Occidental. Alberdi volvió a condenar irónicamente semejante conducta: "Que la Francia pague su derrota con dos provincias se comprende, pero que la República Argentina pague su victoria con la desmembración de su suelo, es una novedad que el mundo debe al talento militar y político de los gobernantes argentinos" [8].

[7] ALBERDI, *E. P.*, t. VII, 137, 138; *O. C.*, t. IV, 402; "La Nación", 13 de agosto de 1985, nuestra Cancillería protesta por la segregación racial en la República de Sudáfrica, interviene así en los problemas internos de otro país y favorece los planes de ocupación de las Repúblicas Soviéticas en una región estratégicamente delicada; DREW MIDDLETON, *La agonía Sudafricana*, "La Nación", 20 de agosto de 1985. No se trata de una preocupación por la suerte de las tribus negras sino de apoderarse de las minas de oro y brillantes y obtener el control del Cabo de Buena Esperanza y del tráfico por el Atlántico Sur. Se omite además que es la zona africana donde los negros disfrutan de las mejores condiciones de vida.

[8] ALBERDI, *E. P.*, t. X, 170.

Así entre los espejismos, el destino peraltado, las riquezas infinitas, la Reina del Plata, el granero del mundo, la solidaridad panamericana, la soberanía no se negocia, la apertura al mundo, navega nuestra política internacional la brújula perdida.

Los precedentes geográficos, raciales y culturales, configuran la posición de la Argentina en el mundo de nuestros días. La situación geográfica en el extremo sur de la América del Sur, le otorga excepcionales ventajas de libertad y comercio.

Pero a pesar de la abundancia de nuestros recursos y la benignidad del clima, no somos por nuestra reducida población, nuestro escaso desarrollo industrial y los enormes errores cometidos por varios gobiernos en los últimos cuarenta años, una gran potencia.

Ese calificativo es por otra parte una etiqueta circunstancial y efímera, los Imperios se forman y se desvanecen fatalmente arrastrados por la incontenible parábola de los años. Todo es pasajero, todo es vanidad, los Imperios de Alejandro, de Augusto, de Carlomagno, de Carlos V y de Napoleón asombraron al mundo y se perdieron. Los ejércitos triunfantes cayeron en el polvo, lo único que queda es el legado de sus grandes filósofos y hombres de ciencia: Aristóteles, Tomás de Aquino, Descartes.

¿Que se fizo el Rey Don Juan?
¿Los Infantes de Aragón
Que se fizieron?
¿Qué fue de tanto galan?,
¿Qué fue de tanta invención
Que truxeron?
¿Las justas e los torneos,
Paramentos, bordaduras
e cimeras,
Fueron sino devaneos? [8a].

[8a] *Coplas de Jorge Manrique a la muerte de su padre*, 207; MAURICE

Grecia no fue una gran potencia y todavía irradia su genio sobre el mundo actual. Francia tampoco es una gran potencia y su cultura influye fundamentalmente en nuestros días. El modelo de la Argentina es ser un país serio, ilustrado, con una buena administración, que asegure el bienestar de sus habitantes y una amigable convivencia con las demás naciones. Simples observadores de un encrespado mundo en evolución, debemos calcular los factores de decisión y proceder con tino y cautela.

La rencillas entre los dos imperios del norte, los Estados Unidos y la Unión de las Repúblicas Soviéticas, no nos afectan directamente, ni tenemos interés en comprometernos en esos pases de armas.

Si bien debemos inclinarnos con sinceridad hacia los Estados Unidos por afinidades institucionales, por la defensa de algunos principios de la civilización occidental, no sentimos el deseo de convertirnos dócilmente en un peón de su tablero, ya que le debemos pocos servicios en los momentos de crisis. Ni un soldado, ni un fusil, nos dieron en las guerras de la Independencia, decía Alberdi, ni tampoco después [9].

Pero no es posible negar la existencia del elefante, su fuerza económica y militar y las proyecciones que tiene en el mundo actual, frente al cual es preferible adoptar la postura de un espectador cortés y rezar para que no desencadene una catástrofe mayúscula.

La doctrina de un mundo bipolar, con los Estados Unidos en un extremo y las Repúblicas Soviéticas en el otro, es una ingenua simplificación, ya que juegan en el drama otras estrellas con sus intereses y ambiciones propias.

El eje del mundo arrastrado por el sol gira sin pausa hacia el oeste. El Japón, gracias a la disciplina mística de sus habitantes y a sus industrias, crece cada vez con más

---

DRUON, *El ritmo histórico del poder*, "Revue de Deux Mondes", julio 1985, 16; después de verificar históricamente el término de vigencia de los gobiernos señala que su límite son los 12 años.

9 ALBERDI, *O. C.*, t. II, 409; *E. P.*, t. VII, 145.

fuerza; China, con mil millones de habitantes y las bombas atómicas, se moderniza con una incontrastable vitalidad; los países árabes, dueños de los pozos de petróleo, son otros soles por sus riquezas. Dos discípulos de Mahoma inspirados por la visión de los jardines de Alá y las esbeltas huries, lograron expulsar rápidamente la flota norteamericana de las orillas del Líbano.

Europa ya cuenta poco, en el caso de un enfrentamiento militar entre los Estados Unidos y las Repúblicas Soviéticas; su decadencia, la decadencia de Occidente es irreversible, representa el mismo papel de los seniles reinos del Asia Menor, en la época de las guerras entre Roma y Cartago.

En nuestros días el factor predominante de la política internacional es la devastadora potencia de los cohetes nucleares. Si los Estados Unidos y las Repúblicas Soviéticas dominaron por bastante tiempo este campo, su técnica es hoy minuciosamente conocida. Actualmente China, Francia, Inglaterra, la India, Pakistán, Israel, Noruega y Sudáfrica han logrado levantar sus propias instalaciones. Así se ha elegido la irresponsable política del empate por el terror, con el ambiguo nombre de "*deterrent*" y el intrigante juego de saber quién puede apretar primero el botón, sin el riesgo excesivo de ser a su vez aniquilado por la represalia de la primera víctima [10].

En Moscú se firmó, el 5 de agosto de 1963, un Tratado de proscripción parcial de las pruebas nucleares entre las Repúblicas Soviéticas, Estados Unidos y Gran Bretaña, al que se adhirieron varios países más, pero se negaron China y Francia. A pesar de este Tratado, los Estados Unidos y las Repúblicas Soviéticas prosiguieron los ensayos subterráneos y aumentaron sus depósitos nucleares sin restricciones.

En México se firmó el Tratado Tlatelolco, el 14 de febrero de 1967 para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina, un tanto ficticio, puesto que los de-

10 ESPIL, *Política exterior en la Edad Nuclear*, 71, 83, 96; JORGE GARCÍA VENTURINI, *Reflexiones sobre el Apocalipsis*, 1977, 13.

más quedaban en libertad de emplearlas y la Argentina, a pesar de insistentes presiones, se negó entonces a firmarlo [10 a].

Pero ahora, en una de las más abrumadoras incoherencias, en nuestra política internacional, se han suspendido los planes de construcción de las nuevas usinas atómicas, que son la base irreemplazable del progreso industrial, con argumentos económicos poco convincentes y fácilmente remediables. Posiblemente algunos funcionarios creen que, como país "subdesarrollado", debemos conservarnos en el estado idílico de las cavernas y desistir de todo adelanto tecnológico.

Es revelador, en ese clima, que los dos temas motores de la cultura y del progreso, la Biblioteca Nacional y el desarrollo atómico hayan sido postergados y así se hunde aun más el país en el atraso.

Se convino luego, en Ginebra, el 24 de agosto de 1967 un nuevo Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares, que fue aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 12 de junio de 1968. Este Tratado fue observado por la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euraton); Francia se rehusó a participar en las negociaciones y Japón, la India y Alemania Occidental se negaron luego a suscribirlo.

En 1983 Estados Unidos contaba con 9.742 cabezas nucleares, las Repúblicas Soviéticas con 8.671, Francia 132, Gran Bretaña 64 y China con 580, más que suficientes para reducir rápidamente el globo a cenizas [11].

La difusión de los procedimientos técnicos en este campo es tan amplia, que hace un par de años, en los Estados Unidos, un estudiante de ingeniería consiguió fabricar una bomba atómica en el patio de su casa.

Los físicos nucleares, de guardapolvos blancos y finos modales, han reducido al ridículo las antes terroríficas figuras de Alarico y Atila y de sus hordas de hunos y vándalos; no matan por centenares como sus hirsutos predecesores, sino por millo-

10 a GARCÍA GHIRELLI, *Tratados*, 201.

11 ANDRÉ PIÉTRE, *El problema económico de los armamentos*, "Revue de Deux Mondes", mayo 1985, 330.

nes y pueden anunciar con orgullo que donde cae una de sus bombas no vuelve a crecer el pasto, todo por la fraternidad de los pueblos y la civilización.

Las profecías se aproximan espectralmente, los Dragones y los Demonios se alistan para precipitarnos en el Armaggedon. "Entonces fueron hechos relámpagos y voces y truenos; y hubo un gran temblor de tierra, un terremoto tan grande, cual no fue jamás desde que los hombres han estado sobre la tierra. Y la ciudad grande fue partida en tres partes, y las ciudades de las naciones cayeron; y la grande Babilonia vino en memoria delante de Dios, para darle el cáliz del vino del furor de su ira. Y toda la isla huyó y los montes no fueron hallados" [11 a].

3º) Mucho se habla en los estados sudamericanos, con grandes esperanzas, de formar una Unión Latino Americana, para defenderse de los demás bloques. No es fácil, las distancias son enormes, las características de cada país distintas, sus problemas, diferentes. El acuerdo general exigirá tiempo, paciencia y tacto, pero será resuelto con los años por la fuerza de los intereses y de las cosas [12].

La Alianza Latino Americana de Libre Comercio (ALALC) fracasó y fue reemplazada por la Asociación Latino Americana de Integración (ALDI), el Pacto Andino entre Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela y el Acuerdo de Cartagena en 1969, que tampoco han tenido mayor éxito, pero son escalones y ensayos aleccionadores para el futuro [13].

11 a *Apocalipsis*, capítulo XVI, 18, 19.

12 MARIANO J. DRAGO, *El Congreso de Panamá*, 1970, 14, 146, 161, 185; MIGUEL ANGEL BASAIL, *Algunos puntos de vista para una apreciación geopolítica argentina*, "Estrategia", Nº 36, 31.

13 Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Instrumentos relativos a la integración económica de la América Latina*, 1968; JOSÉ GUILLERMO ANDUEZA, *La aplicación directa del ordenamiento jurídico de Cartagena;* REINALDO FIGUEREDO, *El comercio internacional y las políticas para el establecimiento del mercado subregional andino*, "Integración Latino-Americana", Nº 98, enero de 1985; Tratado de Comercio Panamericano (CELA) del 17 de octubre de 1975; GARCÍA CHIRELLI, *Tratados*, 250.

La Organización de los Estados Americanos y el TIAR son agradables centros de reunión para políticos de tránsito y carecen todavía de algún valor efectivo en los hechos [14].

Una sólida unión entre los Estados Latino Americanos será siempre ardua, porque México tiene problemas peculiares y el Brasil con los 200 millones de habitantes, distintos por su origen afro-lusitano, sigue la invariable política de mantener una alianza incondicional con el estado que considera en su momento más fuerte [15].

Debe tenerse presente que la gravitación de los estados latinoamericanos es limitada: sólo tienen 26 asientos entre los 150 miembros de la Organización de las Naciones Unidas, apenas cuentan con el 11 % de los votos en el Fondo Monetario Internacional y se debaten ahogados por el atraso y el peso de las deudas externas [16].

El juego de los bloques de Estados Unidos y Europa tampoco es consistente y el tiempo los erosiona implacablemente. En primera fila el Mercado Común Europeo se estremece ante cualquier cambio y la posibilidad de un conflicto nuclear que lo devastaría. Está en crisis, los celos y las rivalidades por la cotización de las monedas, el precio de los cereales y los productos lácteos, abren nuevas fisuras en su interior. Pero si se cierran con recelo a la importación de los productos del agro, están muy dispuestos a cooperar con los países sudamericanos en los ramos científicos, energéticos e industriales y muchos de sus ciudadanos vuelven a pensar que la América, como en el siglo pasado, es el mejor refugio frente a una vida estrecha y el peligro de perecer en una hoguera de fuegos artificiales [17].

14 FRAGA, *La Argentina*, 200; DRAGO, *El Congreso de Panamá*, 328, "el panamericanismo no existe en los hechos".

15 FELIPE A. ESPIL, *Competencia internacional de armamentos*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 9, 41, 47.

16 KLAUS BODERNER, *Perspectivas de las relaciones interregionales entre la Comunidad Europea y la América Latina*, "Integración Latino Americana", Nº 100, 25.

17 CAMILO GARCIA TRELLES, *La crisis actual en el seno de la Comunidad Atlántica*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 8, 143; ESPIL, *Política exterior*, 109.

Los gobiernos europeos y norteamericano se observan a pesar de tantas y dolorosas cruzadas, con serias prevenciones. Los Estados Unidos consideran a Inglaterra como un portaviones insumergible, que le permitirá bombardear cómodamente la Europa en el caso de un ataque de las Repúblicas Soviéticas, y no han olvidado del todo que le prendieron fuego al Capitolio el año 1812. Los europeos sospechan que los Estados Unidos los consideran como peones en sus planes militares y dudan de la eficacia del prometido paraguas nuclear, en el caso de una crisis [18].

El campo internacional es además extraordinariamente fluido, cambian las alianzas y los adversarios de acuerdo con los intereses de las nuevas generaciones. Francia y la Alemania Occidental, enconadas enemigas por siglos, forman actualmente un "tandem"; las Repúblicas Soviéticas y los Estados Unidos, aliados frente al Tercer Reich se han vuelto enemigos. El pueblo norteamericano cambia, después de la amarga experiencia del Vietnam, observa cada vez con mayor desconfianza las aventuras bélicas de sus gobernantes y no ve con alegría la posibilidad de recibir una bomba atómica sobre Nueva York.

Chateaubriand decía que el lapso de cada generación era de 33 años, la edad de Cristo, Sainte Beuve ha corregido esa cifra y la ha reducido, hace bastante tiempo, a 19 años, en cuyo ciclo desaparecen los presidentes y los secretarios, los ministros y los legisladores, los adalides de las banderías locales.

4. — Las reglas a que debe someterse nuestra política internacional en el marco de los bloques, que giran como satélites errantes en la estratosfera, son relativamente sencillas.

Naturalmente que debemos abandonar los modelos de Felipe II y de Don Quijote, que han seducido en tantas oportunidades a nuestros funcionarios y volver a un mundo

18 FELIPE A. ESPIL, *Competencia internacional de armamentos*, 30, 82.

más prosaico de energía atómica, petróleo, gas, materiales plásticos, antibióticos y computadoras, comercio y finanzas.

La primera regla es trazar un plan estable de la política internacional que fije con claridad las metas de acción, de acuerdo con las circunstancias y los intereses nacionales, plan que deberá mantenerse a través de cualquier tempestad política.

Para esto es indispensable adiestrar disciplinadamente al servicio diplomático, como si fuera un servicio militar, con el que tiene mucho de común, para darle la debida eficacia.

Es también necesario preservarlo de los cambios electorales para que su personal obtenga en su carrera las debidas garantías de estabilidad y promoción. Las misiones diplomáticas deberán enviarse preferentemente a los países que ofrecen las mejores perspectivas comerciales, a China, la India y el Japón y reagrupar las misiones instaladas en Europa y en África, cuya labor es a menudo protocolar.

Por eso Alberdi aconsejaba que se redujera el personal estrictamente político y se diera mayor realce a los servicios consulares, que propenderían al desenvolvimiento del comercio, de las industrias y de la navegación, reemplazar una diplomacia de parada, por una diplomacia de acción en los grandes centros económicos [19].

La segunda regla consiste en comenzar enérgicamente la reforma del Estado. Paradójicamente el problema de la política internacional argentina es básicamente un problema de política interna. No puede haber una buena política internacional sin una buena política local. Hay que remover las ruinosas y desmañadas empresas estatales, corregir las rivalidades de aldea, el despilfarro y la mala economía que han minado al estado argentino y le han restado cada vez mayor autoridad. La Argentina del Centenario se ha convertido en una Argentina pobre, acosada, sin armas nucleares y con una deuda de 50.000 millones de dólares, incapaz de proseguir una política internacional propia y firme.

19 ALBERDI, *E. P.*, t. III, 9, 19, 23, 49.

Es preciso reformar una burocracia colonial y parasitaria que devora el trabajo de sus habitantes, como el viejo Moloch y colocarla al servicio del bienestar, de la paz y del progreso de los ciudadanos, sin lo cual nos continuaremos debatiendo en un atraso cataléptico.

La tercera regla es trasladar urgentemente una capital macrocefálica al centro del país, romper la ley del embudo con el monopolio portuario de las finanzas y del comercio, que actúa en la misma forma que en los días del General Rosas, en detrimento de las provincias y del orden general [20].

Es indispensable afincar racionalmente la población para que viva en mejores condiciones. Consolidar el centro de gravedad. La aglomeración de 9 millones de habitantes en un radio de 40 km origina una congestión social y económica. Aquí se acumulan las comodidades y la opulencia, en contraste con la pobreza de otras zonas.

El hacinamiento de grandes masas crea inquietantes problemas sociales. La clase media no puede prosperar por falta de oportunidades y viviendas. Disminuyen los matrimonios y la natalidad, hoy la más baja de América. Las clases modestas acorraladas en las villas miserias de los suburbios forman un cinturón de espinas y rencores, caldo de violentos cultivos.

El país desequilibrado no puede explotar debidamente sus recursos. Grandes zonas, el Chaco y la Patagonia se hallan casi abandonadas, las industrias, por falta de mercados, se debaten de crisis en crisis, el campo es menospreciado. Los pueblos del interior dormitan entre el polvo agobiados por la escasez y el hambre.

El traslado de la capital es una medida indispensable de profilaxia política. La febril agitación de la capital perjudica el estudio serio y la investigación metódica. Actualmente el gobierno y la política viven impregnados por el clima, las preocupaciones y la injerencia avasalladora de los negocios o de los corrillos demagógicos. Factores negativos nublan la vista de los mejor intencionados, se gobierna desde

20 ALBERDI, *E. P.*, t. XIII, 512.

Buenos Aires y para Buenos Aires, por un fatal espejismo.

La independencia funcional del gobierno, la profundidad de sus miras sólo puede ser alcanzada desde el interior. La capital debe ser colocada en un punto estratégico, donde pueda ser debidamente defendida y servir de apoyo al orden público. Hay que proteger la cabeza, se debe evitar que pueda caer en cualquier momento bajo el yugo de una facción. El problema de la capital conlleva además del problema geopolítico un problema de seguridad nacional.

El país es actualmente indefendible, serían suficientes dos bombas disparadas desde mil kilómetros para destruir las dos centrales levantadas al borde del río y dejar la ciudad de Buenos Aires y sus alrededores sin electricidad, luz, agua, comunicaciones, alimentos, hundiéndola en una tremenda hecatombe [21].

La cuarta regla consiste en la firme defensa de las fronteras. Se ha desvanecido la época de los románticos desprendimientos y del abandono de los territorios argentinos.

Es preciso detener las intromisiones vecinas simultáneamente en las Misiones y en la Cordillera, que tantos disgustos han causado, y dotar de mayores facultades a la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad, levantar una pared de poblaciones, cuarteles, caminos, escuelas y estaciones de radio en nuestras propias tierras [22].

Hay que fortalecer los lazos con los países más afines del Cono Sur, la mayoría de los cuales formaban parte de la misma cuna del Virreinato del Río de la Plata, la Argentina, la Banda Oriental, el Paraguay, Bolivia y el Perú. No se trata de reconstruir el Virreinato sino de fortalecer una unión cultural y un mercado común que coordine los recursos de una vasta zona para multiplicarlos en bien de estas comunidades.

Esta es la base primera e indispensable para la integra-

[21] JORGE M. MAYER, *El problema de la capital, pasado, presente y futuro*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 11, 47.

[22] ALBERDI, *O. C.*, t. VI, 317; t. VIII, 236; JORGE M. MAYER, *La política de los Braganza en el Río de la Plata*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 16, 781.

ción paulatina de los demás países que componen la América Latina.

De acuerdo con esta regla es necesario modernizar y consolidar nuestras fuerzas armadas. La Argentina es pacífica, no mantiene reclamos territoriales hacia sus vecinos, pero algunos suelen ser bastante molestos y estarían dispuestos a aprovechar cualquier momento de flaqueza. Las riquezas de los campos y de las sierras argentinas son todavía un objeto de codicia para algunos doctrinarios en busca de la popularidad [23].

La quinta regla consiste en aplicar estrictamente las normas de la justicia y del derecho en las relaciones con los demás países y predicar su acatamiento en todos los ámbitos, porque sin justicia y sin derecho, no existe vida civilizada y se cae en la inmoralidad y en el caos [24].

Se ha acabado la época de las conquistas, de las guerras gloriosas de romántico y triste prestigio, de las colonias y de los imperios, militares o financieros, porque los intangibles principios jurídicos son la única base segura de la paz y del progreso mundial.

La herrumbrada espada de Brenno ya no pesa en la balanza de los tributos del mundo civilizado, las relaciones de fuerza entre los estados varían ineluctablemente y los ejércitos y las armadas poco pueden, al pasar los años, contra la razón y la moral.

Establecidas estas reglas, el fin primordial de nuestra política internacional debe ser velar por nuestra economía y bienestar, libre de alianzas militares que sólo configuran compromisos onerosos y unilaterales. ¿Para qué gastar petróleo en ejercicios marítimos, como el UNITAS, si cuando los necesitamos se pasan al otro bando?

Es preciso adoptar la misma política de firme neutra-

23 ZEBALLOS, *Diplomacia desarmada*, 5.

24 ALBERDI, *El crimen de la guerra, E. P.*, t. II, 3; JOSÉ MARÍA RUDA, *Valores de un mundo interdependiente*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 16, 154; JORGE M. MAYER, *A los cien años de "El crimen de la guerra"*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 20, 149; BENJAMÍN CONSTANT, *De l'esprit de conquête*, "Oeuvres", La Pleiade, 1957, 987.

lidad de la España del General Franco luego del triunfo de los aliados en 1944, de la República Suiza, que ni siquiera se ha afiliado a la ONU, y de Sudáfrica, frente a la campaña anexionista de los críticos marxistas.

La Argentina no tiene planes imperialistas en Sud América y ha impulsado siempre sinceramente la colaboración de los países latinoamericanos en el orden jurídico y en la paz.

Debemos arriar las velas hasta zafar de los arrecifes, replegarnos sobre nosotros, arreglar nuestra casa, olvidar los románticos liderazgos internacionales, no dar lecciones impertinentes a las grandes potencias, evitar los conflictos y las complicaciones sobre temas que no nos atañen, seguir una conducta austera y discreta.

Nuestros pasos deben dirigirse en los años venideros hacia los estados europeos con quienes tenemos mayor afinidad: España, Italia, Suiza y Francia y en Oriente al Japón, China y la India, con quienes podemos coincidir en muchos puntos.

El don de la oportunidad es irremplazable, el apresuramiento es uno de los peores errores que se puede cometer en la política internacional. Hay que saber esperar que las corrientes fluyan a favor, que la niebla se abra, que los adversarios se desvanezcan con los años, para llevar adelante con éxito los propios planes de progreso nacional. En cambio después del *jet-set* tenemos la *jet-diplomacy*. Pero la velocidad y la serena reflexión son incompatibles y a pesar de su onerosidad los resultados han sido hasta ahora magros. Talleyrand le recomendaba a uno de sus agentes "*surtout pas trip de zéle, mon ami*". ¿Para qué sirven nuestros Embajadores?

Una juiciosa administración interna, la seguridad de los habitantes residentes en nuestro territorio, las buenas relaciones con los demás países, nos traerán todos los elementos que necesitamos para nuestro progreso, como en el 80: capitales, técnicos e inmigrantes; prosperidad y riqueza.

Nuestras relaciones con los Estados Unidos deben ser corteses y casuísticas. En muchos rubros podemos cooperar

dentro de un justo equilibrio de intereses. Algunas de sus empresas han contribuido apreciablemente en el pasado al progreso técnico del país y pueden hacerlo en el futuro.

Para resguardar la autonomía de nuestro régimen económico y el porvenir de nuestras industrias, bastante comprometido por nuestros propios gobiernos, es suficiente aplicar las reglas mexicanas sobre las inversiones extranjeras, que tan buenos resultados han dado en ese país. Por lo demás, la meta de una cultura no consiste en disponer del último modelo de una heladera [25].

Nada impide que nos tratemos con los Estados Unidos con una mutua corrección, si pueden colaborar en el saneamiento de nuestras maltrechas finanzas, saben que la Argentina es la pieza maestra, el bastión que defiende la libertad y la civilización occidental en América del Sur y que si la Argentina cayera, por reacción, contra un atropello en un sandinismo local, todo el continente se incendiaría incontenablemente.

La Argentina, abroquelada en sus fronteras y en sus derechos, sobre todo bien administrada, puede progresar con rapidez y repetir la hazaña de la generación del 80.

Para eso debemos abandonar las ideologías sectarias y el gardelismo tan difundido en algunos medios, que han fracasado dolorosamente en los cuatro últimos decenios y volver a la realidad, a la América del Sur, de las pampas y de los trigales, de los pacientes labriegos y de los olvidados apóstoles. Nuestro modelo debe ser Suiza, transformar una Argentina pobre y confusa, en una Suiza americana, el viejo sueño de Alberdi, para dar a los náufragos de todos los mares un seguro asilo que propenderá a la unión y al bienestar de la humanidad.

En un mundo turbulento dividido por las hegemonías, las rivalidades, las ambiciones y los intereses, la paz y el progreso sólo se lograrán con inteligencia, seriedad y buenas maneras.

[25] JORGE M. MAYER, *El milagro mexicano*, "Anales de la Academia Nacional de Derecho", Nº 13, 87.

V

NECROLOGÍA

Palabras del académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía en el sepelio del académico Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Señoras y señores:

Hablo en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, pero mis palabras son también trasunto de una larga y honda amistad que ligó nuestras vidas en labores y destinos paralelos.

No seré minucioso en la reseña de la larga y fructuosa vida de Isidoro Ruiz Moreno, que hace pocas, muy pocas horas nos acompañaba en la última sesión ordinaria de nuestra Corporación, con envidiable lucidez y plácida sonrisa.

Diré tan sólo que era de limpia estirpe cordobesa, hijo de un sabio maestro del Derecho Internacional que volcó en él y en mí su enseñanza. Que se graduó con las más altas distinciones que la Universidad de Buenos Aires podía conferir a sus mejores alumnos. Que accedió a la función judicial y fue juez en la entonces modesta Justicia de Paz Letrada, cargo que abandonó cuando se lo impuso su conciencia, para lucir más tarde, por gravitación de sus méritos, la condición de conjuez de la Corte Suprema de Justicia. Que fue profesor en dos universidades nacionales: la de Buenos Aires, en cuya Facultad de Derecho ejerció también funciones directivas y formó escuela de ilustrados investigadores, y en la del Litoral, donde atendió al desarrollo de los estudios que exige una eficiente carrera diplomática. Que en el Ministerio de

Relaciones Exteriores y Culto fue Subsecretario, Consejero Legal y obtuvo el rango de Embajador. Que representó a la República en importantes congresos internacionales como el de Montevideo de 1939, el de jurisconsultos de México de 1956, la Conferencia sobre los Derechos del Mar de Ginebra en 1958, o su larga actuación en el Comité de Expertos Jurídicos de la Oficina Internacional del Trabajo, también en Ginebra, desde 1956 hasta 1968. En fin; que presidió nuestra Academia en el período 1980-1983, sucediéndome precisamente en el ejercicio de ese cargo, y que me duele mucho, ciertamente, al asumir por segunda vez el mismo destino, abrir mi gestión con esta triste e inesperada despedida.

He escrito estas líneas en la intimidad de mi biblioteca donde están las obras de su padre, que fueron hace medio siglo la guía fiel de mis estudios, así como las suyas, copiosas y de alto mérito, y las de su descendencia, que avanza con paso firme y con el orgullo de quien conoce y no rehúsa las obligaciones que dicta tan calificado linaje.

No quiere decir más este amigo que compartió con él muchas horas de desasosiego y de esperanza. Era un hombre de bien, un ciudadano probo, un demócrata sincero, un abogado ilustre que presidió el Colegio de la Ciudad de Buenos Aires, un académico consciente de sus responsabilidades en tres corporaciones afines. Mereció la consideración respetuosa y cordial de sus amigos, y de sus pares, de la Nación a la que brindó con devoción patriótica sus servicios.

Se va con él una personalidad rectora, un hombre de consejo, una inteligencia clara, un padre y esposo ejemplar, un temperamento firme, una voz y una voluntad que pesó en la República y, para quien lo despide —repito— en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales y de sus integrantes de número, un amigo de siempre, merecedor de la paz que Dios tiene prometida a los justos.

Palabras del académico Presidente Dr. Marco Aurelio Risolía en el sepelio de la académica Dra. Margarita Argúas

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales despide por mi voz a la primera mujer que en la calidad de Miembro de Número integró la Corporación desde 1968 y que ha contribuido con su inteligencia, con su bondad, con su señorío a acreditar la participación de su sexo en las labores del foro, de la cátedra, de la magistratura, durante un largo período de la vida nacional.

Quien habla tuvo el privilegio de compartir sus tareas durante muchos años y puede decir lo irrefutable, lo cierto sobre su límpida conducta, sobre su pasión por la verdad, por la libertad, por la justicia, valores y metas que persiguió porfiadamente en el ámbito nacional e internacional, desde sus años juveniles, cuando era osado pretender para sus congéneres una participación activa y gravitante en los más elevados centros de la cultura, en el ágora, en el pretorio, en los círculos donde se debate y se combate, a veces con pasión, por las nobles conquistas del saber, de la virtud, de la probidad intelectual, del progreso y el bien de la República.

Margarita Argúas, doctora en jurisprudencia; profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires e itinerante en otras del país y del extranjero; autora de valiosas contribuciones monográficas a partir de su tesis sobre "La regla *locus regit actum* en la legislación civil y la jurisprudencia argentina"; Presidente de la rama argentina de la International Law Association y líder tam-

bién de sus organismos centrales; Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en la Capital de la República y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; miembro de numerosas corporaciones y, desde luego, de la que tengo el honor de presidir, deja ciertamente el recuerdo de una conducta ejemplar, de una gentileza sin límites, de una femineidad delicada, pródiga en obras de bien, en amistades fecundas, en actitudes y modales discretísimos de los que nunca abjuró, porque siempre allanó el camino de la verdad con la expresión atinada, la actitud compasiva y el soberano don de la sonrisa.

Mis últimas conversaciones con ella fueron, si se quiere, acreditación de esa postura afectuosa y llana pero firme. Hace poco intenté traducir en unas líneas la adhesión nuestra a un duelo reciente que debió pesar mucho sobre su corazón; hablé con ella inmediatamente después de la muerte de su hermana inseparable y dialogó entonces con una serenidad sobrecogedora que hasta me hizo transmitir a otros la duda sobre su real captación del triste suceso; y volví a recoger una y otra vez la sensación de que se encontraba más allá de toda urgencia, de toda lamentación, de toda duda.

No quiero decir más ni de sus estudios, ni de sus contactos, ni de sus periplos por distintas tierras del orbe, ni de sus gestos y actitudes humanas y generosas.

Creo que lo esencial ya está dicho.

Ha muerto Margarita Argúas y ciertamente su nombre quedará escrito en las tablas de honor, por su inteligencia, por su bondad, por su gracia; por su afán de decir y hacer el bien con lo que se dice; por su amor a los gestos que decoran la vida; por la ponderación de su juicio, por la rectitud de su conducta.

Que descanse en paz, después de su larga y honrosa brega.

Palabras del académico Dr. Horacio A. García Belsunce en el sepelio del académico Dr. Isidoro Ruiz Moreno

La Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires viene por mi intermedio a despedir los restos de su académico titular Dr. Isidoro Ruiz Moreno y al hacerlo rinde homenaje a un ciudadano ilustre, cuya personalidad, en sus múltiples facetas, trascendió las fronteras del país y se proyectó en todos los lugares del mundo, en los que hubo un problema que su singular autoridad en derecho y política internacional requiriere una opinión experta, un consejo sensato o una intervención ponderada.

Más que difícil, imposible, es reseñar la trayectoria del Dr. Isidoro Ruiz Moreno en esta dolorosa ocasión, en que la brevedad se impone en respeto al dolor que embarga a todos.

Dolor para su familia que ha perdido al virtuoso esposo, padre y abuelo que rodeó de afectos a los suyos y les dio las grandes enseñanzas que sólo terminan cuando se han abierto surcos fértiles y llenado con el ejemplo de una vida digna y un amor sin límites.

Dolor para sus amigos que ven partir al brillante estudiante que se graduara hace cincuenta y siete años de abogado con medalla de oro, al profesor de derecho internacional público, que ocupó la cátedra como adjunto de su ilustre padre, a quien sucedió en su titularidad.

Dolor para las instituciones que se honraron al contarlo entre sus miembros y, entre ellas, la Academia Nacional de

Ciencias de Buenos Aires, para la que fue un arquetipo de académico, que así como sobresalía su talla, se destacaba su preclara inteligencia, su juicio meditado y reflexivo, su generosidad de espíritu.

Dolor para el país que pierde uno de sus más ilustres ciudadanos. Con pasión, pero sin excitación, con firmeza en sus convicciones aunque siempre dispuesto a dialogar sobre posiciones diferentes de la suya, con estilo republicano y austero, defendió los principios de nuestra organización institucional, la intangibilidad de la constitución histórica de 1853-1860 y sus postulados básicos: las libertades civiles y políticas, la idoneidad en el desempeño de los cargos públicos y la vocación de servir al país en su ejercicio y nunca servirse de ellos.

Cada vez que aparecieron corrientes que efectiva o potencialmente pusieron en peligro esas instituciones, se alzó la voz de Ruiz Moreno para dar el toque de alarma, pero su actitud no paró allí, sino que invariablemente integró y lideró todos los movimientos cívicos que tuvieron por fin la lucha por el orden jurídico, por la ética política republicana, por la dignidad de la cátedra universitaria, por la majestad de la justicia y por el respeto de los derechos de las naciones soberanas.

Otra será la oportunidad en que haremos, con la minuciosidad y profundidad que requiere, la biografía de Isidoro Ruiz Moreno. Una personalidad que ha marcado rumbos en la República, que ha dejado grabado un sello imborrable en la rama del derecho de su especialidad, que ha conquistado la admiración, impregnada de afecto y de respeto, de cuantos hemos tenido el privilegio de haber gozado de su amistad, no puede ni siquiera reseñarse en esta ocasión. La emoción que origina su partida empaña el lucimiento que merece su recuerdo.

Permitidme, señores académicos, que incurriendo en un exceso del mandato que he recibido tribute mi modesto pero muy sentido homenaje personal a mi profesor del año 1942, al académico que me diera con inmerecidos elogios la

recepción en las Academias de Ciencias de Buenos Aires y de Derecho y Ciencias Sociales, al amigo de siempre, a quien admiré como hombre en la más amplia extensión y comprensión espiritual del concepto.

Dr. Isidoro Ruiz Moreno: La Academia en la que ocupasteis el sitial que lleva el nombre de vuestro padre os despide con los honores que sólo se rinden a los grandes. Vuestros amigos os lloran con la resignación que da la fe en las decisiones del Altísimo, elevando al Señor nuestra plegaria para que compartáis su gloria en la vida eterna.

Palabras del académico Dr. Horacio A. García Belsunce en en el sepelio del académico Dr. Héctor P. Lanfranco

En nombre y representación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires vengo a cumplir la dolorosa a la vez que honrosa misión de despedir los restos del académico de número Dr. Héctor P. Lanfranco. Dolorosa porque es el adiós en la partida de un ilustre académico, que honró a la Corporación con su preclara inteligencia, con la enjundia de sus trabajos, investigaciones y discursos, con la exquisitez de su espíritu selecto, con el brillo de su formación humanista y con el señorío de su personalidad que lo distinguió con su sola presencia en todos los medios de su vasta actuación. Honrosa, porque es una distinción el representar a la Institución que tanto significó en la vida del Dr. Lanfranco para pronunciar la oración fúnebre en sus exequias y porque es un privilegio el rendir honores a un ciudadano ilustre que ha servido a la Nación durante más de medio siglo, descollando en su quehacer en las múltiples facetas de su vida, que fue reflejo de la vida del país mismo.

Abogado de fuste, compendió en su ejercicio profesional durante sesenta y cinco años, aquel pensamiento de Lafaille de que "el abogado es el soldado desconocido de la jurisprudencia", pues aunque su nombre no se mencione en las sentencias es quien guía las controversias, quien aduce razones, quien adecua la teoría al concreto caso humano, quien escoge las doctrinas y los argumentos oportunos, quien traza, en fin,

el camino que las más de las veces recorrerá el juez para hallar la solución.

Dio cumplimiento integral a aquellos mandamientos del abogado que magistralmente enunciara Couture. Estudió y profundizó el derecho consciente de sus constantes renovaciones, para no ser —como sentenciaba Couture— cada día menos abogado. Luchó por el derecho, pero el día en que halló en conflicto el derecho con la justicia, luchó por la justicia. Tuvo fe en el derecho como el mejor instrumento para la convivencia humana y en la justicia como destino normal del derecho; en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia; y, sobre todo, tuvo fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz.

Ejerció la docencia en el más alto nivel jerárquico como profesor titular ordinario de Historia Constitucional. No se limitó a la descripción normativa y a la interpretación de sus mecanismos, sino que, como es propio de un auténtico maestro, que considera que el derecho es vida, se ocupó de dar contenido humano a sus enseñanzas y mostrarlas idóneas para alcanzar sus objetivos: el ideal del derecho justo, el respeto de las garantías de seguridad y libertad que constituyen los pilares fundamentales del estado de derecho. Fue —como decía Monseñor de Andrea— de aquellos pocos hombres que todavía estimaban que la vida sin libertad no vale la pena ser vivida.

Testimonio fiel del insobornable y prudente defensor del derecho en los estrados judiciales y del profesor que prodigó lecciones de fe en los altos valores de las instituciones nacionales, fue su quehacer en la Academia Nacional de Derecho. Trajo a ella en su madurez intelectual, el aporte de su saber experimentado en todas las áreas del quehacer ciudadano; realzaban sus meditadas reflexiones, su prudente consejo no exento de energía y de vigor cuando se trataba de defender algunos de los valores superiores de nuestra organización institucional, su clásico e irremplazable estilo de biógrafo de vidas ilustres que admiró o compartió y que describió con detalles penetrantes que hacían del relato una pintura. Así lo hizo con Sarmiento, Echeverría, Gutiérrez y

finalmente en su última actuación en la Academia, con Clodomiro Zavalía, en ocasión del homenaje que se le rindiera en el centenario de su natalicio, que permanece fresco aún en el recuerdo de cuantos nos halagamos rememorando al ex-presidente de la Corporación, retratado con rasgos precisos, marcados por un entrañable afecto, por su dilecto amigo.

Si como he dicho el derecho es vida, el hombre de derecho tiene que salirse de los moldes estrictos de su ciencia y profesión, para asomarse a otros órdenes de la vida del país, a fin de llevar a ellos el sello de la ley y la justicia, para sentar el imperio de las instituciones jurídicas en todas las relaciones de la vida política, administrativa, económica, social y cultural. Así lo entendió y lo hizo el Dr. Héctor P. Lanfranco. Se incorporó transitoriamente a la administración pública desempeñándose como Jefe del Registro Civil de la Provincia de Buenos Aires en La Plata, su ciudad natal, en la que años más tarde, en 1962, fuera ministro de gobierno. La diplomacia argentina hubo de contarlo también entre sus filas: representó al gobierno de la Revolución Libertadora como embajador ante el gobierno de la República del Ecuador.

En tan variadas y sobresalientes actuaciones, Lanfranco deja el recuerdo del hombre de convicciones que desdeña el oportunismo, el ciudadano ferviente devoto de la libertad, de la paz y del estado de derecho, único esquema en el que aquéllas pueden alcanzarse. Junto a esa imagen, como parte inseparable y aun predominante de ella, queda la del caballero egregio, de distinción insuperable pero sin empaque, de aristocracia de raza pero con la modestia propia de los que la llevan en la sangre.

Al terminar estas palabras, no puedo dejar de añadir algo muy personal que las torna emotivas. A la representación que ejerzo en este acto, se agrega algo que me pertenece por derecho propio y por herencia. Lanfranco fue el primer amigo de mi padre a quien yo conocí. La amistad entre ellos data de antes de mi nacimiento. Por ello, mis palabras están marcadas por un profundo afecto y una verdadera emoción. Si mi padre le hubiera sobrevivido, seguro que habría dedi-

cado alguno de sus versos a su memoria. En su lugar, yo lo despido con prosa cargada *De amor y de dolor*, título éste del libro que mi padre escribió en 1924 y que está en los anaqueles de la biblioteca de Lanfranco.

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires honra en este acto a un gran argentino que nos deja, como lo hacen los pueblos nobles, honrando a sus muertos que les dieron gloria en vida.

VI

DECLARACIONES

DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHOS Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE TERRORISMO

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires expresa su preocupación y repudio ante la creciente y sostenida amenaza que constituye el accionar del terrorismo internacional para los cimientos de la civilización y la convivencia pacífica de pueblos y Estados en nuestro tiempo.

El fenómeno terrorista se ha tipificado en las últimas décadas con caracteres que lo diferencian del conocido como tal durante el siglo XIX y a comienzos del presente. La concepción anterior atacaba testas coronadas o altos gobernantes, pero cuando el atentado derivaba por azar en la muerte de algún inocente, ello era un fin no querido por los propios agresores, que tenían objetivos precisos e individualizados. En cambio, el terrorismo en nuestra época tiene otra caracterización en sus designios y en la metodología que aplica para imponerlos. En efecto, el impacto de la violencia sobre la población está ligado al progreso de las comunicaciones y a los medios de información. La radio y la televisión son instrumentos de divulgación tanto de lo bueno como de lo malo. La aceleración de la violencia ha alcanzado particular gravedad en la sociedad contemporánea, en razón de la complejidad técnica de ésta y de su fragilidad espiritual. Hoy nadie puede considerarse exento de riesgo frente a la violencia indiscriminada del accionar terrorista. De allí que

los instrumentos jurídicos a los que ha acudido la comunidad internacional procuren abarcar mayor dominio y perfección en su ámbito y su técnica, en defensa de la sociedad.

La importancia internacional del tema, hoy claramente visible, motivó a la antigua Sociedad de las Naciones a tratarlo. Se sancionaron así en noviembre de 1937 sendos convenios, de "Prevención y Represión del Terrorismo" y de "Creación de un Tribunal Internacional". Ambos instrumentos carecieron de operatividad posterior al declararse la Segunda Guerra Mundial y extinguirse la Sociedad de las Naciones.

Es en las últimas décadas cuando el terrorismo internacional aparece como una realidad creciente y angustiosa. Se enlaza con la llamada "Guerra Revolucionaria" apelando a la violencia que trasciende las fronteras nacionales y se exporta a los más remotos confines. El terrorismo se emplea hoy, disfrazado con diversas consignas, en la lucha por el poder. Se ejercita por grupos que compiten contra el Estado, pretendiendo por el imperio del terror conseguir sus objetivos. Existe una solidaridad, muchas veces confesada, entre los distintos grupos actuantes en diversas naciones, que se traduce en ayudas mutuas de la más diversa índole. De allí que esa internacionalización del terrorismo y de la violencia política en que el mismo se apoya requiera la atención de la comunidad internacional, que ha debido afrontar el problema y buscar sus correctivos.

Entre las medidas adoptadas en tal sentido, cabe recordar el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, firmado en Estrasburgo el 27 de enero de 1977, uno de cuyos principales logros fue el de negar el carácter de delito político a los hechos terroristas a los fines de la extradición considerándolos, en cambio, delitos comunes susceptibles de la misma, agregándose que si por alguna circunstancia legal ella no procediera, deberá el Estado requerido seguir juicio contra los imputados.

Las características del accionar terrorista indujeron en ciertos aspectos a una eficaz respuesta de la comunidad in-

ternacional en campos específicos. Tal ocurrió con el secuestro de aeronaves y pasajeros de las mismas, método al que los grupos terroristas acudieron con éxito inicial. Ello movió a la adopción de diversas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y a convenios de la Organización Internacional de Aviación Civil. Tales fueron, el Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963, el Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970 y el Convenio para represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971. El acatamiento generalizado de las disposiciones de seguridad y de solidaridad contenidas en los instrumentos aludidos disminuyó notoriamente los riesgos que habían acosado el transporte aéreo, mostrando la conveniencia de los remedios colectivos.

Reiterados actos terroristas en la región llevaron a la Organización de Estados Americanos a aprobar el 2 de febrero de 1971 un Proyecto de Convención para prevenir y castigar los actos de terrorismo.

Los debates que precedieron a la aprobación final, giraron principalmente en torno a interpretaciones subjetivas de los actos terroristas con el fin de abrir el camino al asilo. El conflicto que marca la ecuación "terrorismo- asilo", provoca suspicacias y temores, pero como lo expresa el espíritu y la letra de la Resolución de la Asamblea General de la O.E.A., del 30 de junio de 1970, "los pretextos políticos o ideológicos utilizados como justificación de estos delitos no atenúan en modo alguno su crueldad e irracionalidad ni el carácter innoble de los medios empleados, como tampoco eliminan su calidad de actos violatorios de los derechos humanos esenciales". En general, la legislación penal americana ha reconocido la inconveniencia de tipificar específicamente como delito de terrorismo a actos de tal naturaleza. El prestigioso internacionalista uruguayo y ex Juez de la

Corte Internacional de la Haya, Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, ha sostenido que los delitos llamados de terrorismo "son los mismos clásicos delitos, tales como el asesinato, los incendios, el empleo y almacenamiento de explosivos, la contaminación de agua, la interrupción de toda clase de medios de comunicación. Lo nuevo que ha surgido es que, desde hace algún tiempo, se han constituido ciertas organizaciones que preparan y ejecutan tales delitos con el designio deliberado de introducir el pánico, el desorden y el terror en una sociedad organizada, a fin de destruir el espíritu de disciplina social, paralizar las fuerzas de reacción de una sociedad y aumentar la miseria y el sufrimiento colectivos". (*Anuario Uruguayo de Derecho Internacional*, de 1962, pág. 270).

Las diferencias terminológicas de las legislaciones penales nacionales no impiden la coincidencia conceptual sobre los actos terroristas. Todas ellas atienden a la naturaleza del bien jurídico atacado cualquiera sea la índole del móvil que los oriente. La solidaridad internacional en la represión de tales actos trasciende la frontera del Estado que los padeció. Lo opuesto ocurre con los delitos políticos, considerados como delitos a un lado de la frontera y acción políticamente excusable del otro lado. Hay, pues, consenso en que los actos de terrorismo atentan por igual contra el individuo aisladamente considerado, la sociedad en que vive, el Estado al que pertenece y la comunidad internacional de la que forma parte.

La creciente amenaza que el accionar terrorista ha suscitado en el seno de la comunidad internacional justifica la atención que la Organización de las Naciones Unidas dispensara al tema en diversas resoluciones o declaraciones. Entre las más importantes cabe citar la "Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", Resolución 2625 (XXV). En la misma se establece que todos los Estados deberán abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, finan-

ciar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas, encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado y de intervenir en las luchas interiores de otro Estado, afirmación que es reiterada en resoluciones posteriores.

Otra disposición que encara decididamente los problemas que crea el terrorismo es la Resolución 3166 (XXVIII), titulada "Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos", sancionada el 14 de diciembre de 1973. Aspectos particulares del accionar terrorista han merecido también convenciones específicas, como ocurre con la Resolución 34/146, "Convención internacional contra la toma de rehenes", sancionada el 17 de diciembre de 1979.

En general, los distintos instrumentos internacionales que hemos recordado, como se pusiera de manifiesto recientemente en la discusión en las Naciones Unidas que habremos de mencionar más adelante, contienen elementos comunes: "definen los delitos correspondientes y afirman la obligación de los Estados partes de extender su jurisdicción penal más allá de su competencia territorial a fin de perseguir y procesar a las personas sospechosas de la comisión de dichos delitos, la obligación de detener y procesar a los sospechosos que se encuentren en su territorio o bajo su control, o proceder a su extradición a un país que la solicite y tenga jurisdicción para encausarla".

Sin embargo, no todos los Estados suscribieron o ratificaron los documentos ya recordados. Mientras tanto, el problema del terrorismo ha sobresaltado y perturbado al mundo, exigiendo que se extremaran los recaudos, acelerando los estudios en los que trabajosamente se buscaba un consenso en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Hechos recientes, que golpearon la conciencia de la opinión pública mundial, como el secuestro de la nave Achille Lauro y el asesinato cometido a bordo de la misma, sin duda facilitaron que finalmente se llegara a un consenso frente a

un dictamen producido por la Sexta Comisión de las Naciones Unidas, después de un largo y trabajoso trámite.

Así fue aprobada el 10 de diciembre de 1985 la Resolución 40/61 titulada "Medidas para prevenir el terrorismo internacional que pone en peligro vidas humanas inocentes o causa su pérdida, o compromete las libertades fundamentales, y estudio de las causas subyacentes de la forma de terrorismo y los actos de violencia que tienen su origen en las aflicciones, la frustración, los agravios y la desesperanza que conducen a algunas personas a sacrificar vidas humanas incluida la propia en un intento de lograr cambios radicales".

La lectura de las discusiones previas a la sanción de la norma recordada muestra cómo la influencia de factores políticos ha trabado una definición del terrorismo internacional, enturbiada muchas veces por discusiones bizantinas, pero que surge naturalmente del sentido común en la conciencia de los seres que desean la convivencia civilizada y pacífica. Determinadas concesiones como el estudio que se recomienda para la eliminación gradual de lo que algunos sostuvieran como causas subyacentes en ciertos casos de terrorismo internacional no alcanzan, sin embargo, a diluir la enfática repulsa que el alto organismo internacional realiza en la Resolución a que aludimos. En efecto, ella expresa en el punto primero de la parte resolutiva sancionada por la Asamblea General: "Condena inequívocamente y califica de criminales todos los actos, métodos y prácticas de terrorismo donde quiera y por quienquiera sean cometidos, incluidos los que ponen en peligro las relaciones de amistad entre los Estados y su seguridad". Esta es la filosofía y la letra clara de la reciente resolución, que de manera detallada exhorta a todos los Estados a hacerse partes en los acuerdos internacionales vigentes referidos a diversos aspectos del terrorismo internacional y a que adopten todas las medidas que procedan en el plano nacional con miras a la rápida y definitiva eliminación del problema del terrorismo internacional, instándolos asimismo a la cooperación entre sí y a que tampoco los Estados permitan que circunstancia alguna entrabe la

aplicación, contra quienes cometan actos de terrorismo internacional, de las medidas previstas en los acuerdos pertinentes.

El incierto y arduo trámite que debió seguir la Resolución 40/61 para llegar a una solución de consenso, rechazando incluso adiciones o enmiendas de último momento, muestra que la conciencia universal está madurando en el rumbo acertado con progresiva fuerza. Los instrumentos jurídicos se han ido perfeccionando y continuarán en esta senda, adoptando las normas que los hechos en su desarrollo hagan necesarias. Pero lo que resultará siempre imprescindible, es el soporte de la voluntad política de los Estados, para enfrentar el flagelo del terrorismo internacional, siniestramente vinculado en muchas partes con otras lacras internacionales, como ocurre con el narcotráfico.

En efecto, la decisión de violencia indiscriminada e implacable del terrorismo internacional es premisa sentada expresamente por sus corifeos: "No se hacen distinciones, en este desbordamiento de la violencia política o revolucionaria." Un militante de la organización "Septiembre Negro" lo expresaba elocuentemente: "En el mundo de hoy no puede haber fronteras políticas y geográficas, ni límites de orden moral para los militantes en el campo popular" "Nadie es inocente, nadie es neutral" (Matekalo, Ivan, *El trasfondo del Terrorismo Internacional,* Barcelona [España], 1974, pág. 8). (Cita de René Buroz Arismendi: *Terrorismo Internacional,* pág. 5).

Frente a esta clara consigna ideológica y estratégica, cabe adoptar igual decisión para contrarrestarla, tal cual lo expuso el representante de Suecia ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la sesión de la Sexta Comisión de la misma del 25 de octubre de 1985, sirviendo como correcta interpretación de la futura Resolución 40/61: "El tema del terrorismo internacional no tiene nada que ver con la cuestión de los casos en que el uso de la fuerza puede ser excepcionalmente legítimo en la vida internacional. Aun cuando el uso de la fuerza jurídicamente se justifique, hay

ciertos métodos que simplemente no deben utilizarse. Actos tales como la toma de rehenes y el asesinato de personas inocentes nunca contribuyeron verdaderamente a ninguna causa legítima. La legitimidad de una causa como la lucha por la libre determinación y la independencia no legitima por sí misma el uso de ciertas formas de violencia, especialmente si se la ejerce contra personas inocentes. Por consiguiente, la preocupación primordial de la comunidad internacional debe ser proteger a las personas inocentes que son las primeras en sufrir las consecuencias de los actos de terrorismo. Cada Estado Miembro debe responder a esa exigencia y detener, encausar y castigar a los autores de actos terroristas, o conceder su extradición a los Estados en que se sustanciará el proceso. *No debe haber refugio seguro para los terroristas*".

Por lo expuesto, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, expresa su repudio al terrorismo internacional e insta a los tres poderes del Gobierno de la Nación a respaldar, en sus respectivas órbitas, todos y cada uno de los esfuerzos que la comunidad internacional reclame para combatir aquel flagelo de nuestro tiempo.

DECLARACIÓN DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHOS Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES SOBRE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires consideró en su oportunidad con la particular atención que el asunto demanda la iniciativa de reformar la Constitución Nacional, hecha conocer a sus efectos en el mes de marzo del corriente año por el señor Presidente de la Nación al Consejo para la Consolidación de la Democracia.

En su momento, esta Corporación manifestó su parecer a dicho Consejo respecto de la inoportunidad y de la falta de necesidad de una reforma de nuestra ley fundamental, y estima ahora del caso, al término del presente año académico, reiterar tales puntos de vista.

En orden al primero de esos aspectos, considera que existen razones que avalan el criterio sobre la inoportunidad de las enmiendas que se proponen si se tiene en cuenta, en primer término, que el país, luego de años de una sucesión de gobiernos "de jure" y "de facto", enfrenta la expectativa de ver afianzado el sistema republicano representativo de alternancia de los partidos en el poder, con un cumplimiento cada vez más respetuoso de las sabias normas de la Constitución Nacional. Además, los graves problemas de índole económica y social de la hora actual, que a veces revelan serios enfrentamientos sectoriales, obligan a posponer cualquier reforma de fondo y a crear antes las condiciones de una

paz verdadera que facilite el logro de los objetivos proclamados en el preámbulo de la Constitución Nacional, prioritariamente los de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.

En orden al segundo, y sin desconocer que toda obra humana es perfectible, entiende esta Academia que ni el capítulo de declaraciones, derechos y garantías ni la parte relativa a las autoridades de la Nación ponen obstáculos insalvables para que el pueblo argentino se beneficie con los adelantos sociales y tecnológicos del mundo moderno y para que los Poderes del Estado cumplan cabalmente las atribuciones que les fija la carta fundamental sin desbordar sus límites con menoscabo de los derechos individuales, que no han impedido la consagración legislativa de reconocidas y justas conquistas sociales.

Cabe decir finalmente que lo que es oportuno y necesario es profundizar el conocimiento de la Constitución vigente, divulgar sus incuestionables virtudes, respetar las garantías y derechos que proclama, ejercer con ecuanimidad los poderes que otorga y transitar al unísono todos los que quieran habitar el suelo argentino la senda señalada por los constructores de la Organización Nacional.

VII

MEMORIA

MEMORIA AÑO 1986

Señores académicos:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 28 del Estatuto en vigencia elevo a la consideración del Cuerpo la Memoria correspondiente a las actividades desarrolladas o en vías de desarrollo desde el 15 de abril hasta el 15 de diciembre de 1986.

I. — *Duelos de la Academia*: Destaco en primer término que durante ese período la Corporación tuvo que lamentar la pérdida de cuatro distinguidos integrantes: los académicos de número Dres. José Manuel Saravia, Isidoro Ruiz Moreno (Presidente durante el período 1980-1983), Margarita Argúas y Héctor P. Lanfranco. En todos los casos se rindieron las debidas honras fúnebres y en el acto de la inhumación usaron de la palabra el Presidente que suscribe y el académico Dr. Horacio García Belsunce, para resumir muy vivos sentimientos de pesar. En esta memoria se reiteran, pues, estimaciones que intentaron traducir las de todos los integrantes de la Corporación, en términos que, por lo demás, hallaron cabida en sendas resoluciones de homenaje.

II. — *Reuniones ordinarias*: Durante el período a que me refiero se llevaron a cabo todas las sesiones ordinarias que el Estatuto prescribe y las públicas extraordinarias que luego se precisarán. En las primeras a que se refiere este parágrafo, se trataron los asuntos de que informan las actas respectivas, oportunamente circuladas y aprobadas por el Cuerpo, y se registraron las comunicaciones de los

señores académicos Dres. Jorge H. Bustamante Alsina, Germán J. Bidart Campos, Julio C. Cueto Rúa, Federico N. Videla Escalada, José Domingo Ray, Jorge A. Aja Espil y el suscripto, sobre los temas: Protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del Estado y a las modernas técnicas de información, Comentario sobre el Pacto de San José de Costa Rica, Contribución de Jerzy Wroblewsky a la interpretación constitucional, Terrorismo y Derecho Aeronáutico Internacional, Organización y Programa de Actividades del Instituto de Derecho del Mar y de la Navegación; Doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre aborto; Sobre las Fuentes de las Obligaciones, a propósito de un artículo de Planiol y un comentario de Scialoja. En todos los casos hubo lugar a ulterior y fructuoso debate y tanto el texto de las comunicaciones como el resumen de las intervenciones respectivas tendrán acogimiento en el próximo número de "Anales", ya en prensa.

III. — *Reuniones públicas extraordinarias*: En lo que hace a las sesiones públicas extraordinarias, tuvieron por expositores a los señores académicos Dres. Jorge M. Mayer, Horacio García Belsunce, Enrique Ramos Mejía, Alberto Rodríguez Galán, Pedro José Frías (correspondiente) y José Domingo Ray, cuyas disertaciones versaron sobre los temas: "Derecho de respuesta"; "Inconstitucionalidad de ciertas sanciones de la Ley 20.643 (nominatividad de títulos valores)"; "Libertad de prensa y ofensas al honor"; "Francisco Narciso Laprida, jurista y mártir"; "El bicentenario de la constitución americana y el constitucionalismo argentino" y "Homenaje al doctor Manuel Obarrio en el sesquicentenario de su nacimiento". En este último acto, que se realizó en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y tuvo por objeto rendir homenaje conjunto a la personalidad del doctor Manuel Obarrio, ex Presidente de la Academia y ex Decano de la Facultad, correspondió al Dr. Ray, quien ocupa el sitial que lleva el nombre del ilustre jurista, llevar la palabra en representación de nuestra entidad.

IV. — *Reuniones de presidentes de Academias Nacionales y entrevistas oficiales y de protocolo*: Como en ejercicios anteriores, tuvieron lugar todos los meses del año académico las habituales reuniones de Presidentes para considerar asuntos de interés común: gestiones conjuntas, coordinación de tareas; obtención y distribución de recursos, etc. A raíz de proveerse la cartera de Educación y Justicia en 1986 con su nuevo titular, el Dr. Julio Rajneri, los Presi-

dentes de Academias Nacionales solicitaron audiencia y mantuvieron con él, acompañados por el señor Secretario de Cultura doctor Marcos Aguinis, una entrevista que permitió puntualizar extremos que hacen al desarrollo armónico y eficaz de las respectivas funciones. Con los señores Presidentes de las Academias que tienen su sede en el edificio de Avda. Alvear 1711 se concertó, además, constituir una comisión para atender a las medidas que demande la atención de los servicios generales de la casa y que integra nuestra Secretaria de Actas, la Dra. Mabel Farina de Giannini. En fin; en lo que hace a la relación directa con la Secretaría de Cultura, en dos oportunidades los Presidentes mantuvieron entrevistas de marcado interés con el Dr. Aguinis: a) Para responder a un pedido de comodidades en el local de algunas de las Academias que tienen su sede en la casa de Avda. Alvear 1711 a fin de instalar la sala de redacción de la Revista de Cultura, reclamo al que consideramos imposible acceder, pero que fue atendido por la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales; b) Para considerar un proyecto de ley sobre las Academias Nacionales con trámite en el Senado de la Nación; entrevista en la que la Presidencia dejó sentada una opinión adversa, de todo lo cual fue debidamente informado el Cuerpo.

V. — *Reuniones de Mesa Directiva*: Para atender los asuntos de trámite que requieren intervención, la Mesa Directiva acordó la celebración de reuniones periódicas semanales, que se llevan a cabo los días martes, de 15 a 17 hs., sin perjuicio de las extraordinarias a que hubiere lugar.

VI. — *Formalización y funcionamiento del comodato referente al local de Avda. Quintana 585, piso 3º*: Como es sabido, durante la Presidencia anterior, a cargo del Dr. Segundo V. Linares Quintana, quedó formalizada la cesión en comodato del local de la Avda. Quintana 585, piso 3º, propiedad de nuestra Academia, a la Academia Nacional de Ingeniería. Con posterioridad se nos requirió —y hemos accedido a ello— una autorización para representarnos en gestiones ordinarias que demande el uso del departamento ante la firma que tiene a su cargo la administración del edificio, en modo de facilitar trámites comunes que demanda el buen uso.

VII. — *Provisión de vacantes*: De conformidad con lo previsto en el Capítulo III del Estatuto y para llenar las vacantes creadas por fallecimiento de los Dres. José Manuel Saravia e Isidoro Ruiz

Moreno, la Academia procedió a designar a los Dres. Augusto Mario Morello y Juan Carlos Cassagne, quienes fueron elegidos por unanimidad en la sesión del 23 de octubre de 1986 y ocupan respectivamente los sitiales que llevan los nombres de Mariano Moreno y Antonio Bermejo. Los altos méritos de ambos juristas permiten al suscripto augurar una fecunda contribución a las labores propias de la Academia.

Es propósito de la Presidencia, cumplidos ya los términos previstos por el Estatuto, urgir el trámite para la provisión de las dos vacantes remanentes en las primeras sesiones del año en curso.

VIII. – *Comisiones especiales para al estudio de grandes temas de actualidad*: Como es de conocimiento de los señores académicos, tan pronto se constituyó la nueva Mesa Directiva, la Presidencia propuso –y la proposición fue aceptada por el Cuerpo– distribuir a sus componentes en grandes comisiones académicas para el estudio de algunas cuestiones que hacen al presente y al porvenir de la República y que son hoy materia de preocupación general.

Aceptada la iniciativa, quedaron constituidas las siguientes comisiones: 1) *Reforma Constitucional y Traslado de la Capital Federal*. Coordinador: Dr. Segundo V. Linares Quintana. Integrantes: Dres. Germán J. Bidart Campos, Mario Justo López, Alberto Rodríguez Galán, Juan Francisco Linares, Ambrosio Romero Carranza y Jorge M. Mayer; 2) *Divorcio y sus implicancias en el Derecho de Familia*. Coordinadores: Dr. José María López Olaciregui y Jorge H. Bustamante Alsina. Integrantes: Dres. Elías P. S. Guastavino, Federico N. Videla Escalada, José Domingo Ray y Manuel V. Ordóñez. 3) *Terrorismo y sus implicancias en Derecho Internacional*. Coordinadores: Dr. Federico N. Videla Escalada y Dr. José Domingo Ray. Integrantes: Dres. Jorge A. Aja Espil, José María Ruda, Juan Ramón Aguirre Lanari, Enrique Ramos Mejía, Horacio A. García Belsunce, Julio César Cueto Rúa y Alberto Rodríguez Varela. 4) *Protección jurídica de la intimidad, derecho de réplica y libertad de expresión e información*. Coordinador: Dr. Jorge M. Mayer. Integrantes: Dres. Segundo V. Linares Quintana, Germán J. Bidart Campos, Marco Aurelio Risolía, Carlos Juan Zavala Rodríguez, Miguel S. Marienhoff, Manuel María Diez, Manuel V. Ordóñez y Jorge H. Bustamante Alsina. 5) *Deuda externa e integración latinoamericana*. Coordinadores: Dr. Horacio A. García Belsunce y Dr. Jorge A. Aja Espil. Integrantes: Dres. Julio H. G. Olivera, Ju-

lio César Cueto Rúa y Roberto Martínez Ruiz. Han evacuado ya dictámenes las Comisiones Nº 1 y Nº 3, a los que se ha dado la difusión pertinente, una vez recaída la aprobación del Cuerpo.

IX. — *Declaración de la Academia*: Sobre el candente asunto de la reforma constitucional, cabe añadir, sin perjuicio de lo que se dice en el punto XV de esta memoria ("Consultas"), que la Academia aprobó además, por mayoría y con la abstención fundada del Dr. Augusto Mario Morello, la declaración que seguidamente se inserta y que también ha tenido oportuna difusión:

"La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires consideró en su oportunidad con la particular atención que el asunto demanda la iniciativa de reformar la Constitución Nacional, hecha conocer a sus efectos en el mes de marzo del corriente año por el señor Presidente de la Nación al Consejo para la Consolidación de la Democracia.

En su momento, esta Corporación manifestó su parecer a dicho Consejo respecto de la inoportunidad y de la falta de necesidad de una reforma de nuestra ley fundamental, y estima ahora del caso, al término del presente año académico, reiterar tales puntos de vista.

En orden al primero de esos aspectos, considera que existen razones que avalan el criterio sobre la inoportunidad de las enmiendas que se proponen si se tiene en cuenta, en primer término, que el país, luego de años de una sucesión de gobiernos "de jure" y "de facto", enfrenta la expectativa de ver afianzado el sistema republicano representativo de alternancia de los partidos en el poder, con un cumplimiento cada vez más respetuoso de las sabias normas de la Constitución Nacional. Además, los graves problemas de índole económica y social de la hora actual, que a veces revelan serios enfrentamientos sectoriales, obligan a posponer cualquier reforma de fondo y a crear antes las condiciones de una paz verdadera que facilite el logro de los objetivos proclamados en el preámbulo de la Constitución Nacional, prioritariamente los de afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad.

En orden al segundo, y sin desconocer que toda obra humana es perfectible, entiende esta Academia que ni el capítulo de declaraciones, derechos y garantías ni la parte relativa a las autoridades de la Nación ponen obstáculos insalvables para que el pueblo ar-

gentino se beneficie con los adelantos sociales y tecnológicos del mundo moderno y para que los Poderes del Estado cumplan cabalmente las atribuciones que les fija la carta fundamental sin desbordar sus límites con menoscabo de los derechos individuales, que no han impedido la consagración legislativa de reconocidas y justas conquistas sociales.

Cabe decir finalmente que lo que es oportuno y necesario es profundizar el conocimiento de la Constitución vigente, divulgar las incuestionables virtudes, respetar las garantías y derechos que proclama, ejercer con ecuanimidad los poderes que otorga y transitar al unísono todos los que quieran habitar el suelo argentino la senda señalada por los constructores de la Organización Nacional".

X. — *Organización, composición y trabajos de los Institutos*: Durante la Presidencia anterior, a cargo del Dr. Segundo V. Linares Quintana, fueron creados los Institutos de Derecho Civil, Derecho Administrativo y Derecho del Mar y de la Navegación, este último reajustado después, según decisión votada por el Cuerpo el 11 de diciembre de 1986, para llamarse ahora Instituto de Derecho Internacional y de la Navegación.

Esos Institutos funcionan con la colaboración de distinguidos abogados, a saber: en el de Derecho Civil, los Dres. Martín L. Erdozain, Eduardo A. Bieule, María Luisa Casas de Chamorro Vanasco, José María Gastaldi, Félix A. Trigo Represas, Roberto E. Greco, Alberto J. Bueres, Marcelo Salerno, Ernesto E. Nieto Blanc, Luis F. Bouzat, José Julián Carneiro, María Ester Guaglianone de Mraz Arancibia, Juan Carlos Pratesi y Diego César Bunge; y en el de Derecho Administrativo los Dres. Jesús Abad Hernando, Pedro Aberastury (h), Rodolfo Barra, Fernando Borio, Julio Rodolfo Comadira, Luis Boffi Carri Pérez, Jorge Cermesoni, Juan Ramón de Estrada, Ricardo Druetta, Guillermo Fanelli Evans, Héctor Pedro Fassi, Beltrán Gambier, Mario Rafael González Arzac, Juan Octavio Gauna, Carlos M. Grecco, Marta del Valle Herrera, David Andrés Halperín, José Augusto Lapierre, Jorge Luis Maiorano, Pedro Alfredo Miguens, Guillermo Andrés Muñoz, Mariana Ortiz de Zárate, María del Carmen Jeanneret de Pérez Cortés, Guillermo Rossi, Guido Santiago Tawil, Alejandro Juan Uslenghi, Dora Paula Winkler, Eduardo Stock Capella, Angel Bianchi y Luis Armando Carello. Hállase en trámite la selección de los componentes del tercer Instituto, en términos que oportunamente y como en casos anteriores se someterán a la consideración del Cuerpo.

Obran en Secretaría, a disposición de los señores académicos, los informes producidos por los señores Directores sobre la labor cumplida y a cumplir en los Institutos, con especial indicación de los temas que actualmente se investigan. El suscripto remite a los términos de tales informes para no extender los de esta memoria.

XI. — *Encuentro académico de Córdoba*: De conformidad con lo que es ya una práctica periódicamente renovada, los días 16, 17 y 18 de octubre tuvo lugar en la ciudad de Córdoba el encuentro de las Academias Nacionales, esta vez en homenaje al Dr. Alfredo Poviña, académico y ex Presidente de la Corporación mediterránea. El tema analizado y debatido en la reunión conjunta fue "Persona y derecho", lo suficientemente amplio como para dar pie a múltiples enfoques y debates de excelente nivel. Los integrantes de nuestra corporación, Dres. Ray, Bidart Campos, Bustamante Alsina y el suscripto aportaron trabajos sobre diversos temas, a saber: "Persona jurídica y realidad económica"; "Horizontes filosóficos, sociológicos y culturales de la persona en el derecho constitucional"; "La informática y la protección del secreto de la vida privada" y "Persona y derecho. Protección jurídica de la intimidad y derecho de réplica". En todos los casos hubo lugar a muy nutridas intervenciones (más de cuarenta, según se informó al cierre del encuentro). La Academia de Córdoba ha dispuesto ya la impresión del material reunido y oportunamente se distribuirá el volumen en prensa. Desde luego, la próxima reunión tendrá lugar en Buenos Aires, en fecha a determinar.

XII. — *Designación de miembros correspondientes*: A raíz del lamentable fallecimiento del Dr. Alfredo Poviña que antes se menciona y que fue miembro correspondiente de nuestra corporación, la Presidencia sugirió la designación del actual Presidente de la Academia de Córdoba, Dr. Pedro José Frías, y del académico doctor Héctor Cámara, personalidades cuya obra trascendente y notorio prestigio permitirán sin duda afianzar una vinculación que rinde tan próvidos frutos como los que se mencionan en el punto anterior. El Dr. Frías, como antes se dice, ocupó ya en acto público la tribuna de nuestra Academia al finalizar el año próximo pasado. El doctor Cámara tiene prometido hacerlo en los primeros meses del corriente año académico.

XIII. — *Publicaciones. "Anales" y "Obras"*: Está ya en prensa el Nº 24 de "Anales", supervisado por la Comisión de Publicaciones que preside nuestro distinguido colega el Dr. Segundo V. Linares Quintana. Su material acreditará sin duda, en distintos rubros, una labor de mérito. Además, la colección de "Obras" se enriquecerá este año con valiosos aportes, entre los que cabe destacar el tratado del señor académico Dr. Elías P. S. Guastavino sobre "Jurisdicción administrativa y su revisión judicial", cuyos originales obran ya en nuestro poder, y cuya impresión se tramita. Se ha dispuesto, asimismo, la impresión de separatas de los trabajos que se incluyen en la edición de "Anales", a fin de satisfacer su difusión y el creciente requerimiento de ejemplares.

XIV. — *Premios*: Se ha contemplado la asignación de una partida para instituir premios de la Academia que susciten la contribución inteligente al estudio de los grandes temas del derecho y permitan avanzar en la solución de las cuestiones que involucran. Ultimamente fue sugerida, incluso por la Academia Nacional de Córdoba, la institución de un premio, a otorgar por ambas corporaciones, para suscitar, si cabe, un mayor interés en las investigaciones de mérito. Es obvio señalar la gravitación de la crisis económica sobre todo en premios instituidos años atrás por muy nobles contribuciones de particulares, aunque es obvio también el interés con que un investigador puede aspirar a un premio de las corporaciones académicas. Pero está claro que la vocación necesita estímulos de toda índole. Y en este orden de ideas, la Presidencia no puede sino señalar que deplora haber tenido que contribuir con su voto a declarar desierto el Premio "Paz Anchorena Matienzo" para el año 1986 a que se refiere este informe.

XV. — *Consultas*: De conformidad con lo previsto en el artículo 3º de su Estatuto y por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la Academia ha sido requerida para evacuar consultas en asuntos de interés general y en causas sometidas a la decisión de la justicia.

En el primer rubro merece destacarse la consulta que formuló el Consejo para la Consolidación de la Democracia a propósito de la promovida reforma constitucional. Una comisión especial proyectó la respuesta, que a su vez dio pie, a posteriori, a la declaración que se transcribe en el punto IX. Además, también se han

evacuado consultas formuladas por la Cancillería y por un Senador de la Nación.

En el segundo rubro, donde las consultas suelen ser más numerosas, la Academia se ha visto en la necesidad de invocar la Acordada de la Corte Suprema de Justicia que fija la correcta interpretación del artículo 476 Cód. de Proc., pues es obvio que no se trata de sustituir o invalidar por esa vía la prueba de peritos y que el informe de las Academias ha de ser requerido en puntos de extrema complejidad, sujetos aún a las comprobaciones últimas de la investigación científica y en los que no baste la información presumible en el experto.

XVI. — *Equipamiento y mejoras del local*: Durante el año académico a que se refiere esta memoria, se consideró necesario proceder al equipamiento del local y a introducir en él algunas mejoras indispensables. Se han adquirido, pues, máquinas de escribir (Xerox Nº 07014266 Olympia Nº 0313593, ambas electrónicas con memoria); se ha adquirido también una extensa biblioteca metálica; se ha instalado una central telefónica y sus derivaciones en distintas oficinas (Presidencia, Sala de Reuniones, Secretaría, Institutos); se ha previsto la actualización de colecciones interrumpidas, así como suscripciones y operaciones de canje; se tiene a estudio y presupuestos la posibilidad de contar con la ya casi imprescindible colaboración de sistemas de informática y, en fin, se ha procedido a operaciones de limpieza en general y de reparación y pintura de algunos ámbitos. Las aportaciones materiales a que seguidamente nos referiremos exigieron y justificaron en alguna medida los trabajos y las intervenciones a que antes se alude.

XVII. — *Legados y donaciones*: La Academia debe agradecer gestos de generosidad formalizados últimamente que acrecientan sus recursos. Nuestra muy recordada colega y amiga, la Dra. Margarita Argúas, testó poco antes de morir legándonos su rica biblioteca, sobre todo en materia de Derecho Internacional Privado, disciplina de su especialidad. Su heredero instituido Arquitecto Héctor Nicolás Ledesma y el albacea Dr. Mario C. Pizzoni, junto con nuestro Académico Secretario, el Dr. Roberto Martínez Ruiz, tras prolijo examen, nos han hecho llegar la lista de las obras que el legado involucra y cuyo traslado a nuestro local está ya previsto.

A su vez, nuestro Académico Vice-Presidente el Dr. Manuel V. Ordóñez nos ha donado muy importantes obras de su biblioteca en

diversas ramas del derecho y asimismo los muebles para su debida ubicación. Una parte de esta donación está ya en la Academia y el traslado de otra equivalente se concretará en remesa ya convenida.

En fin, el Dr. Néstor Cichero Tezanos Pinto, ex Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital, caballero que honró la magistratura y quien con anterioridad había hecho valiosas donaciones a la Academia, ha donado ahora la colección de la Revista Jurídica "El Derecho", cuyo traslado a nuestra sede también tendrá lugar sin demora.

XVIII. — *Distinciones discernidas a señores académicos. Difusión de sus obras. Participación en congresos y reuniones científicas*: Este ceñido resumen de las actividades cumplidas en el año académico 1986 no puede silenciar la satisfacción con que fueron recibidas nuevas y numerosas distinciones recaídas en la persona de muchos señores académicos, su participación en congresos y reuniones de alto nivel y la difusión de sus obras dentro y fuera del país. La Presidencia, que no desea incurrir en omisión alguna, se limita en este caso a precisar los grandes rubros y a expresar sus congratulaciones a los recipiendarios, sus amigos, sus colegas, todos comprometidos en la vocación y en el esfuerzo.

XIX. — *Consideraciones finales*: La Presidencia no puede, por último, cerrar esta memoria sin agradecer la colaboración de todos los señores académicos y del personal auxiliar, en todos sus niveles, para alcanzar los resultados que quedan resumidos.

Sólo le resta comprometer para el año que se inicia una próspera y elevada gestión que acreciente el prestigio de la entidad a a la que pertenecemos.

Impetramos, con ese fin, la paz y la prosperidad de la República, la elevación en las ideas y en las realizaciones, el aliento patriótico en todas las instancias, la plenitud en el esfuerzo, el apego indeclinable a la verdad y a la realización de la justicia.

ÍNDICE

I. DISERTACIONES EN SESIONES PÚBLICAS

II. COMUNICACIONES EN SESIONES PRIVADAS

III. V REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA Y BUENOS AIRES

IV. OTRAS DISERTACIONES Y TRABAJOS

V. NECROLOGÍA

VI. DECLARACIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

VII. MEMORIA