

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

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

**LA JUSTICIA Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO
APORTES PARA SU REFORMA
Y MODERNIZACIÓN**

Juan R. Aguirre Lanari - Eduardo Aguirre Obarrio
Jorge A. Aja Espil - Jaime Luis Anaya - Gregorio Badeni
Germán J. Bidart Campos - Hugo Caminos - Juan Carlos Cassagne
Julio César Cueto Rúa - Horacio A. García Belsunce
Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci - Augusto M. Morello
Julio H. Olivera - Lino Enrique Palacio - Enrique Ramos Mejía
José Domingo Ray - Julio César Rivera - Adolfo A. N. Rouillon
Félix A. Trigo Represas - Jorge Reinaldo Vanossi



BUENOS AIRES

2006

BIBLIOTECA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

**LA JUSTICIA Y LA ENSEÑANZA
DEL DERECHO
APORTES PARA SU REFORMA
Y MODERNIZACION**



BUENOS AIRES
2006

La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su
reforma y modernización / dirigido por Augusto Morello -
1a ed. - Buenos Aires: La Ley, 2006.
800 p. ; 24x17 cm. (Fedye)

ISBN 987-03-0912-7

1. Teoría del Derecho. I. Morello, Augusto, dir.
CDD 340.1

Copyright © 2006 by La Ley S.A.E. e I.
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en la Argentina

Printed in Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor

All rights reserved
No part of this work may be reproduced or transmitted
in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher

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

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires
Av. Alvear 1711, primer piso
(1014) Buenos Aires - Argentina

Tirada: 300 ejemplares

ISBN-10: 987-03-0912-7
ISBN-13: 978-987-03-0912-3

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

Presidente

Académico Dr. Alberto Rodríguez Galán

Vicepresidente

Académico Dr. Julio César Otaegui

Secretarios

Académico Dr. Juan Carlos Cassagne

Académico Dr. Jorge H. Alterini

Tesorero

Académico Dr. Eduardo Aguirre Obarrio

COMISION DE PUBLICACIONES

Director de Publicaciones

Académico Dr. José Domingo Ray

Vocal

Académico Dr. Julio César Cueto Rúa

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

Director

Académico Dr. Lino E. Palacio

Subdirector

Académico Dr. Augusto M. Morello

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

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) – Segunda época, N° 1 a 42.

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia, por AGUSTIN DE VEDIA y ALBERTO RODRIGUEZ VARELA.*
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi, por ALBERTO OCTAVIO CORDOBA.*
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear, por FELIPE A. ESPIL.*
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno, por JUAN SILVA Riestra.*
- 6.- *La libertad, elección, amor, creación, por MANUEL RIO.*
- 7.- *El Congreso de Panamá, por MARIANO J. DRAGO.*
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley, por MANUEL RIO.*
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, por MIGUEL S. MARIENHOFF.*
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley, por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA.*
- 11.- *Historia del Derecho Político, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA.*
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina, por JUAN CARLOS MOLINA y JOAQUIN G. MARTINEZ.*
- 13.- *Alberdi y su tiempo, por JORGE M. MAYER (2 tomos).*
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina, por ISIDORO RUIZ MORENO.*
- 15.- *Historia de la doctrina Drago, por ALBERTO A. CONIL PAZ.*
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi, por JORGE M. MAYER.*
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional, por JORGE M. MAYER.*

- 19.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos).*
- 20.- *Conferencias y Estudios, por HECTOR P. LANFRANCO.*
- 21.- *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial, por ELIAS P. GUASTAVINO (2 tomos). Segunda edición actualizada.*
- 22.- *Derecho y Realidad, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 23.- *Las cinco Argentinas, por JORGE M. MAYER.*
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías, por AMBROSIO ROMERO CARRANZA y JUAN ISIDRO QUESADA.*
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional, por JORGE M. MAYER.*
- 26.- *Los posibles antídotos de la crisis, por JORGE M. MAYER.*
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional, por ALBERTO LUIS ZUPPI.*
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.*

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - Nº 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

- 1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*
- 2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*
- 3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*
- 4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*
- 5.- *Estudios sobre daño moral.*
- 6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*
- 8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*
- 9.- *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*
- 10.- *Los vicios de la voluntad*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACION

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El Derecho Marítimo alemán*
- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*
- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*
- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*
- *Derecho Internacional.*
- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

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

PRESENTACION

I

El tema de la Justicia y el de la enseñanza del Derecho son de capital importancia en el universo jurídico y en el afán de incrementar la calidad de sus resultados y la eficiencia de las instituciones que tienen a su cargo tan delicadas y trascendentes actividades. La Reforma Constitucional de 1994 incorporó, al respecto, diversas innovaciones de la mayor significación como son: acordar registro superior a las garantías del amparo y el hábeas data, reconocer la tutela preferente de los derechos de incidencia colectiva, facilitar el control de constitucionalidad, acentuar el Acceso a la Jurisdicción, dar perfil propio al Consejo de la Magistratura y al Defensor del Pueblo y dotar de adecuada protección a los derechos del consumidor, reforzados con el reconocimiento en no pocos Tratados transnacionales que con igual jerarquía normativa, superior a la de las leyes pero en gradación subordinada a las normas y principios de la Constitución, contribuyen a preservar y defender el enorme plafón de los Derechos Fundamentales de todas las personas, sin discriminaciones.

II

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, sigue, atenta y preocupadamente, el impacto de esas innovaciones y, con regularidad, los señores académicos que la integran llevan a cabo estudios, comunicaciones y debates acerca de la forma en que se presta la función jurisdiccional por los órganos estatales de la Justicia y los árbitros, procurando que los avances y recomendaciones de la ciencia procesal y de las políticas judiciales se vean correspondidas en el nivel de la litigación, que experimenta en sus garantías un continuo *aggionamento* con sus variados espacios de asuntos complejos y pertinentes técnicas instrumentales. La alicaída imagen de tan imprescindible tarea no disminuye, sin embargo, la ascendente relevancia de la Jurisprudencia al logro de la paz social con justicia y a un vanguardista activismo, en particular de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, convocada de manera intensa a asumir y resolver cuestiones de gravedad institucional y moral al igual que custodiar el orden de los valores que no pocas veces rozan en arduos conflictos (derecho a la intimidad vs. libertad de prensa; la tutela de la persona por nacer, la registración preferente de los derechos del niño, el derecho a la muerte digna de los enfermos terminales, etc.) que suscitan debates encontrados y respetables puntos de vistas que deben ser objeto de tuteladas urgentes y de acuciosa ponderación.

Nuestra Corporación, con absoluta libertad de criterio, se ha abierto al examen de no pocos tópicos desafiantes y polémicos, escuchando al conjunto de los expositores con respeto dialogante y aprovechando el análisis de las propuestas de esclarecimiento de un horizonte dilatado en las posibilidades interpretativas, en pos de criterios que se guíen por las consecuencias útiles que de ellos se derivarán.

III

Fiel a esas finalidades, la Academia estimó que podría ayudar a la (demorada) puesta al día de la Justicia, si reunía en un volumen aportaciones publicadas en sus "Anales", desde 1994 y en las que un buen número de sus miembros, desde diferentes perspectivas y atrapando un vasto espectro de interesantes y actuales cuestiones involucrados en el tema abordado, mostraran en un cuerpo más organizado, ensayos y lecturas que faciliten un examen y tratamiento acordes con la dinámica del contexto y los reclamos de la sociedad, jurídicamente cada vez más informada y que aspira a contar con las realizaciones jurisdiccionales más adecuadas y la calidad de la enseñanza que han de procurarse a los operadores, investigadores y estudiosos de las disciplinas jurídicas según lo que el presente exige de los órganos públicos y privados de la Justicia y a las Universidades y Centros de Especialización.

El plan de la obra desde la óptica señalada se ha ceñido al abordaje de buena cantidad de los fenómenos de mayor repercusión, los que se desarrollan desde una triple dimensión —constitucional, social y transnacional— que es como en la actualidad cobran su máxima resonancia y, axiológicamente, conjugan de manera equilibrada los matices jurídicos, económicos sociológicos, con la presencia de los valores imbricados, lo que se traduce en una visión enriquecida de cada cuestión y, además, de sus proyecciones.

Nos ocupa también la figura del amparo, al que los abogados van ampliando sus posibilidades de protección expedita, que se expanden de continuo.

IV

El estudio crítico, el rigor de la información y un atrapante momento del acontecer nacional que incita a la modernización y calidad de un sistema de Justicia —y de la formación del investigador y oficinista del derecho— de registros superadores, propósitos que animan a cada uno de los ensayos, permitirá extraer claves fundamentales para la profunda Reforma de la Justicia que harán renacer las ilusiones en pos del Poder Judicial y del legítimo deseo de que funcione a la altura de la circunstancia histórica que vivimos, frente a la crisis endémica y ética que afecta a la República. No es de olvidar que el libre acceso a la Justicia, constitucionalmente garantizado, es el bastión más auténtico para el ejercicio de la ciudadanía y la vigencia de la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica.

AUGUSTO M. MORELLO
Académico-Coordenador
AGOSTO DE 2006

INDICE

	Pág.
<i>Presentación: Académico Augusto M. Morello</i>	IX
I. VISIÓN GENERAL	
<i>Un pacto de Estado para la Justicia, por Augusto M. Morello</i>	3
<i>Preludio a la seguridad jurídica, por Eduardo Aguirre Obarrio</i>	25
<i>Reflexiones jurídicas en torno a la doctrina de la Corte Suprema en el caso "Arancibia Clavel", por Horacio A. García Belsunce</i>	43
<i>Globalización, crecimiento económico y bienes públicos, por Julio H. G. Olivera</i>	63
<i>Supremacía de la Constitución, jerarquía de los tratados internacionales e interpretación constitucional, por Gregorio Badeni</i>	69
<i>El Consejo de la Magistratura y su incidencia en la independencia del Poder Judicial, por Enrique Ramos Mejía y Juan R. Aguirre Lanari ...</i>	97
<i>El Ministerio Público según la reforma constitucional de 1994, por Jorge Reinaldo Vanossi</i>	113
<i>Sobre el origen hispánico del sistema judicialista y de otras instituciones del derecho público iberoamericano y comparado, por Juan Carlos Cassagne</i>	133
<i>Poderes inherentes del Poder Judicial, por Jorge A. Aja Espil</i>	155
<i>El acceso a la justicia administrativa, por Juan Carlos Cassagne ...</i>	177
<i>La Justicia en la Ciudad de Buenos Aires, por Lino Enrique Palacio ...</i>	209

	Pág.
<i>Protección de usuarios y consumidores, por Félix A. Trigo Represas ..</i>	221
<i>Los precedentes: El caso del Common Law, por Julio César Cueto Rúa</i>	243
<i>Problemas contemporáneos y política criminal, por Eduardo Aguirre Obarrio</i>	257
<i>La realidad jurídica y la proyectada integración de los Tribunales Penales, por Lino Enrique Palacio</i>	273
<i>Panorámica del nuevo proceso civil, por Augusto M. Morello</i>	289
<i>Arbitraje, control de constitucionalidad y recurso extraordinario, por Lino Enrique Palacio</i>	311
<i>Ética de los jueces. Análisis pragmático, por Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci</i>	323
<i>Las medidas cautelares en el contencioso administrativo, por Juan Carlos Cassagne</i>	397
<i>Consideraciones sobre la creación de tribunales internacionales especializados: el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, por Hugo Caminos</i>	427

II. AMPARO

<i>Las aperturas en la acción de amparo según la reforma constitucional de 1994, por Germán J. Bidart Campos</i>	449
<i>La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994, por Lino Enrique Palacio</i>	453
<i>El amparo después de la reforma constitucional, por Augusto M. Morello</i>	469

III. CONCURSOS

<i>Pasado, presente y futuro del derecho concursal, por Adolfo A. N. Rouillon</i>	491
---	-----

	Pág.
<i>Propuestas para un sistema concursal más eficiente, por Julio César Rivera</i>	505
<i>Concursos con repercusión transnacional. La Ley modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre insolvencia transfronteriza, por Adolfo A. N. Rouillon</i>	573
<i>Cuestiones de derecho internacional privado en la ley concursal argentina 24.522, por Adolfo A. N. Rouillon</i>	595

IV. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

<i>Primer enfoque, por José Domingo Ray</i>	631
<i>Segundo enfoque, por Jaime Luis Anaya</i>	651
<i>La enseñanza del Derecho Constitucional. Escuelas, tendencias y orientaciones, por Jorge Reinaldo Vanossi</i>	659

V. DICTÁMENES

<i>1) Sobre mediación y conciliación</i>	747
<i>2) Sobre el Consejo de la Magistratura</i>	755
<i>3) Sobre organización del Consejo de la Magistratura</i>	757
<i>4) Sobre el establecimiento del juicio por jurado</i>	758
<i>5) Sobre derechos varios</i>	760
<i>6) Sobre el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Arancibia Clavel"</i>	761
<i>7) Sobre Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional</i>	766
<i>INDICE ANALÍTICO</i>	769

I. VISIÓN GENERAL

UN PACTO DE ESTADO PARA LA JUSTICIA

POR AUGUSTO M. MORELLO (*)

SUMARIO: I. Por qué la necesidad de establecer un pacto de Estado sobre políticas para la Justicia. — II. El Derecho, la realidad y el proceso. — III. La situación negativa límite de la Justicia en la Argentina. — IV. Hacia una reconducción positiva. Visión de conjunto. — V. Vectores fundamentales. — VI. Propuestas. — VII. Colofón.

I. Por qué la necesidad de establecer un Pacto de Estado sobre políticas para la Justicia (**)

A. El problema de la Justicia es enorme y grave, no cabe reeditar los mil diagnósticos existentes de sus carencias ni marcar que los años perdidos son irrecuperables. La terapia y la empresa de *aggiornamento*

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Augusto M. Morello, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de mayo de 2001.

(**) Lo que explicaremos en este ensayo supone, inescindiblemente: a) un tratamiento simultáneo y profundo, que comprenda al mediano y largo plazo en lo que hace a las tendencias de los planes de estudio de nuestra carrera en la Universidades; b) en coherencia con una Política de Estado en Educación, lo que demanda una lectura profunda, que en tentativa describimos en otra obra ("Al final de una época", Platense, 2001, en prensa); c) repensar la Abogacía, la habilitación profesional, la modernización del reclutamiento de jueces, auxiliares y personal judicial, la formación y reciclaje en la Escuelas de Capacitación; d) un realismo en los presupuestos y en el seguimiento y corrección de las Reformas, guiadas por el cambio de mentalidad y una sostenida voluntad política en materializarlas; pero no en el ahora y aquí, atrapados por las urgencias de la coyuntura sino como obra mayor, de aliento, a proseguir. [El académico doctor Eduardo Aguirre Obarrío, abordará la Política Criminal; el académico doctor José Ray, acerca de los planes de estudio y así, en lo sucesivo, otros compañeros en temas convocantes] (Ver *infra*, Caps...).

reclaman de un "Pacto de Estado", un "compromiso histórico" que coloque tan delicada y prioritaria cuestión al abrigo de las contingencias de los partidos políticos y de los *plazos cortos*, de políticas que ancladas en el ya, en la coyuntura, el presente, pierden de vista el mediano y largo plazo y con ello su proyección y continuidad.

1) No es distinto el rumbo que se propicia en otros países y España con problemas similares a los nuestros en materia de Justicia, ante los calamitosos resultados de la demora (entre otras objetivas y decisivas causas negativas) porfiria también por un Pacto de Estado con el cual, de modo más *sereno, profundo y permanente* intentar revertir lo existente y relanzarse con seriedad a la concreción de las soluciones reales (1).

2) Desde este punto de vista es esa una responsabilidad que ha de compartirse entre todos los sectores, exigiéndoseles a los "partidos políticos una atención generosa que los aleje de los intereses partidistas para alcanzar soluciones, pensando en el interés general. Es decir que esta cuestión impone *realizar una política de Estado de modo que el partido en el gobierno, contando, en la medida de lo posible, con un amplio consenso, busque de modo coordinado soluciones perdurables e integradas*, con el pensamiento puesto en las necesidades de los ciudadanos y del Estado, los cuales trascienden los intereses excluyentes de grupos o partidos" (2).

3) La concertación de ese Pacto importará articular un modelo eficaz de financiaciones (no sólo nacionales) que, sin sorpresas en su desarrollo, permita afectar tanto en la Nación, las Provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en períodos sucesivos, 'continuados', la materialización y correcciones que aconseje su experiencia y las posibilidades presupuestarias, sin abrir falsas expectativas pero —sin interrupciones ni contramarchas— dando con racionalidad los pasos seguros, sin medidas "urgentes y desesperadas" que, en una fuga hacia adelante, muy lejos están de liberarnos de nuestras rémoras y errores.

Queremos señalar que es ilusionarse creer que todo se arreglará a la brevedad y persistir en esa creencia no será sino prolongar una utopía

(1) Cfr. D'ARCEMIR CENDRA - MONSERRAT COMAR, "De la intención a la acción", El País, Madrid, 7/5/2000, p. 12; MARTÍNEZ VARES-GARCÍA, Santiago, "La hora de la justicia", El País, misma fecha, p. 12.

(2) MARTÍNEZ VARES-GARCÍA, op. y loc. citados.

que luego genera mayor frustración y un sentido generalizado de impotencia (3).

B. Es evidente, igualmente, que hay que proscribir todo provincialismo procesal que nos encierre en un marco rigurosamente dogmático; o nos aleje de la lectura comparativa y del análisis sociológico y de la comprensión del modo que la economía se enlaza con el Derecho (cuando corresponda) sin mostrarse extraños entre sí. Sobremanera, precisar la función actual del juez y asumir los operadores jurídicos un análisis realista de la controversia (4).

Todo ello al dilatar la cultura del observador como explica Michele Taruffo [Pavia], ayuda a conocer mejor el propio sistema y el estudio de los problemas que se le someten, como ya lo anticiparon en los años '60, Denti, Cappelletti y Gorla. No pedimos un juez o un abogado académicos ni enamorados del sistema ni de catedrales de teorías si no que no se sustraigan a las nuevas dimensiones del Derecho que, necesariamente, cruzan el escenario de la Justicia y obligan a ese esfuerzo de apertura y excelencia. De cabal profundización, a riesgo de quedar desfasados y sin la idoneidad que la información y sensibilidad de la gente, y la complejidad de los *asuntos y conflictos de hoy*, requieren del letrado y del juez. Comprender y actuar con una mentalidad y ópticas *diferentes*, reparando en las características de las más importantes controversias que matizan la litigación del período histórico actual (y futuro).

C. En esa perspectiva —que centramos en el proceso civil— en el último cuarto del siglo precedente hemos marcado con énfasis entre otras circunstancias innovadoras que:

(3) Ver, la investigación que, inteligentemente, dirigió la doctora y camarista, Ana Poggi de Vanossi, vol. I, 2000; vol. II, 2001, Depalma, y de BERIZONCE, Roberto O., "Evaluación provisional de una investigación empírica trascendente para el mejoramiento del Servicio de Justicia", ED, 114-860.

(4) La crisis actual de la Justicia estatal, para llenar los fines que esta llamada a realizar, es una invitación al cambio: sólo la ausencia total de Justicia (o sea la nada) podría ser peor. Es, primordialmente, comprender (y comprender en serio) cuáles son las metas que el servicio judicial está llamado a satisfacer para, desde allí, reorientar nuestros esfuerzos en una labor constante de superación personal y de mejoramiento de la realidad que nos circunda. En síntesis, las computadoras no habrán de resolver nada sin un vocacionado compromiso con los fines y metas del servicio de justicia y sin una sentida convicción de *producir cambios tangibles en la forma de trabajar*. No es sólo cuestión de trabajar más, sino mejor.

1) El abogado no es el garantista extremo ni constructor de una complicada arquitectura de teorías y conceptos.

2) La continua exteriorización de corrimientos y adaptaciones de las técnicas jurídicas y de los criterios interpretativos que han ido dibujando un perfil intenso al activismo de los operadores jurídicos especialmente el juez rescatándolo de una presencia mediata y distante, notas que hacen más difícil y menos lineal su rol si bien, en la experiencia de la litigación, son varios los Modelos de jueces. No está suficientemente claro, se reconoce en estos días, "que el juez de fines del segundo milenio sea un burócrata técnico del derecho, el que resuelve problemas económicos y sociales, un garante del que preserva las prerrogativas individuales, una *bouche de la loi* (voz de la ley), un creador de soluciones, un sujeto político, el exponente de un 'poder en cualquier modo nulo', un exégeta, un formalista, un moralista, un inquisidor o cualquier otra cosa; o muchas, o todas ellas" (Taruffo).

E. Lo más importante e indicativo: "todo lo que quiere vivir, vivir plenamente, tiene que someterse a un imperativo inexorable: ser de su tiempo. No se trata de debilidad ante las 'modas'; no, no es una broma, es algo terrible. La vida no es una cosa abstracta. La vida que hay que vivir siempre, y por fuerza es esa, 'esta de ahora' es decir la de un tiempo determinado (5).

F. *Consolidar un Modelo de Justicia* constituye un cautivante desafío que, respetando la independencia de los jueces, modernice sus estructuras para lo cual debe promoverse un programa *integral* de reformas y adaptaciones imprescindibles para preservar la seguridad jurídica. No es necesario señalar que ello es, además, un presupuesto esencial para atraer las inversiones y mejorar la competitividad del país con técnicas y fórmulas institucionales que brindan trato justo y equitativo a todas

(5) ORTEGAY GASSET, José, "Rectificación de la República" [III. Las provincias deben revelarse contra toda candidatura de indeseable] 'Crisol', 6/6/31, Obras Completas, t. XI, p. 342, Revista de Occidente, Madrid, 1969.

En su constelación la múltiple plasticidad del derecho es imposible de 'cerrar' si se elimina el proceso. En ese cosmos, también él, ha ganado con insustituible y cabal legitimación una necesaria participación paritaria y ello conduce a aceptar la unidad, multiplicidad y diversidad de la experiencia jurídica. Y en ella, como lo enseñó Amílcar A. Mercader, el papel del proceso es axial y necesario para asegurar los valores justicia y paz social.

las personas y a todas las situaciones que requieran la tutela efectiva que debe brindar la Jurisdicción, en un *Estado de Derecho en tránsito a un Estado de Justicia*.

No podrá dejar de convocarse a expertos para que den prueba de su imaginación en miras de conjugar las enunciaciones dictadas por la experiencia, con una organización empresarial ágil que lejos de ser un freno burocrático, emerja como decisivo engranaje de transformación, de desbloquear las malas prácticas y la parálisis funcional; *para el futuro inmediato y el crecimiento a largo plazo*. Que se imparta de manera que, sin obturar el acceso, no pierda de vista la relación entre las exigencias de la sociedad, los cánones de Derecho, los fines del Servicio de Justicia y las pautas éticas. Que, asimismo, con espíritu autocrítico analice su comportamiento y corrija vicios o desviaciones en que pueda haber incurrido, procurando superar el desfase de la institución con las demandas del nuevo milenio.

G. Metodología. 1) A través de la participación de las instituciones representativas, correspondería armar un foro calificado en el que, con pluralismo y tolerancia, se debata la necesidad y conveniencia de concertar, sobre los lineamientos propuestos, un *Compromiso Histórico* o Pacto de Estado que oriente la legislación de base en los temas propuestos, y que requieran la participación de la Academia, arbitrando soluciones que el mediano y largo tiempo permitan superar las dificultades de la situación que las afecta. La continuidad y el *seguimiento* de lo que se vaya concretando permitirá, sin altibajos ni fracturas, coronar sucesivos logros.

A tales fines un Comité altamente especializado o de notables, *permanente*, verificará la marcha y aconsejará las correcciones que indique la experiencia.

2) El fervor nacional conjugado en esa nueva cultura, dará una inédita dimensión e impulso, sin agotarse en el ahora, de manera de materializar la gran ilusión de que la Argentina dé el gran salto adelante.

3) Este cambio de rumbo en el comportamiento de las dirigencias y del conjunto de los sectores representativos del ser nacional, en el delicado y prioritario escenario de la Justicia, importará una notable innovación en las prácticas de una democracia renovada, dinámica, que busca y plasma un horizonte mejor para la sociedad. Uno de los requisitos esenciales

de ese compromiso histórico es el de preservar el sistema de legalidad, confianza y libertad y colocar la consideración de las cuestiones de máxima y *trascendente importancia* en un registro inédito que involucre opiniones y puntos de vista de todos lo que, como ciudadanos, no son indiferentes sino directos participantes de una comunidad compleja, cuyos componentes observan atentamente la eficiencia de las instituciones, desde la marcha de las escuelas y los servicios públicos, hasta la prestación de la Justicia.

II. El derecho, la realidad y el proceso

A. El Derecho —la sociedad— no puede realizarse ni operar con razón y eficacia, en el caos, la anarquía o donde reine el espíritu faccioso, o la desintegración. De allí que no cesáramos en la invitación urgente a la concordia, a la tolerancia. *Al diálogo*, —a desactivar la litigiosidad— a asegurar la paz social en justicia. A un equilibrio necesario, real y posible en los puntos de acuerdo, en donde lo medular consistirá en acentuar, privilegiándolo, *lo que une y beneficia al conjunto*, sin exagerar lo que nos separa o debilita. Y en el proceso —como en la política—, buscar resultados *útiles*, consecuencias que contribuyan a hacer efectiva la justicia y la paz social.

B. Empero nuestra *cultura democrática* no ha podido superar las nubes del *corporativismo en los que estamos instalados*. La presencia y peso real de poderosos intereses sectoriales que se abroquelan en la defensa de sus intereses económicos, gremiales y afines perdiendo de vista, no pocas veces, el *general*. Los abogados y los justiciables no somos ajenos a esos pecados, según lo hemos puesto en reflexión hace ya muchos años. El 'tomarle el tiempo' al ocasional gobernante, el levantar sin treguas vallas impiedientes, el apegarse a pseudotraducciones anacrónicas y divorciadas de la dinámica social y de la ineludible necesidad de cambiar y modernizarnos porque son distintos, a otra escala y a diferente velocidad, los problemas complejos del presente, es una estrategia que conocemos demasiado bien (6).

(6) "Sanear la Justicia: tarea prioritaria", "La Nación", editorial del 17/2/2000, p. 30. A su vez Botana, luego de puntualizar que en tres palabras se cifran los asuntos públicos en los días que corren: política, mercado, justicia que, en el presente, con mal humor, evocan la corrupción que parece envolver a la primera, la inestabilidad y la miseria, a los mercados y la privación de los derechos esenciales, la justicia al igual que la repetición constante de esa imagen nos contamina e irrita, subraya que es imprescindible para la Argentina recobrar la confianza porque sin ella jamás saldremos del pantano. Y luego de preguntarse

Ni cambios de planes de estudios; ni habilitación profesional o voluntario test de competencia para poder ejercer la profesión, ni alteración de ferias y horarios, hábitos y vectores, ni someternos a llamados periódicos de resultados y actualización, ni acentuar deberes y responsabilidades. ¿Quién puede tener éxito en el intento de alterar ese *status* fortificado con inexpugnables líneas defensivas?

Obviamente que no postulamos las grandes innovaciones sin red, cabalgamos siempre un proceso de avance pautado, que goza con los pequeños aciertos, sin dar vida a mudanzas bruscas (que responden al 'revirement' [viraje]). El brinco espectacular, *por lo general*, que al querer romper la espina dorsal de lo establecido, a la corta provoca 'la contra-reforma' y el marcha atrás.

Nos preguntamos, recurrentemente, ante la imagen desfalleciente de la justicia y los contrariados rostros de los colegas en largas filas 'escolares' que aguardan ser *mal* atendidos en las mesas de entradas ¿qué ofrece este vendido y desmotivador mundo del Servicio para resistir la irrupción de aires renovadores y de lo que sin vueltas ocupará el espacio en la nueva época?

C. De no hacer nada o continuar amagando como 'que se hace' continuaremos alimentando al círculo en que la Justicia se debilitó y la hace acreedora a juicios de este o parecido tenor, cada día más intensos y patéticos: "En la crisis de la Justicia —más que en el deterioro de los otros poderes— está probablemente el núcleo principal del malestar que afecta a la República. El problema argentino es en gran parte moral, y la crisis de la Justicia está en el centro mismo de la escena. Las soluciones, entonces, no deben demorarse".

D. Desde un ángulo diverso: ¿Hemos reparado cómo las transformaciones sociales, económicas —y culturales— van cambiando las preferencias en la litigación civil? La desocupación, el abandono del campo,

¿qué vale más en una democracia, el resplandor de la justicia o la impunidad de los poderosos?, concluye en que es preciso contar con una justicia confiable, sobre todo cuando se cruzan los deberes de la verdad con las conveniencias de la política o de la gobernabilidad (BOTANA, Natalio R., "El miedo y la confianza", "La Nación", 3/5/2001, p. 23). Habrá que especializar —con prueba de verificación periódica— al personal judicial, cuya profesionalización frente a la complejidad y dinámica del derecho y las técnicas de organización y funcionamiento de empresas y organismos de servicios demandan *de continuo reciclaje y fases de modernización*.

las migraciones interiores, el cierre de ramales ferroviarios, entre variedad y acumulación de causas que provocan las alteraciones en el paisaje de la litigación y no sólo el humano y ecológico (el aumento de las villas miserias, el cambio de hábitos laborales, la recesión y crisis económicas, el trabajo en negro y precario, la carencia de obras sociales, la falta de viviendas, la no cobertura en salud, etc.), apagan a los juicios reivindicatorios y coloca a distancia la circulación de los boletos de compraventa inmobiliaria, *pero aumentan los desalojos por usurpaciones de fincas urbanas* (7).

El inteligente corrimiento global (recursos humanos, infraestructura, informatización, leyes procesales) es una íntegra puesta al día. Reformulación aligerada de sobredosis de garantismos y ritos complicantes y que, de manera significativa, sepa acuñar el rostro más humano, sensible y realista de una sugerente y provocativa imagen de la Justicia. Emergiendo como una ágil y racionalizada *organización* de servicios (8).

Claro que ello no llegará antes de que despejemos el camino y sin vencer antiguos miedos anidados en la hegemonía de ese pasado que es inconducente negar que *ahora* se halla *superado*, y sin que —resistencias fuertes al cambio de mentalidad y hábitos— dejemos de enfrentarnos con posiciones ideológicas ancladas en ese ayer. Nostálgicas barricadas que levantan los vanos intentos de impedir la concreción de los ajustes que propicia —y no únicamente entre nosotros— el esquema del reemplazo.

(7) Ver "Los abogados", Platense, Abeledo-Perrot, 2ª ed. 1999, p. 35 y sigtes.; "El Derecho y nosotros", cit., p. 15 y sigtes.; y "Derecho y realidad", Jornadas de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y de Córdoba, Anales, Buenos Aires, núm. 22, 1990. Como el flautista de Hamelin, las flacas carteras del trabajo del letrado los arrastran hacia los reclamos por daños (especialmente ocasionados por ilícitos de automotores) y mala praxis profesional. Quien compare los repertorios de la jurisprudencia de los años 40 hasta el final del siglo XX, se sorprenderá de cuántos claroscuros se han sucedido. También cada tiempo, cada generación, en sus diferentes contextos, se adscribe a exteriorizaciones litigiosas que dominan el panorama de cada época (y de cada nivel en el crecimiento económico y la dinámica social).

(8) Cfr. 1) PIVETTI, M., "¿Deflazione della domanda o risposte differenziate della giurisdizione civile?", en Actas del Congreso Nacional (italiano) sobre "La justicia entre el derecho y la organización", Torino, 13-15/11/87, Torino, 1989, p. 34 y sigtes.; esp. p. 50 y sigtes. (acerca del juez único). 2) CARPI, F., "La tutela de urgencia entre la cautela, la sentencia anticipatoria y el juicio de mérito", AA.VV., "Los procedimientos especiales" (Estudios ofrecidos a Virgilio Andreoli, Riv. Dir. Proc., 1985, p. 680 y sigtes.).

Empero, ello terminará por sobrevenir a la luz de la lectura que impone la hoja de ruta.

E. Socialmente, traerá aciertos y esperanzas por ser el destino natural que ha adquirido solidez asentada en la filosofía de la acción y que, por tal, vencerá el pesimismo de los que monocordemente repiten 'no se va a poder'. Verdaderos amos, inmovilizados en el pensamiento, que concentran sus energías en mantener intacto y en pie, el afán de prolongar el panorama desalentador que nos circunda.

F. Nos preguntamos, recurrentemente ante las dificultades operativas de los tribunales metropolitanos y los atribulados rostros de abogados enfilados en "colas escolares" para ser mal atendidos en la mesa de entradas, qué atractivos brinda la prestación del Servicio y por qué las resistencias a renovarlo, a que ingrese lo que gravará espacio en tiempo inmediato.

G. Y al llegar a esta meseta importa marcar del modo más destacado estas notas *determinantes* que condicionan —en el campo de la litigación civil— la organización de las competencias, las diversificaciones que se deben implementar y las derivaciones que se obtendrían de esa mecánica (y acaso de privatizaciones *prudentes* de lagunas actividades).

De fracasar la disuasión y en su caso —cuando corresponda— las vías alternativas, en especial la mediación que, en su órbita ha dado resultados satisfactorios, la realidad de los asuntos muestra este panorama:

1) Entre el 60 y 67% de los objetos de las controversias corresponden a ejecuciones y apremios. Ello es nota distintiva que absorbe el despacho, la firma, los casilleros y agencias de cobros (mejor del papeleo) de los deudores de múltiples, servicios y prestaciones fiscales, previsionales, multas, etc. Su tratamiento no consiste en aumentar Juzgados o Secretarías que, más de lo mismo, mantengan congestionados pasillos y trabajo internos. Hemos insistido en el cambio profundo —en horarios de trabajo diferentes, con dotaciones especializadas, y fuerte apoyatura informática—, que al igual que las Entidades Oficiales (municipios, organismos fiscales y previsionales, etc.) crean (mal) los títulos ejecutivos e inundan con formularios en actuaciones en las que, por lo común, no se proponen excepciones y cuya definición —política y no jurisdiccional— no pocas veces son las moratorias. Los cambios de estructura y técnica los hemos explicado en múltiples oportunidades

destacando la revolución que ha significado en Lisboa, Portugal, en los cuatro últimos años la afiatada tarea de la Oficina de *Injunctions*.

2) Los asuntos de 'los ricos' y los de alta complejidad (entre el 3 y el 5%) canalizan en el arbitraje comercial (fuertemente en el de carácter internacional) o requiere a través del proceso de conocimiento y, por el caso, la gravitación de las pruebas científicas, una competencia especializada de los órganos.

3) Una doble diversificación imponen, asimismo: a) los asuntos de *pequeñas causas*, concernientes a controversias coexistentiales (consumidores, de vecindad, pequeños litigios, que buscan soluciones directas, autocompuestas que aseguren la paz social, aun sobre el valor justicia; b) *la jurisdicción de protección o acompañamiento* (menores, mujeres, cuestiones de familia, tenencia, alimentos, de la seguridad social, laborales, etc.) modelo que responde a las exigencias de la tutela en *dimensión social*.

4) Cuestiones 'normales' y seriadas con fuerte presencia de los hechos: resarcimientos de daños ocasionados por accidente de tránsito, mala praxis, etc.

5) Acentuación del uso de las medidas cautelares y los denominados procesos urgentes.

6) Conflictos que canalizan por las técnicas del proceso extraordinario, o los procesos de estructura monitoria.

7) Los concursos y su mundo abierto a concurrentes aspectos de la jurisdicción contenciosa y voluntaria y a señaladas particularidades que, como en la Provincia de Mendoza, obligan a la creación de fueros especializados.

8) Los procesos colectivos y la tutela de los intereses difusos con sus particularidades (en lo que concierne a legitimación, medios probatorios, alcances subjetivo y objetivo de la cosa juzgada, recursos y modalidades de la ejecución).

9) Finalmente, la masa de asuntos de la jurisdicción voluntaria, que, en nuestra opinión deberían canalizar en principio y en ausencia de litis fuera de los tribunales y derivarse a organismos a funcionar en los

Colegios de Abogados; criterio éste que ha sido resistido por la clase forense que prefiere, por razones tradicionales, de seguridad y de incumbencias, que continúen radicados en el marco del Poder Judicial.

Este nuevo mapa de la litigación actual —diagramado en iniciativas de Reformas a los Códigos— lleva importantísimas implicancias en el objeto, perfil y manifestaciones de las contiendas y en las destrezas de los operadores jurídicos, su especialización y deberes de cooperación.

La precedente diagramación es la columna vertebral de lo que se planifique en el Código de rito, porque lo complejo no es igual a lo sencillo y el predominio de los hechos sobre las residuales cuestiones de derecho impide su equiparación instrumental.

El ascenso del uso de las garantías jurisdiccionales —amparo, hábeas data, acción de certeza, *injunctio*— y de un ejercicio más acentuado del control de constitucionalidad, así como las innovaciones en fase de cumplimiento de la sentencia de condena (subasta, etc.) provocan también rotación de preferencias y opciones y da lugar a los ajustes contemplados en diversas iniciativas, al igual que lo que atañe al moderno régimen de las impugnaciones a los fallos.

III. La situación negativa límite de la Justicia en la Argentina

La urticante y nunca superada cuestión de la duración y del onerosísimo costo de la litigación civil, es uno de los debates recurrentes que suscita la preocupación del operador y político del derecho. Expresar que —con variantes— *en todas las latitudes*, el paso de las sociedades, cada vez más aceleradas y abiertas a un abanico cruzado de requerimientos inéditos, en escalas subjetivas (procesos colectivos, tutela de los derechos difusos), nuevas dimensiones técnicas en el contenido, proyecciones y efectividad de las garantías (amparo, hábeas data, acción de certeza [mere declarativa], control de constitucionalidad, rol de los recursos extraordinarios y misiones adaptadas de las Cortes de Casación y de Derechos Humanos), está cada día más distante del que lleva el paso de la Justicia, es expresar una convicción generalizada.

No le va en zaga el formidable desafío que representan las erogaciones en la coordinación, dinámica y consecuencias de esa operatoria tan delicada, sensible y compleja, *de relojería*, que es el armado correcto de la 'empresa' prestataria de hacer justicia.

Esta cuestión, como lúcidamente lo entreviera Mauro Cappelletti en los años setenta, se ha colocado en la cima de las preocupaciones del político y del estudioso; toda vez que si no se organiza un servicio con modernidad y *costo razonable*, el acceso a la justicia queda como utopía e irrealizable ilusión para el *mayor número* de potenciales litigantes.

La faz económica relación costo-beneficio emerge como el vector más decisivo para 'ahorrar gastos' y racionalizar la infraestructura. Igualmente, para incorporar con seguridad los adelantos científicos y técnicas, formar mejor al personal y auxiliares y plasmar de tal modo lo que es medular al propósito de quebrar la rutina y superar lo establecido, que es materializar el *cambio de mentalidad*.

Para recobrar la alicaída imagen de la Justicia —en general lenta y disfuncional— sitiada por los poderes de derecho y hecho, presionada por la prensa y la opinión pública, señales todas ellas por demás desfavorables que, al *generalizarse* esa creencia, sacrifica el comportamiento ejemplar de la mayoría de nuestros jueces, agobiándolos con el peso de la incredulidad y el desconcierto, ha de superarse una situación que, "ante el probable oportunismo político pone en cuestión, nada menos, que la confiabilidad de prácticamente todo lo que hace el Poder Judicial, aun cuando haya visibles razones para hacerlo" (9).

IV. Hacia una reconducción positiva. Visión de conjunto

Trataremos de señalar las correcciones y medidas de implementación imprescindibles al logro del mejoramiento de lo existente.

A. La planificación interior desde los mecanismos jurídicos, en el iter estructural del litigio

Un sinnfín de correcciones han de acontecer desde adentro de las actividades que se desarrollan en el proceso, dejando para más adelante el

(9) Cita de nota 6, supra. El recuperar lo procesal la idea nutriente del Acceso a la Justicia en una renovada cultura jurídica que se centra en la dignidad de la persona, de todas las personas, se debe a múltiples esfuerzos de la ciencia, del político, del legislador y de los entusiastas del Derecho procesal.

Creemos que con realismo y según discriminaciones y matices impuestos por la diversidad de los asuntos, una actitud de los operadores jurídicos inteligente y creativa, el cambio de mentalidad y de sacudir la rutina, serán decisión para remontar.

Los corrimientos en los mecanismos con que se hacen las cosas y en la actividad de eso que llevamos a cabo todos los días y que conforma, con el mal humor consecuente, son factores insustituibles para acabar con el anacrónico proceso civil actual.

ingreso definitivo de lo electrónico como compañía permanente del trabajo de oficina (en la era de la cultura digital). El elenco es vastísimo pero razones de espacio y el haberlo explicitado en anteriores oportunidades, invita a la abreviación. Un puñado de las circunstancias negativas a remover, bastará a la demostración.

1) *Supresión de ferias judiciales.* Son cuarenta y cinco días en el año, prácticamente vacíos e inmóviles. Nuestros colegas fruncirán el ceño, pero un órgano judicial debe funcionar continuamente y *sin interrupciones* (lo hacen los Registros de la Propiedad, Automotor, etc.).

Así funcionan los hospitales.

2) *¿Por qué no utilizar los edificios e infraestructura de los tribunales en horarios vespertinos o nocturnos complementarios?* Ello es de muy factible adaptación y en ese *horario de refuerzo* puede atenderse la jurisdicción voluntaria y (con dotar a cada secretaría con dos estudiantes superiores becados) el despacho de los procesos ejecutivos y apremios —los que producen la sobrecarga, e importan como ya lo destacamos más del 65% del volumen del total de expedientes— en los cuales en más del 90% no se oponen excepciones, pero la documentación (el papeleo) insume un tiempo precioso. Información segura, nuevos soportes técnicos y —está a cargo de las Municipalidades y poderes públicos— el mejoramiento de la idoneidad de los instrumentos [títulos] que unilateralmente emiten para cobros de impuestos, multas, prestaciones previsionales, etc.

3) Radicación de causas en una Mesa de Entradas única con potestad cuasijurisdiccional de adjudicar el fuero.

4) Aprovechar a pleno las *medidas preliminares* (arts. 323, Cód. Procesal Nacional y sigtes.). Realizar a su través diligencias de exploración de hechos y circunstancias enderezadas al futuro quehacer probatorio. (En rol de aproximación a la averiguación del 'discovery' en el derecho norteamericano).

5) *Sumarizar* los juicios al máximo, asignándole rendimiento específico superior al extraordinario (sumarísimo) sobre el ordinario para una gran cantidad de contiendas (litigios urgentes, amparo, procesos de estructura monitoria, référé, etc.).

6) El silencio ante el traslado de las demandas es la antesala de la sentencia estimativa.

El juez hará saber a las partes que “su incomparecencia injustificada podrá ser interpretada como indicio en contra y que podrá inferir conclusiones de sus respuestas, de sus negativas injustificadas y, en general, de su conducta en el proceso” (arts. 163 inc. 5°, ap. 2° y 384, Cód. Procesal).

7) *Modificar, drásticamente, el régimen de las notificaciones judiciales.* ¿Por qué no valernos del fax y aun del teléfono constituido? En un proceso declarativo ordinario el trámite de las cédulas (cada una de esas notificaciones demanda entre 11 a 15 días) alarga la duración del trámite en más de ¡dos años!

8) Por qué un semillero de tipos procedimentales si son suficientes dos: el ordinario (refundiendo el proceso ‘madre’ con el sumario—plenario abreviado) y el extraordinario (sumarísimo, urgente), el repertorio de vías rápidas y expeditas.

9) Reducción de las resoluciones recurribles consagrándose como regla el efecto no suspensivo.

10) *Paralelamente, hacer único y no doble el juicio de admisibilidad* ¿Por qué recargar ese examen cuya decisión sin cortapisas siempre queda en manos del órgano a quem?

11) Establecer, con un equilibrado régimen de cauciones, *la ejecución inmediata* (en la sede de la instancia originaria) del pronunciamiento de condena.

12) Acentuar el *deber de colaboración* por el lado de las partes y de los terceros, sea en tareas de esclarecimiento e investigación (similares al ‘discovery’ anglosajón), en el aporte de documentos obrantes en su poder (arts. 388, Cód. Procesal Nacional; 386, Cód. de la Provincia de Buenos Aires) y en toda incidencia decisiva para acceder a la verdad jurídica material. Sobre ello habrá que hacer conciencia habida cuenta de que la actividad pública de la jurisdicción permite concretar el mandato Preambular (*afianzar la justicia*) y dar jerarquía a los valores implicados que conciernen a la comunidad, como es el de la *paz social*.

13) Establecer a través de una imposición razonable y controlable el *deber de información del deudor*, demostrativo de su buena fe, respecto al estado actual de su patrimonio como requisito condicionante de la

oposición a la ejecución; y en mira de facilitar, en la fase de ejecución, la realización de sus bienes, impidiendo así que ese trámite (como ocurre en la actualidad), sea un kafkeano laberinto de tropiezos y dilaciones.

14) Acordar a la preparación de la demanda (en trabajo multidisciplinario) la atención que requiere el acceso *responsable* a la jurisdicción, lo cual supone la previa y reflexiva consideración de si no será a través de las alternativas de la mediación o del arbitraje privados, que su tratamiento sea el más conveniente, y a *ser utilizado en primer grado*.

15) Deviene imprescindible *persuadir* a no desembocar en la controversia judicial sino, exclusivamente, en aquellos casos en que tal vía es la que se presenta como la más atinada y destinada a permitir la heterocomposición justa. Discriminando la tutela en materia no contenciosa (jurisdicción voluntaria).

16) El ejercicio activo, por el juez, en la *audiencia preliminar*, de la selección de los medios de prueba que *sin desmedro de la defensa*, no importe una sobrecarga estéril o disfuncional, conforme las circunstancias a acreditar en el proceso en concreto de que se trate. Extremando, a la vez, y para los *litigios de alta complejidad*, las posibilidades suficientes de dar cabida a la prueba científica que así lo requiera.

17) Además, deberá reformularse en una instancia de configuración más administrativa que judicial, lo concerniente a la ejecución de la condena, en especial la subasta —mecanismos que, sea en sede administrativa o privada y no ya judicial—, ha de ser objeto de profundas adecuaciones que la hagan más segura y confiable y acerca de los cuales existen excelentes propuestas (Toribio Sosa). En esa esfera de crucial importancia práctica, las demoras y dificultades de realización de los bienes embargados, complica extraordinariamente el cumplimiento del mandato jurisdiccional.

18) Para cerrar esta enumeración, *simplemente ejemplificativa*, cabe igualmente destacar el voltaje de eficiencia que representará la adopción de las soluciones que propician los nuevos Proyectos de Códigos Procesales en lo Civil y Comercial proyectados para la Nación, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma del mismo nombre (1997) que incorporan técnicas por demás recomendables a los fines de reducir el tiempo y el costo de los procesos, a saber: práctica de *prueba temprana*; consagración de los litigios de estructura monitoria y de los

denominados de la justicia de acompañamiento y protección (menores, seguridad social, es decir de derechos constitucionales que cuentan con cobertura directa y pronta solución en la Ley Fundamental y en Tratados a ella incorporados [como los concernientes a los Derechos del Niño, contra las Discriminaciones, igual contra la corrupción —Caracas 1996—, etc.]), la tutela anticipada, una adecuada red de medidas cautelares, el reconocimiento y preservación de los derechos colectivos y difusos, la simplificación de la tramitación y una reformulación moderna del arbitraje privado.

19) La articulación de las fases de implementación han de asumirse con realismo y flexibilidad teniendo constantemente en cuenta el grado de litigiosidad, las fórmulas más notables de los conflictos, el comportamiento de los justiciables y las peculiaridades culturales, económicas y sociales del medio (en la realidad sociológica los *diferentes* medios) en que ha de regir una ley común y general, regulatoria de las incidencias que se susciten en los desarrollos del mapa litigioso (y en los ciclos de estrechez o de crecimiento económicos que condicionan la política de empleo y la dinámica de los negocios).

V. Vectores fundamentales

Para nosotros, son cuatro:

- A) Cambio de mentalidad
- B) La revolución informática
- C) Potenciar, adecuadamente, la primera instancia
- D) Mayor discrecionalidad de las Cortes Supremas.

Esto es lo que surge de la evolución de los Congresos Internacionales de Derecho Procesal desde Gante (Bélgica) de 1977 (Por una Justicia de rostro más humano) hasta el celebrado en el 2000 en Bélgica (*Una Justicia Moderna y eficiente para todos*), y las sugerentes iniciativas que se predicaron en el Coloquio de Tesalónica, Grecia, en mayo de 1997.

- A) *Cambio de mentalidad* (lo más difícil y lo que es determinante)

Se ha hecho cada vez más penetrante entender que es preferible que los jueces y juristas den soluciones prácticas y justas a sus contemporáneos

que transmitir normas o ecuaciones doctrinarias a la posteridad (Jerome Frank, *Courts of Trial*, Princeton University Press, 1949, p. 379, en la crítica de la actitud griega [y diferente a la romana] en temas jurídicos). Sobre el particular hemos ahondado en infinidad de artículos y ponencias.

B) *La revolución informática* (La cultura 'digital', la nueva era de otros 'papeles')

Se porfía, igualmente, en la Argentina, en la última década del Siglo XX, por la fluida incorporación de la informática habida cuenta del impacto que en un amplísimo frente interconectado, sus copernicanos avances está produciendo.

Veamos esto con mayor cuidado.

1) Una de las causas de la ineficiencia de la justicia (en todos sus fueros) —y claramente lo es para nuestra litigación— acaso sea *la continuidad de sistemas o métodos de trabajo que prescindan de los aportes de disciplinas técnicas o científicas sin duda afines*, que son determinantes de la modernidad.

Si se tiene en vista que la *finalidad* del servicio de justicia debe ser la máxima efectividad posible en la solución de conflictos (en tiempo, costo y calidad), ha de repensarse la forma de construir el proceso, de organizar la oficina judicial y el estudio jurídico.

Ello importa una ardua tarea de mentalización y capacitación de los recursos humanos, y quizá de reasignación de funciones, roles y responsabilidades dentro de cada organización, en amplio y franco contraste con el sistema burocrático y obsoleto actualmente imperante.

2) La tecnología, asimismo, puede coadyuvar a la introducción de sistemas de trabajo que acaso someterán a revisión no pocos principios y estándares procesales.

La simple incorporación y uso de tecnología para el cumplimiento de nuestra función resulta por sí sola *transformadora de la realidad*: teléfono, grabadora, filmadora, fax, computadora, vídeo, etc. (10).

(10) Funcionan ya, en el mundo (en EE.UU., al menos en Utah y Mariland), experiencias judiciales piloto en materia de intercambio electrónico de datos (EDI), que tienen la

C) Pero existen aplicaciones tecnológicas cuyo vertiginoso perfeccionamiento, abaratamiento, y consiguiente difusión pueden conducir a otro registro la *efectividad* del sistema judicial tal cual se lo conoce hoy. Tales como la *multimedia*, *telemática* y la *videoconferencia*.

1) La *multimedia* consiste en la posibilidad de hacer interactuar imagen, sonido y texto en la computadora.

Piénsese en la machacona imposibilidad en las instancias extraordinarias para acceder a cuestiones de hecho y prueba cuando la instancia de grado es única y oral, y considérese que si todo lo actuado (o lo más relevante) quedara registrado en videodiscos (discos semejantes a *compact disk*) u otros dispositivos tecnológicamente asimilables, esa imposibilidad prácticamente desaparecería, pues el juicio se convertiría en una especie de *película encerrada* (y segura), por ejemplo, en varios discos compactos de computadora o dispositivos análogos.

3) Años atrás era impensable una forma de interacción entre el órgano jurisdiccional y el estudio jurídico que no fuera la llamada *mesa de entradas* del primero. Ese era el punto físico de intercambio de actos procesales, y, por lo demás, era prácticamente el único posible.

La *mesa de entradas* hacía las veces de membrana que permitía la ósmosis procesal entre el órgano jurisdiccional y el estudio jurídico. Casi no podía imaginarse otra modalidad que no fuera la presencia física del letrado o su empleado en la *mesa de entradas* para introducir un escrito previamente redactado, o para retirar copia del presentado por la contraparte o bien para consultar o notificarse de una providencia, etcétera.

4) *La realidad hoy ha cambiado, drásticamente, con el desarrollo impresionante de los medios de comunicación.*

En estos momentos existen otras vías posibles de ingreso y egreso de información al y desde el juzgado.

habilidad de enviar y recibir documentos electrónicos (presentaciones de parte y resoluciones judiciales), logrando así una más eficiente y menos costosa forma de litigar. Empero, en un camino abierto a continuas sorpresas, superadoras de lo precedente, cabe avanzar sin interrupción.

5) Por último (por ahora), *la videoconferencia* es la posibilidad de entablar diálogo entre diversas personas situadas en dos o más puntos geográficos, con y a través de la imagen. Las creencias religiosas y los conocimientos científicos, no son vallas y, por el contrario, se desenvuelven por definición en un plano similar u homogéneo.

La acotación medular finca en la capacitación para saber y comprender, y comprender no es poco como aporte a la eficiencia del sistema.

6) *La panorámica anterior lleva a reflexionar acerca nada más que en las pérdidas económicas que se manifiestan no sólo por el costo del transporte, sino por la pérdida de tiempo que no podrá ya ser utilizado en las actividades propias de los testigos, peritos, abogados o justiciables* (11).

Es dable advertir, entre otros consecutarios, que v. gr. el principio de intermediación, o el debate entre oralistas y escrituristas veríase seriamente simplificado (si no superado) por la *multimedia*, la *telemática* y la *videoconferencia*, lo que demuestra el impacto de las nuevas tecnologías no ya sobre las normas, sino sobre *los principios procesales*.

7) El riesgo es *continuar pensando esta nueva realidad únicamente en función de paradigmas o esquemas mentales que responden al pasado*.

E) Parece, entonces, por demás oportuno, que Estado y Sociedad, con carácter propedéutico se hagan cargo del reto que representa comenzar a concebir esquemas que permitan asimilar la nueva tecnología (y con ella ventajas en aras de la mayor eficiencia del servicio de justicia), *aun dentro del derecho vigente*.

Y para el mediano y largo tiempo, pensar, programar y llevar adelante la *Reforma* prometida y demorada.

(11) No creo exagerar si puntualizo que en estas axiales políticas de Estado, estamos convocados a una tarea de dimensiones históricas que tendremos que hacer en sus tiempos, *pero de nada sirve eludirla o posponerla*. Existe la necesidad de resolverlas bien. Educación y Justicia son el marco para que encausados puedan abrir las esperanzas para ir dando respuesta consistente y sin artificios a los demás problemas profundos que el cambio de época, de conducta, de cultura y de sociedad en sí nos están desafiando y que, por arrogancia ni ligereza, debemos aceptar.

En el pórtico del Siglo XXI parece evidente que ya "no alcanza" con la intuición y el saber jurídico. Respecto del cual, por otra parte, debería instrumentarse su enclave, especialización y tendencia a la excelencia y a una comprensión *multidisciplinaria*; la periódica reválida para garantizar sino su aumento cuanto menos su no disminución, a causa de la vigencia de la inercial ley del menor esfuerzo.

F) En tal endiablado y presionante contexto —que se radica, para colmo, en una sociedad moralmente débil, infiltrada por la corrupción— se instala y hemos de procurar, sin tardanzas, ganar espacios de eficiencia en el cuadrante del Servicio de Justicia, coadyuvando a materializar así *la disminución de los tiempos, el aumento de la seguridad y calidad jurídicas y la merma de los costos que su prestación irroga*, en la jadeante y malhumorada litigación civil.

VI. Propuestas

En la transición de estas horas, el problema de la Justicia es uno de los más urticantes y de *difícil solución*.

Los diagnósticos y análisis de las causas que han terminado por componer un cuadro de tan agudas notas desfavorables son conocidos y no apagan, sin embargo, *el afán de una real y necesaria modernización global del Servicio* obviamente que sin reducir la calidad de las resoluciones y del 'producto' final de la justicia.

Se cuenta, desde 1994, con una renovada versión de las *garantías* que aseguran la efectividad del proceso y la jerarquización y operatividad directa de los Tratados incorporados a la Ley Fundamental (arts. 18, 36 a 43, 75 incs. 22 y 24).

Además, en un emplazamiento universal *integrado* en el marco del Mercado y las Comunidades, de exigencias homogéneas y continua armonización de ordenamientos distintos, se elaboran las grandes construcciones sistemáticas que buscan instrumentos más programáticos para reformular institutos procesales, que exigen diferentes *valoraciones políticas*.

Los lineamientos antes expuestos —en tentativa— son los puntos de partida para abrir un gran debate y, entre todos, *enriquecerlo y mejorarlo*.

VII. Colofón

La empresa compartida es diseñar una nueva cultura jurídica, otra instancia en la evolución de la *legitimación democrática del Poder Judicial*, la eficiencia de su labor en el contexto de la información y participación *igualitaria* de la gente, preocupada por la cuestión de la Justicia, *sobre lo que no habrá, por cierto, retrocesos.*

A. Las reflexiones que presuponen la propuesta enunciada, autorizan a sostener que su desconocimiento atentaría contra el común convencimiento del pueblo y de los operadores acerca de que el proceso en la vida social si bien se presenta con *propia juridicidad* (y acaso mostrando una función instrumental de 'complemento') es, no obstante, uno de los manantiales o medios (para nosotros *necesario*, repetimos) que en la unidad interna —pero diversa— del Derecho también se *integra* con él. Gracias a su presencia se acuña su plenitud y perfecciona. O lo que es lo mismo, del proceso deriva *una nueva forma* (en esencia idéntica a las demás) *de producción jurídica.*

También se cuenta con proyectos que siguen la orientación que se reputa más adecuada.

Estamos transitando el Siglo XXI, y con cierta dosis de valentía y creatividad es posible alcanzar nuevos horizontes que mejoren el servicio, y con ello, la calidad de vida de sus destinatarios y operadores.

No obstante, reiteramos, constituiría una simplificación absurda entender que modernizar es sólo colocar computadoras en los juzgados. O una Mesa de Entradas única, informatizada.

B) La modernización es, en primer lugar, valga la reiteración, *un cambio de actitud mental*; de todos los días y reparando en lo pequeño.

La solución para los problemas de la Justicia está en manos de sus propios operadores, y la conciencia de que existe una solución impulsa a ir en su búsqueda (12).

En el rol central de *garantía, el proceso justo* es el medio adecuado en el Estado de Derecho para obtener el reconocimiento de los derechos, de su certeza y efectivización, lo que será mucho más evidente, todavía

(12) Las observaciones y los aportes son reiterados y valiosos. Ver LABRADA, Pelayo Ariel, "Diez claves para la celeridad procesal sin reformas legislativas", LL Actualidad, 8/5/2001.

en el Estado de Justicia por el que bregamos. *Evaluando los problemas de conjunto, abarcativamente, y en la prospectiva del mediano y largo plazo.*

C) Falta, no obstante, y ello es dramático, *la voluntad de los cambios*, el impulso político y su permanencia de hacer y mejorar, la conciencia *de que no podemos seguir como estamos, que lo disponible es lo que sobrevive por inercia*, pero pide a gritos, que lo modernicemos para que en verdad sea útil. Es un desafío —como el de la Educación— *del que no podemos desertar.*

No sólo el Estado sino el conjunto de la sociedad advertirá una señal evidente de que es posible y conveniente integrar las bases y contenido del *Compromiso Histórico*, superando los factores negativos de la incompreensión, el desaliento y la indiferencia. Quedará en evidencia que ha brotado un renovado espíritu con el cual compartir soluciones viables en las que la sociedad civil está involucrada porque le conciernen de modo prioritario.

D) De esta manera se inaugurará una excitante etapa de *aggiornamento* en la que la presencia rectora del Derecho hará más gobernable la implantación del Estado de Justicia.

La conclusión emerge diáfana: Requiere *acordar* en lo que en cada cuestión se reputa lo más conveniente y adecuado en su proyección hacia el largo plazo, y se alcancen por consenso implementándose de modo factible con coraje, y tesón. Se sumarán a otras sugerencias y preocupaciones con las cuales dar organicidad y consistencia a las demandas de paz social, justicia y esperanza de superar las dificultades y carencias que cruzan nuestro presente, con férrea voluntad de materializar formas más equilibradas, razonables, y solidarias de convivencia.

No deja de ser positivo dar muestra palmaria de querer avanzar hacia una renovación de procedimientos y herramientas institucionales que, en el marco de la Constitución y el Estado de Derecho, en una clave diferente, forjen políticas y estrategias efectivas que la gran mayoría de los argentinos desea impulsar.

Transcenden a los partidos políticos y a la coyuntura, y por eso, es impostergable asumirlas a través de nuevos métodos de entendimiento *que acrecienten la cooperación y satisfagan las expectativas.* En la hora de la responsabilidad, debemos consolidar la fe en el futuro y la voluntad de construir, para todos, un mundo más justo. ♦

PRELUDIO A LA SEGURIDAD JURIDICA

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (*)

I. La seguridad jurídica es, igual que la salud —o la libertad— algo acera de lo cual generalmente no se habla. Excepto cuando falta.

Y hoy se habla.

Lo grave es que se habla en la casa y en la calle, en charlas de café, en los pasillos del Congreso y de Tribunales, en los hospitales y en las cárceles, en el campo, en el mundo de los negocios y de las finanzas, en libros, artículos, conferencias, en la televisión y hasta en cartas de lectores que publican los diarios.

La verdad es que se habla en todas partes.

En el caso de la salud es fácil advertir que, según los tiempos, la deficiencia que se nota cambia de aspecto: pudo ser la peste negra, la lepra; ayer la fiebre amarilla, sífilis, parálisis infantil, cáncer; hoy SIDA, cólera o el estado de nuestros hospitales.

Algo parecido sucede con la seguridad jurídica y, por eso es el Proteo, el camaleón de la Teoría General del Derecho y de la Filosofía del

(*) Disertación pronunciada por el Dr. Eduardo Aguirre Obarrío en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 14 de abril de 1994.

Derecho. Es decir, que la falla que preocupa hoy puede permanecer, desaparecer, ceder paso a otras fallas o reaparecer.

Esa mutación y "la riqueza extraordinaria de su problemática", frase de Augusto Morello en su informadísima comunicación interna a esta Academia (1), producen una consecuencia poco común en la literatura jurídica: los manojos de temas considerados por los autores difieren bastante entre sí. Pero no porque exista desacuerdo de opinión sino porque los aspectos son numerosísimos y, además, la realidad evoluciona.

Por eso los trabajos se complementan y ayudan unos a otros. De manera que, en esta materia, en lugar de grandes polémicas, hay numerosas apreciaciones importantes, todas válidas.

Yo procuraré mostrar un panorama muy general acerca de los problemas y dificultades, con algún desarrollo y varias apostillas. Pero necesariamente faltarán muchos aspectos de gran interés. Faltarán porque la materia es muy rica y porque el tiempo y el ritmo de una conferencia me obligan a seguir el consejo de Igor Stravinsky en su *Poética Musical*: igual que en muchos juegos de naipes, para componer es básico saber descartar (2).

II. Empezaré por lo que es la seguridad.

A primera vista, seguridad es la ausencia de peligros o de riesgos, y eso dice el diccionario.

Pero cuando hablamos de seguridad, todos sabemos que es porque existe un peligro (3).

(1) *El principio de seguridad jurídica*, en "Anales", segunda época, año XXXVII, núm. 30, 1992. De paso, hasta tomó en cuenta las cartas de lectores a las que al principio aludí.

(2) Se trata del curso que dictó en la cátedra de Poética de la Universidad de Harvard, al principio de la cuarta lección. Es curioso ver que Stravinsky explica, al comenzar su curso, el significado griego del verbo *poiein* (en el fondo, *hacer*), de donde viene *poética* (estudio de la obra que va a realizarse), de la misma manera que lo hace XAVIER ZUBIRI en *Cinco lecciones preliminares de Filosofía*.

(3) "Al riesgo no lo encuentro, cuando no existe; sólo que entonces hablo de seguridad. Pero existiendo, puedo todavía esquivarlo, que es una manera de encontrarlo". CARLOS COSSIO en *La teoría egológica del Derecho*, 2ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 571. El lugar donde figura la cita es: Cap. II, sección 5, subsección 2: *La coexistencia en cuanto circunstancia: Meditación sobre el Orden y la Seguridad*, que merece ser leído íntegramente.

Decimos que algo es o está seguro cuando creemos que hemos encontrado la forma de evitar un peligro. Por eso si se dice que a la salida de una cancha de fútbol la policía toma medidas de seguridad, eso significa que se temen disturbios y se piensa evitarlos. De la misma manera, se habla de seguridad en el trabajo, seguridad en vuelo, en el tránsito.

No se colocan barreras donde no hay ferrocarril ni se construyen diques en un árido desierto.

III. Por otra parte, cuando tercian acciones humanas, con sus libres decisiones y también con sus imperfecciones, nuestro vaticinio sobre el juego de causas y efectos se complica y pasa a ser muy relativo (4).

Por estas razones, una sociedad se siente segura cuando cree que los peligros se han anulado, y se siente insegura si cree que el peligro no se contrarrestará debidamente (5).

IV. Pero yo no creo que el ser humano siempre busque la seguridad (6). Cada persona pretende seguridad en ciertos aspectos y se lanza a la

(4) Queda implícito que la seguridad puede referirse a acontecimientos del mundo físico y natural. El párrafo entra directamente a lo que depende del obrar humano.

(5) De aquí en adelante me refiero a la seguridad entendida desde el punto de vista subjetivo, pero conviene aclarar:

Creo que la seguridad objetiva no existe, salvo que llamemos así a la opinión más generalizada o la de los doctos. Pero esa opinión general sigue siendo subjetiva.

También hay quienes identifican la seguridad objetiva con lo que los penalistas llaman orden público, en sentido objetivo: *il buon assetto e regolare andamento del vivere civile* (buen ensamblamiento y regular funcionamiento de la vida civil), como dice la Relación Ministerial de Zanardelli, sobre los Libros 2° y 3°, N° CXIII. La posición subjetiva: "el derecho que asiste a las colectividades humanas, jurídicamente organizadas, de vivir libres de injustos temores". (MOLINARIO, Alfredo J., *El bien Jurídico Garantizado por la Incriminación de los Delitos contra el Orden Público o la Paz Pública*, Montevideo, 1949).

(6) Según ALTERINI, Atilio, *La inseguridad jurídica*, el hombre siempre busca seguridad. Con finalidad política, el fascismo acuñó el giro *vivere pericolosamente*, sobre el que algo dijo ORTEGA Y GASSETT, José, *Ensimismamiento y alteración*, Obras Completas, V, pp. 295 y ss. Después de aclarar que "durante la pasada centuria —y acaso por primera vez en la historia—, el hombre llegó a creerse seguro" (p. 306), explica el origen de la expresión. Como los extremos se tocan, también dijo Carlos Marx que la seguridad era el más alto concepto social de la sociedad burguesa (seguramente considerando que se trataba de la actuación de la policía contra la clase trabajadora). Esta cita aparece a la cabeza del Cap. II de *La Seguridad Jurídica* de PEREZ LUÑO ("Dice Sicherheit ist der höchste soziale Begriff der burgerlichen Gesellschaft" de *Zur Judenfrage*, en "Deutsch-Franzosischen Jarbucher", 1844).

aventura, corre riesgos o calcula probabilidades, en otros. Por más que para ello también tomemos precauciones.

No es necesario pensar en Cristóbal Colón ni en astronautas o pilotos de prueba ni en quienes juegan a la ruleta rusa para hablar de peligros que se afrontan.

Tampoco es necesario vivir en las afueras en una buena casa o viajar en tren o en colectivo o conducir un camión bien cargado, cuando hay piratas de la vía como hay piratas del asfalto o de las quintas (7).

Basta manejar un automóvil o cruzar a pie una avenida en nuestro porteño tráfico. Basta emprender un negocio novedoso o jugar a la lotería. Basta practicar deportes para correr ciertos riesgos.

En el fondo, para que la seguridad pase a segundo plano es suficiente que nos mueva la imaginación, la belleza, la fantasía o el amor.

Sin embargo es cierto que aun cuando no todos buscamos las mismas aventuras o mismas seguridades, hay necesidades comunes al género humano.

Así, especialmente desde que el hombre nace y por mucho tiempo, necesita ayuda para no perecer.

De esta característica y de tanta otra necesidad como tenemos de contar con ayuda ajena, nace el derecho. Es un producto necesario de la cultura. Ya lo vieron tanto quienes se ocupaban del derecho natural como del contrato social (8).

V. Eso que llamamos seguridad jurídica deriva de la necesidad de confiar en cierta actuación de los demás para poder obrar, y recíprocamente.

(7) Nuestro lenguaje acuñó la expresión *piratas del asfalto* para designar a quienes asaltan camiones en las rutas. Yo extendí la expresión a los asaltantes de los trenes, que desgraciadamente producen un drenaje permanente entre los viajeros, justamente cuando los vagones está abarrotados, y han causado numerosas muertes arrojando personas a la vía, nada más que para quitarles cualquier cosa de cualquier valor.

(8) Me lo recordó Osvaldo Paschero, abogado y filósofo discípulo de Cossio. Véase HOBBS, *Leviatán*, en sus Capítulos 13 y 17. También lo cree ROUSSEAU, *Du contrat social*. En este siglo escribió SAUER, Wilhelm, *Filosofía Jurídica y Social*, a partir del § 33. Véase, en el § 34, II, 1, la frase: "El Derecho es un orden general que exige, ante todo, su propia existencia".

Confiamos en que ellos y nosotros haremos ciertas cosas que el derecho obliga y no haremos otras que el derecho también obliga a no hacer. Contamos con que esas obligaciones normalmente se cumplan, aun cuando sabemos que existe el peligro de que, a veces, no serán cumplidas.

Pero igualmente confiamos en que, si se efectiviza el peligro, entonces existirá una acción del derecho que, razonablemente y con justicia, producirá una consecuencia, que consiste en desbaratar, indemnizar o castigar.

En el fondo, de esta seguridad, entendida como palanca para la acción o marco o apoyo jurídico para ella, se viene hablando hace tiempo. Para no irnos muy lejos, hace 16 siglos que San Agustín sostuvo que *lege* (ley) viene de *eligere*, aduciendo que la ley muestra lo que se puede o debe elegir, según los casos. Y en parecido sentido, hace cinco siglos Santo Tomás expresó que la ley es cierta regla y medida de los actos, según la cual uno es inducido a obrar o se retrae de ello (9). Hoy Sebastián Soler llama a esta característica *pronoia*, que equivale a cierto pronóstico o vaticinio de lo que puede suceder con nuestro obrar (10).

De donde seguridad jurídica es la confianza que existe en una sociedad en cuanto a que se vive dentro de un sistema jurídico que establece obligaciones razonables y justas, que generalmente se cumplen y, asimismo, es la confianza en que cuando no se cumplan se producirá una respuesta acorde con el derecho.

Si la sociedad lo cree, confiará, obrará con soltura, normalmente, y habrá seguridad social (11).

(9) *Suma Teológica*, Parte I-II, cuestión 90, art. 1°.

(10) Trata el tema de la seguridad en *Fe en el Derecho*, después en *La interpretación de la ley* finalmente en *Las palabras de la ley*, última parte (XVII). En *La interpretación* empieza su polémica con CARRIO, Genaro R. (*Derecho y Lenguaje*), polémica que sólo interesa tangencialmente en cuanto a la seguridad, pero que es muy interesante desde otros puntos de vista, sobre todo porque tanto Soler como Carrió tienen mente muy clara y aguda.

(11) "La seguridad, que es, en definitiva, una forma de paz interior..." (SOLER, *Fe en el derecho*, I). MONTESQUIEU, *Esprit, Livre Douzieme*, dice que la libertad política se relaciona con la Constitución mediante la distribución de los tres poderes, y con el ciudadano, con la seguridad, o la opinión que se tiene de la seguridad (cap. 1) y lo repite (cap. 2).

Es evidente que hoy, en ciertos campos —algunos de los cuales toqué de pasada y otros que luego mencionaré— la gente siente que falta seguridad jurídica. En algún aspecto importantísimo —como es, por ejemplo, la inflación— hemos recobrado la calma.

VI. Recién señalé que para que haya seguridad el derecho debe ser justo y razonable, pero las normas jurídicas pueden ser irrazonables e injustas y ser suficientemente seguro que se aplicarán.

Eso deben haber pensado los cristianos frente a las fieras, o quienes estaban ante nuestra hispánica Inquisición, o los ucranianos en tiempos de Stalin (12), o los judíos en los de Hitler.

Pero esa seguridad es la del rebaño cuidado por el lobo. Esa es seguridad de padecimiento y opresión. Y es indudable que no puede crear el menor sentimiento de tranquilidad ni de confianza. Por eso creo que la injusticia del derecho afecta la seguridad jurídica. Habrá certeza, pero no seguridad (13).

(12) Este caso es menos conocido. Me lo ha explicado claramente Norberto Spolansky, brillante penalista cuyos antepasados son georgianos.

(13) A certeza se le puede atribuir matices diferenciales, y los autores, a veces, utilizan esta palabra con un significado que determinan especialmente. Así, Pérez Luño llama *certeza* a la "proyección en las situaciones personales de la seguridad jurídica" (p. 21) y agrega: "La certeza representa la otra cara de la seguridad objetiva: su reflejo en la conducta de los sujetos del derecho" (p. 22).

Puede apreciarse que no utilizo *certeza* con ese significado. Simplemente porque, entre nosotros, los argentinos, jamás pensaríamos dar ese sentido a la voz citada. En el texto llamé así al conocimiento del bloque jurídico normativo y de la forma en que se aplica —que es una condición de la seguridad— críticamente distinguido de la justicia y razonabilidad de las normas. De la misma manera, Máximo Pacheco G., cuando trata de las diversas acepciones de la seguridad, dice: "b) La seguridad como certeza del Derecho exige la perceptibilidad cierta de la norma de Derecho" (p. 494). A continuación indica las condiciones que reclama (siguiendo bastante a la *Introducción* de Radbruch).

En realidad se precisaría la palabra A para designar las reglas jurídicas, A' para su conocimiento; A'' para su justicia, B, para la forma en que se interpretan; B' para su conocimiento, B'' para su justicia; C para el cumplimiento espontáneo; D para el cumplimiento que efectiva y obligadamente se lleva a cabo por obra de los encargados de hacerlo, con D' y D'', etc. Es evidente que varias de estas palabras existen y que en otros casos es necesario emplear giros o frases.

Sobre *certeza* se ha escrito mucho, y no con el alcance que di en el texto. Especialmente remito al estupendo libro de López de Uñate (que pese a su apellido es italiano), *Certeza nel Diritto*, escrito en 1942, plena época fascista aunque no parezcan. Hay traducción al

Quiero hacer notar que cuando ocurren estos hechos brutales, el derecho no puede solucionar nada. Porque todas estas acciones se emprenden de acuerdo con las normas imperantes en ese momento y lugar. Muchas veces, por gobiernos masivamente votados.

Ese estado de cosas solamente cesa por guerra, por revolución o porque el gobierno cambió de rumbo, lo que es raro que ocurra.

VII. Dejaré de lado el importante tema de la relación entre la seguridad y la prosperidad o la justicia, porque sobre ello se ha escrito siempre. De todas maneras conviene recordar que no es cierto que obligadamente exista oposición o tensión entre esos valores, porque cualquiera ve que cuando hay seguridad y justicia, aumenta la prosperidad (14).

castellano (de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redin, con prólogo de Eduardo J. Couture, Ejea, Buenos Aires, 1953). También hay una edición italiana más moderna (Milán, 1968), que incluye importantes contribuciones de otros autores, como Francesco Carnelutti y Piero Calamandrei.

RECASENS SICHES, Luis, en su *Tratado de Filosofía del Derecho*, 9ª edición, Ed. Porrúa, México, 1986, al principio del Capítulo 8, considera que certeza es conocimiento de las reglas acerca de lo que se debe hacer, y seguridad, de lo que ocurrirá.

RADBRUCH, Gustav, en *Vorschule des Rechtsphilosophie* (1948, un año antes de su muerte), primeramente se refiere a la justicia (§ 7), luego a la conformidad con el fin (§ 8) y finalmente a la certeza (§ 9). Especialmente diferencia a la certeza, de la seguridad "mediante el derecho". Incluye a ésta dentro de la conformidad con el fin, tratada en el párrafo anterior (§ 8) donde lo considera una idea-fin, referida a bienes y deberes morales.

VON IHERING dice: "La seguridad en el despotismo consiste en no llamar la atención, en evitar el contacto del poder: seguridad de la liebre que se oculta del cazador". "La esencia del sentimiento jurídico no consiste tan sólo en saber que el derecho existe, sino también en *desearlo*". (*El fin en el derecho*, Capítulo VIII, Segunda fase). Ver MAYER, Max Ernst, *Filosofía del Derecho*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona, 1937, por ej. "el poder alimenta al Derecho, pero no lo legitima" (p. 171).

Puede verse que el propio LEGAZ, en su *Filosofía del Derecho* (Cap. VI, 1) utiliza muy claramente la oposición entre legalidad y legitimidad.

(14) RADBRUCH planteó el asunto como clara oposición en 1914, *Grundzuge der Rechtsphilosophie*, § 10, II, 3. Pero veinte años después escribió las lindísimas páginas de su *Filosofía del Derecho* (§ 9), donde la oposición pasa a ser tensión, y volvió a tratar el tema en sus *Prolegómenos*, de 1948. Es evidente que ese asunto le preocupó permanentemente. La *Filosofía* data de 1932, y es una profunda reelaboración del texto de 1914. En 1933 sale de la cátedra con el nacional-socialismo y vuelve al terminar la guerra. Entonces dicta el curso que se publicó como *Vorschule des Rechtsphilosophie*. *Vorschule* fue traducido como *Introducción* (por ROCES, Wenceslao, *Breviarios del Fondo de Cultura Económica*, México, 1951). Una buena y breve síntesis del asunto en DU PASQUIER, Claude, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du Droit* (Ed. Delachaux & Nestlé, Neuchatel, y Recueil Sirey Paris, 1937), § 174, 324 y especialmente 328).

Y si hay reglas que traban la prosperidad, lo mejor sería cambiarlas.

En cuanto a la tensión de justicia y seguridad, me voy a permitir contar brevemente un caso único, en cuya fase final tuve el placer de intervenir.

Un señor llevaba procesado, en el Chaco, 24 años. Se investigaba si había entregado, con el terreno vendido, la escalera de madera con que bajaba al río. El señor y el comprador decían que sí, y la escalera ahí estaba. Cómo es que un asunto así puede durar más de 25 días es un misterio.

La causa llegó a la Corte milagrosamente y ésta dijo que intervenía porque el caso vulneraba la garantía de que hubiera justicia. Y yo creo que no hubo ni justicia ni seguridad jurídica durante 25 años y que cuando la Corte falló, restableció ambas, porque muchas veces andan juntas (15).

VIII. Habíamos notado que los problemas que se vinculan a la seguridad jurídica son el camaleón de la teoría del derecho.

Esto ocurre porque los factores que obran positiva o negativamente sobre la seguridad son muy diversos. Unos se refieren a las reglas y su conocimiento; otros, a su cumplimiento o incumplimiento por parte de la población y de las autoridades, y otros, como dijo Lino Palacio, son vivencias (16).

(15) *Re Bría Méndez*, en los Fallos de la Corte Suprema (300:1108). Por lo que sé el voto fue redactado por Emilio Daireaux y es una belleza. Debo señalar, según recuerdo, que se había llegado a un punto en el cual no se podía formar tribunal porque, después de tantos años, cuanto abogado o magistrado chaqueño estaba a mano ya había intervenido como defensor, querellante, fiscal o juez (y alguno se casó con una hija de Bría Méndez o viceversa). Se había llegado a tal estado psicológico que Bría Méndez presentó —sin firma de letrado— un escrito de unas 600 fojas (1.200 páginas) y el Fiscal respondió en 400 páginas. Sostuvimos el recurso en cuatro fojas y la Corte empleó dos.

Aunque no había resolución que apelar, los miembros del Superior Tribunal estuvieron de acuerdo en que el asunto no podía quedar eternamente así, y se limitaron a conocer un recurso ante la Corte Suprema, que también comprendió que si ella no resolvía, la causa no podía terminar (habiendo prescripto varias veces).

(16) En esta materia las clasificaciones son relativas, porque existen interrelaciones entre los factores. En cuanto a las vivencias, en el texto aludí a algunas, muy corrientes, pero basta preguntar a veinte personas si han tenido experiencias acerca de la inseguridad jurídica para obtener, por lo menos, veinte ejemplos diferentes. PACHECO, Máximo G. les llama "componentes vivenciales" (p. 495).

IX. Lo primero, para sociedades como la nuestra, es una verdad de Perogrullo: que debe haber leyes, que deben estar escritas y deben ser expuestas o publicadas, para que podamos conocerlas. Hace 36 siglos eso sucedió con las dos Tablas de Moisés, y hace 26, con las romanas XII Tablas.

X. Pero si la difusión de leyes propiamente dichas y de decretos normativos es bastante adecuada, no ocurre lo mismo con la telaraña de ordenanzas, circulares, directivas y resoluciones que establecen normas dictadas por organismos con facultades delegadas. Estas facultades se ejercen con facilidad total. Ese tumulto de reglas vela el conocimiento y deja espacio a la arbitrariedad, de la que sólo no se puede salvar el talento y la medida de quien firme las normas.

Para dar un ejemplo, es lo que ocurre con nuestro Banco Central (17). Si la dirección es mesurada, capaz y justa, sus circulares dan seguridad. Si alguna de esas cualidades falta, entonces los bancos —y sus clientes— están a merced de las olas. Si hay corrupción, más, porque una resolución hunde al banco privado y otra —después que pase a manos amigas por vil precio— lo salva.

Esto ha ocurrido y cualquiera de los abogados comercialistas o penalistas aquí presentes podría ilustrarnos acerca de la inseguridad en estos casos.

Por eso favorece el conocimiento de las leyes que sean pocas —como quería Tomás Moro en su *Utopía* (18) — claras, netas, que haya jerarquía de normas, coherencia del sistema, permanencia de la masa de normas, que se simplifiquen las posibilidades y que las soluciones sean de sentido común, razonables y practicables. Esto último y que las reglas no sean fáciles de modificar (como pide Radbruch) y que dejen poco margen discrecional a los funcionarios, es lo que falla en el ejemplo citado.

(17) En las resoluciones de la Dirección General Impositiva pueden encontrarse muchos ejemplos, lo mismo que con la Aduana, la Comisión Nacional de Valores, etc.

(18) *Utopía*, Libro II, Cap. *De los esclavos* (a partir de la mitad del Capítulo). SOLER, *Fe en el Derecho*, I, apunta: "El griego decía: donde hay muchas leyes, allí hay también mucha injusticia (ARJESILAO)" (p. 21).

Debo agregar que la claridad, razonabilidad y justicia, también cuadran a las sentencias (19).

XI. Me parece importante destacar que, cuanto más frondoso sea el campo normativo, más claras y coherentes con el sentido común del cuadro básico del derecho deberán ser las reglas específicas, las más pequeñas ramas del árbol de la ley. Porque solamente así se podrá mantener el principio de que el desconocimiento de la ley no priva de efectos a los actos ni es excusa para lo ilícito.

Por desgracia, lo contrario es corriente; a lo que se añade que varios organismos dirigen una actividad, dictan las reglas aludidas, pesquisan las infracciones y las juzgan, con lo que la inseguridad es regla.

(19) Toda la enumeración presentada en este párrafo reúne los factores señalados en diferentes libros. Por ejemplo:

—RADBRUCH, *Vorschule*, § 9, II, reclama que el derecho sea positivo, que se funde con certeza (sobre hechos y no reenviando al criterio del juez, v. g. "Buenas costumbres"), que tales hechos sean practicables, que no puedan modificarse con facilidad.

—SOLER, *Las palabras de la ley*, XVII: Objetividad (heteronomía), claridad, división de poderes, independencia del poder judicial, irretroactividad cosa juzgada.

—LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Cap. VI, 2. Ignorancia de la ley y error del Derecho, fuerza del Derecho autoridad de la cosa juzgada, irretroactividad de las leyes, el respeto a los derechos adquiridos.

—LON FULLER, *La moral del Derecho* (traducción de Navarro Trillas, Fondo de Cultura Económica, México, 1967): normas generales, promulgadas, irretroactivas, claras, coherentes, de cumplimiento posible, estables, y que haya coherencia entre regla y aplicación.

—ALTERINI va indicando factores: "seguridad física, regularidad y eficacia en los mecanismos de aplicación del Derecho, claridad y coherencia del sistema legal y estabilidad del orden jurídico" (Citando el trabajo de Fores, 1993), reglas claras de juego, idoneidad e independencia de los integrantes del poder judicial, celeridad en los procedimientos, defensa de los particulares frente a los actos del poder, el principio de legalidad, estabilidad.

—EDUARDO GARCÍA MAYNEZ, *Filosofía del Derecho* (VII, 11): diferencia, conforme a THEODOR GEIGER (*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*), seguridad de orientación o certeza del orden y seguridad de realización o confianza en el orden. Para lo primero: conocimiento adecuado de las normas, y que no haya negligencia ni debilidad del poder público, ni gran margen discrecional, ni muchas normas ni rápidas modificaciones. Claridad, precisión y congruencia, correcta interpretación y jurisprudencia definida, libre de antinomias. Para lo segundo, obediencia espontánea, correcta aplicación (en el fondo, eficacia del sistema). Expresamente reclama que el orden tienda a la justicia.

—PEREZ LUÑO, con otra terminología, sigue el sistema de García Maynez: corrección estructural: lege promulgata, manifiesta, plena, estricta, previa, perpetua (estabilidad, cosa juzgada, derechos adquiridos); corrección funcional (por destinatarios y órganos).

XII. Naturalmente que el cuadro de normas se refiere tanto a las obligaciones de los particulares como a las de los funcionarios, incluidos los Poderes del Estado y el propio Estado.

Eso señaló hace más de cien años Rudolf von Ihering, uno de los máximos juristas que tuvo el mundo. Dijo: “tampoco se desarrolla un sentido del derecho en los súbditos del Estado cuando el poder del Estado pisotea las leyes por él mismo dictadas; el respeto del derecho no puede prosperar abajo si falta arriba” (20).

XIII. En cuanto a nuestro país, hasta ahora, salvo algunos apartamientos, cierta sobreabundancia legal y los casos de legislación delegada, que no son una exclusividad argentina, la masa de nuestro derecho es mejor que la de la mayoría de los Estados.

Pero la modificación de la Constitución que está en trámite introduce una importante cuña en la seguridad, hasta que no se establezca la reforma, y entonces se verá a qué atenernos.

Este trámite tiene varios vicios y peligros pero, si la Convención actúa con buen criterio y si la comisión redactora está bien conformada, el tiempo irá consolidando la reforma, y cada día será más legítima. De no ser así, el resultado producirá un efecto tremendo sobre la seguridad.

Mientras tanto, para dar una muestra, basta recordar que puede estar sobre el tapete poner en comisión a todos los jueces, con lo que la tranquilidad de ellos y de quienes piden justicia no es envidiable, y se resiente la independencia. Eso, sin contar con que las probabilidades no están a favor de una mejoría en las designaciones.

XIII. No obstante lo dicho, el caso más notorio de falta de seguridad ocurre cuando entra a operar un sistema jurídico diferente que, según vemos después, no se consolida. El único ejemplo que trae Rudolf Stammler —famoso filósofo del derecho— es el de la finisecular guerra

(20) *El fin en el Derecho*, Cap. VIII, Tercera fase. Agrega: Ninguna Constitución, por perfecta que uno la imagine, podría de hecho impedir al poder público la violación de la ley. Lo que le asusta es únicamente la fuerza real que está detrás de la ley, es decir, el pueblo. Arriba como abajo, el respeto a la ley debe reemplazar el temor a la misma. Pero, a falta de ese respeto, queda siempre el temor (...) que inspira al poder público la reacción del sentimiento jurídico de la Nación.

anglo-boer (y el de Baviera, que “se encontró momentáneamente con dos gobiernos” cuando fue “proclamada la República de los Soviets en Munich en la primavera de 1919”) (21).

Pero hay casos más cercanos.

Véase lo sucedido en los procesos de Nuremberg, Tokio y París, que van de la mano con la legislación de la época del partido alemán nacional-socialista del trabajo.

En esos tiempos, lo terrible es que la población no sabe a qué atenerse. No sabe qué le espera mañana si cumple la ley de hoy, ni qué le espera hoy si cumple la de ayer. Y lo mismo sucede con muchos funcionarios.

XIV. En nuestro país ese fenómeno se produjo, aunque en tono menor, durante la guerra con Paraguay, como se puede leer en el primer tomo de los fallos de nuestra Corte. Y sin duda debe haber sido tomado en cuenta, durante la guerra en Malvinas, cómo se ajustarían un sistema jurídico y otro.

Lo mismo sucede con el derecho privado de conquistas o revoluciones, que por aquí comenzó con las luchas entre las tribus, la conquista española, nuestra independencia, nuestras guerras civiles —entre las que incluyo luchas contra el indio, pues miradas con perspectiva histórica son luchas entre nosotros— y nuestros abundantes golpes de estado triunfantes.

Ya lo dijo Francesco Carrara, el más famoso penalista: ¿Quién es el abogado que con un libro en la mano, por más bueno que sea, le va a decir a Juárez: tú eres gobernante de hecho y no pueden matar a Maximiliano, que es gobernante de derecho? (22).

Estos aspectos son importantísimos, pero sólo los señalo, sin analizarlos.

(21) En su estupendo *Tratado de Filosofía del Derecho*, especialmente cuando se refiere a la psicología de la vigencia del Derecho (§ 77) y a la inseguridad en cuanto a la vigencia de un derecho (§78). Los dos párrafos citados son importantísimos para nuestro tema.

(22) *Programa*, § 3927. Ver RADBRUCH, *Vorschule*, 9, III.

XV. La división de los poderes forma parte del cuadro del derecho. Especialmente nos interesa la independencia del Poder Judicial, porque despiertan más confianza las decisiones de quienes no son parte interesada cuando discutimos con la administración o cuando hay pleitos entre gente muy vinculada al gobierno y gente que no.

Von Ihering sostiene que, aunque parezca que una sentencia adversa al Estado va en su contra, en el fondo es al revés, porque fortifica la fe en el funcionamiento de los órganos (23).

Es notorio que, en esta materia, está difundida en nuestra población cierta desconfianza en la actuación de los magistrados. En parte, ello se debe a maniobras de tipo político, tendientes a desprestigiar las designaciones o para utilizar los escrúpulos buscando una solución favorable en provecho propio. Pero en parte, es cierto que varios magistrados pareciera que buscan complacer no sólo a personas del gobierno o ligadas a él, sino a corrientes de opinión. Y en esto no basta ser independiente, sino que también hay que parecerlo.

Por otra parte, el gran número de nuevos cargos judiciales (24) lleva, ineludiblemente, a que muchos candidatos no sean conocidos como para llegar rodeados de confianza. Necesitará tiempo para ganársela.

Lo grave es que se mezclan en la opinión buenos jueces, los jueces trabajadores y conocedores del derecho, que los hay, con quienes no tienen esas condiciones. Y la opinión tiende a arrastrar más de lo debido.

Tercia, también, cada vez que asciende un juez que incomoda al gobierno, algo que apuntó von Ihering: "puede tratarse de un sistema adoptado cuando algunos desean que cierto asunto se resuelva de una determinada manera; entonces se coloca un juez más complaciente en el lugar que la persona ascendida dejó libre" (25).

XVII. Ya que estoy hablando de lo que podríamos llamar la seguridad jurídica judicial, es claro que no depende solamente de los jueces, sino

(23) Cap. VIII, Tercera fase.

(24) El gran movimiento de cargos produce, en juicios complejos, un efecto inevitable: quien está en el caso ve que la posibilidad de resolución se aleja con cada cambio. Y eso vulnera el sentimiento de seguridad jurídica.

(25) Cap. VIII, Tercera fase, en el párrafo sobre la organización judicial.

también de nosotros, los abogados. Mucha inseguridad es causada por el abogado incapaz o indolente, ignorante irresponsable o corrupto, que es un tema que en otro lugar encaró Lino Palacio.

XVIII. Además se precisa conocimiento del estilo de una sociedad dada, por cuanto es evidente que a parecidas leyes e interpretaciones se agregan diferentes maneras de actuar, producto del carácter general, de tradiciones y costumbres que pesan al lado de las normas (26).

Y, efectivamente, Montesquieu dedicó casi un tercio de su *Espíritu de las Leyes* a considerar esta influencia, a la que se debe que su obra se llame, precisamente, *Espíritu*. (En parecido sentido, la Escuela Histórica acuñó la palabra *Volksgeist*, espíritu del pueblo, y von Ihering habla de espíritu jurídico nacional (27).

Recuerdo un pasaje aparentemente trivial, nada conocido, en el que narra la visita de un enviado veneciano ante un lejano rey, que prorrumpió en carcajadas cuando se enteró de que en Venecia no había rey. Como comprenderán, seguramente el pueblo tampoco podía imaginar nada parecido.

XIX. Si pasamos de los aspectos globales a lo particular, veremos que hay un punto, dentro del cuadro general de nuestro derecho, en el que la falta de claridad es bastante notoria. Me refiero a qué debemos hacer cuando precisamos acudir ante la autoridad por algún motivo. Desde un mero trámite hasta la queja por derecho incumplido. Todos sabemos las penurias y el tiempo que toman tales cosas, y eso no es, precisamente, tranquilizante.

(26) "Estilo" es la denominación empleada por Juan Carlos Aguinaga, profesor de la Universidad de Mendoza. Véase BATIFFOL, lugar citado en la nota que sigue. MONTESQUIEU, Libro XIX, cap. 7: "No se habría sacado más partido aburriendo a un ateniense que divirtiendo a un lacedemonio".

(27) Por ejemplo, BATIFFOL, Henri, en *Problemes de base de philosophie du droit* (Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979), al tratar de Derecho y Efectividad, habla de derecho espontáneo y costumbre, y luego, de la lectura del derecho en los hechos. Allí menciona la muy diferente manera de recibir el derecho romano en las distintas comarcas (fenómeno conocido como "la recepción") y cita algún caso más reciente. Su tesis consiste en que la mayoría de las situaciones admiten varias soluciones jurídicas (especialmente p. 83 y nota 212). Es un libro interesantísimo.

Desgraciadamente, así nace una fuente de incumplimiento del derecho por parte de quienes gustosamente lo cumplirían si las cosas fueran más sencillas. Y, además, hay ventaja de los violadores del derecho porque con las quejas sucede lo mismo: se prefiere soportar la violación y no agregarle los inconvenientes de un trámite con resultado incierto o estéril.

También son fuente de inseguridad las dificultades que existen en cuanto a pequeñas infracciones como, por ejemplo, son las contravenciones de tráfico. Porque ni siquiera es sencillo pagar una multa, de donde quien la quiere pagar no lo hace y el resultado está a la vista. Por cada caso de distracción o equivocación, hay cien de contravención voluntaria.

Toda sociedad con masivos contraventores trae muchos delitos leves, que son la fuente de delitos graves.

No es cierta la repetida frase de que sólo están presos los ladrones de gallinas. No hay ningún ladrón de gallinas preso, así que pueden sacarse conclusiones.

Es claro que cuando el asunto es más serio, la queja llega a la Justicia y el trámite es más conocido. Pero por desgracia la lentitud es grande y el costo, alto. Lo que muchas veces impide que se llegue a una aceptable solución, con lo que también se afecta la seguridad jurídica.

XX. Dentro de este cuadro deberían figurar algunas instituciones típicas de la seguridad jurídica, principalmente la irretroactividad, la prescripción y la cosa juzgada (28). Pero tampoco me ocuparé en esta ocasión de ellas, pues todo buen libro trata del asunto. Sólo destaco que, en materia penal, conspira contra la seguridad jurídica la tendencia de algunos magistrados que dictan infundadas medidas para que un asunto no prescriba, con lo que anulan el instituto arbitrariamente. En este caso, el error es de la ley.

XXI. Las características personales son importantes. Si el funcionario conoce su función, tiene capacidad, es activo, mesurado, atento, ho-

(28) Tampoco trato el importante tema del margen tolerable de inseguridad, porque, como es evidente, seguridad total no puede haber. Para muestra, RECASENS, *Nueva Filosofía*, Cap. VIII.

nesto, paciente, etc., entonces, quienes lo conocen confían en él y, a poco, los demás también.

Es claro que, como que nadie es perfecto, alguna falla podrá ser cubierta por el grueso de las demás cualidades, e igualmente despertará confianza.

Pero ¿qué sucede cuando se infiltra, por ejemplo, la corrupción? ¿No perdemos las esperanzas de que nuestro hombre actúe debidamente? No es necesario llegar a la hipercorrupción o a la cleptocracia — términos de Mariano Grondona (29)— para que se afecte la seguridad jurídica, porque basta que no se trate de casos excepcionales.

¿Qué sucede si se advierte arbitrariedad? ¿Y si hay abulia?

¿Qué sucede cuando los nombrados no son correligionarios capaces, ni adversarios capaces, ni amigos capaces o parientes capaces, sino amigos, parientes o correligionarios y nada más? (30).

Es claro que no me refiero a los secretarios privados ni a un par de casos, porque todos podemos equivocarnos y nos equivocamos. Me refiero a un fenómeno de masa.

En estos casos no es cuestión de leyes buenas, sino de hombres. El único remedio es irlos cambiando.

XXII. Las preguntas pueden referirse no a las personas, sino al eficaz funcionamiento del derecho. Van algunos ejemplos penales:

¿Le sustituyen el hijo recién nacido a una madre por uno muerto, y lo entregan por precio a otra persona? ¿Ha sucedido una vez o se repite?

¿Hay pocos robos de las radios de los automóviles?

(29) *La Corrupción*, Ed. Planeta, 1993.

(30) Algo así se lee en LORCANAVARRETE, José F., *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*, Pirámide, Madrid, 1993: "La política, ajena a la justicia, rígease por el exclusivo criterio de la separación previa entre amigos y enemigos" (p. 221). De paso, al considerar, desde la p. 212, la seguridad, trae largas citas, muy bien escogidas, de Hobbes (que "nos reenvían a la raíz antropológica de la seguridad jurídica"). Ortega y Gasset y Carl Schmitt (a quien critica).

¿Hay pocos robos de automóviles?

¿Qué sucede si se ocupa una casa vacía ajena y el derecho no remedia la situación rápidamente? ¿Es un caso excepcional?

Así, pueden formularse muchísimas preguntas.

Algunos casos se deben a falta de vigilancia, pues no se encuentra al autor. Pero en otros, los actores son bien conocidos y, sin embargo, increíblemente no se encuentra solución adecuada.

XXIII. Yo me temo que nuestra seguridad jurídica no depende de leyes ni cambios legislativos, más que en muy pequeña medida.

Depende de los hombres y de la confianza.

Cuando se pierde la confianza hay que arreglar el entuerto y, después, igual que con la fractura de un hueso, hay que esperar bastante tiempo.

La Argentina tiene una suerte de esquizo-seguridad, es decir seguridad jurídica para unas cosas y no para otras. Es de esperar que la parte sana pueda ir ganando posiciones.

XXIV. Y para terminar, una aclaración final.

Muchas veces se piensa en la seguridad jurídica en relación con efectos económicos o en el mundo de las transacciones, porque han existido y existen situaciones de gran inseguridad desde este punto de vista, que por reflejo trastornan todo el mecanismo social (31).

Esto se nota en el estudio de Morello, que ya cité, en trabajos de Julio Cueto Rúa (32) sobre inflación, y en el notable análisis con que Federico

(31) MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, que en el libro XXI habla de los cambios operados en el comercio, dedica el libro XXII a las leyes con relación al uso de la moneda, muy interesante, con gran cita de casos de inflación (v. g. caps. 11 y 12 sobre lo ocurrido en Roma). En el cap. 13 opina: "Es evidente que tales operaciones violentas no podrían ocurrir en estos tiempos, ya que el príncipe que las hiciera se engañaría a sí mismo y no engañaría a nadie". En esto, la historia no le dio la razón.

(32) Es excelente, *La valoración y la experiencia jurídica*, comunicación privada a esta Academia reproducida en "Anales", segunda época, año XXXIV, número 27, 1990.

Pinedo (33) se incorporó a esta Academia, que principalmente apunta a la inseguridad creada por la intervención de leyes que alteran las normas de contratos válidos, como sucedió con alquileres, arrendamientos, obligaciones en moneda extranjera, etc. (34).

Pero la seguridad jurídica recae sobre todo. Sobre religión, raza, ciencia, arte, educación, familia, trabajo, empresa, banco, deporte, descanso, diversión y ocio. Recae sobre la libertad y el honor. Sobre la vida y no sólo sobre la bolsa.

Y la recíproca es válida. Si la seguridad jurídica tiene valor económico, ese valor también depende de los otros factores, los no económicos.

Es debido a ellos, y no sólo al mayor rédito, que llegan o se van los capitales. Es debido a ello que la misma casa vale más en una ciudad que en otra.

La seguridad jurídica puede ser terreno fértil para lo económico, pero en el terreno fértil se precisa lluvia, quitar malezas, que nadie incendie la cosecha, que no sean baleados los campesinos y que sus hijos vayan al colegio. Y que haya clases y no se cambie el plan de estudios a cada rato.

XXV. La seguridad jurídica depende mucho de lo que se haga desde el gobierno, pero también depende de que cada uno luche, aunque más no sea un poco, por ella (35). ◆

(33) *Algunas consideraciones sobre la Seguridad Jurídica*, en "Anales", segunda época, año XIII, número 10, 1969.

(34) He citado trabajos de miembros de la Academia, y no todos. Pero son importantes tanto el de Kaufman como el de Atilio Alterini, muy recientes. De la literatura extranjera es fácil conseguir el libro de Pérez Luño.

(35) "La inviolabilidad del derecho es en todas partes la obra exclusiva y la gloria del pueblo; es un bien que debe conquistar al precio de penosos trabajos y, a veces, de oleadas de sangre" (VON IHERING, *El fin en el Derecho*, cap. VIII, Tercera fase).

REFLEXIONES JURIDICAS EN TORNO A LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO “ARANCIBIA CLAVEL”

POR HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE (*)

SUMARIO: I. El caso planteado y su decisión judicial. — II. La ley como fuente única del derecho penal. — III. La costumbre no puede crear delitos ni penas. — IV. La irretroactividad de la ley penal. — V. El derecho de gentes y los delitos internacionales. — VI. Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional. — VII. La adecuación de los tratados con los principios de derecho público. — VIII. La revocación de la prescripción. — IX. Colofón.

I. El caso planteado y su decisión judicial

El objeto de las reflexiones que haremos en los capítulos siguientes, es la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 24 de agosto de 2004, en la causa seguida contra Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por homicidio calificado y asociación ilícita.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal condenó al procesado como autor del delito de asociación ilícita agravada con pena de reclusión perpetua. Interpuesto el recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal, ésta casó parcialmente el fallo mencionado, en cuanto había condenado por asociación ilícita agravada y considerando que la conducta del imputado debía encuadrarse en la figura del delito de asociación ilícita

(*) Comunicación leída por el Dr. Horacio A. García Belsunce en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas el 29 de setiembre de 2004.

simple, lo sobreseyó por considerar extinguida la acción penal por prescripción respecto del mencionado delito, por cuanto desde la fecha en que el procesado dejó de cometer el delito (la de su detención) hasta la de su llamado a prestar declaración indagatoria, transcurrió el plazo máximo de prescripción que señala el Código Penal.

Contra esta última decisión, la querrela —en representación del gobierno de Chile— interpuso el recurso extraordinario que motivó la sentencia objeto de nuestro comentario.

Ante la Cámara de Casación la querrela ya había planteado la configuración de la autoría de un crimen de lesa humanidad y, por ende, la imprescriptibilidad de la acción penal, pues en el caso debía regir la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, a la que se adhirió la Argentina por ley 24.584 del 1/11/95) y que, posteriormente, adquirió jerarquía constitucional por ley 25.778, sancionada el 20/08/03.

Sobre la base de los hechos y el derecho pretendidamente aplicable, la Corte Suprema se abocó, atento a que la comisión de los hechos de la causa ocurrieron antes de la vigencia de la Convención mencionada, a examinar la cuestión relativa a si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito mencionado se aplicaría al *sub lite* retroactivamente o si ello lesiona el principio *nulla poena sine lege* (Considerando 22 del voto de la mayoría).

El Alto Tribunal consideró “que ésta Convención sólo afirma la imprescriptibilidad, lo que importa el reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*) en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De esta manera, no se fuerza la prohibición de la irretroactividad de la ley penal, sino que se afirma un principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de la comisión de los hechos” (Considerando 28 del voto de la mayoría). En esta línea argumental, dice el fallo que “la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención” (Considerando 29 del voto de la mayoría), agregando que la existencia del *ius cogens*, en la mayoría de los casos, se configura a partir de la aceptación en forma tácita de una práctica determinada” (Considerando 30 del voto de la mayoría).

A partir del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Velázquez Rodríguez” (1988), “la aplicación de las disposiciones

de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional" (Considerando 36 del voto de la mayoría), concluyendo en que "las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la Convención mencionada" (Considerando 38 del voto de la mayoría).

II. La ley como fuente única del derecho penal

Nuestro régimen constitucional asigna al Congreso la facultad de dictar el Código Penal (artículo 75, inc 12), sin perjuicio de las facultades represivas provinciales conforme al poder no delegado por los gobiernos locales a la Nación (artículo 121 CN) y que se refiere a las incriminaciones contravencionales.

Como fuentes del derecho en general se señalan la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia; pero con referencia al derecho penal la única fuente la constituye la ley, en virtud del principio *nullum crimen nulla poena sine lege* contenido en el artículo 18 de la CN que dice: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior al hecho del proceso*". Este es el llamado principio de reserva.

El principio de legalidad tiene su raíz en el sistema representativo de gobierno, basado en la soberanía popular y en la separación o división de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, que hacen a la esencia del sistema republicano de gobierno. Es una consecuencia, además, del principio sentado por el artículo 19 CN cuando expresa que "Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

La regla constitucional es que las obligaciones de carácter penal y las penas correlativas sólo existen para los habitantes y para el gobierno, en virtud de las sanciones legislativas y, como resultado, el poder ejecutivo no puede crearlas ni el poder judicial aplicarlas si falta una ley que las haya establecido antes de la ejecución del hecho justiciable (Fallos, t. 178, 355 y posteriores). El principio rige tanto para los delitos del derecho penal común como para las contravenciones y los delitos previstos por leyes especiales (artículo 4° CP, tributarios, administrativos, bancarios, cambiarios, etc.).

Señala Grispigni (1) aparte del principio *nullum crimen sine lege*, es “el principio de la división de los poderes, sobre el cual fundamentalmente se basan todos los estados modernos, para establecer que la facultad de emanar normas jurídicas penales es reservada al Poder Legislativo, mientras que al Poder Ejecutivo se le reconoce la misma facultad sólo subordinadamente a las normas puestas por el primero, ello es, existe una jerarquía entre la ley y el reglamento, en la cual se reconoce prevalencia a la primera. De aquí deriva la consecuencia que los reglamentos nunca pueden contener disposiciones *contra legem*”.

El temor al arbitrio hizo pensar en otros tiempos, que entre las facultades de los jueces no estaba la de interpretar la ley penal (2). De lo que antecede surge implícito, que el principio de legalidad se cumple sólo a través de la *ley formal y material*; o sea, la norma jurídica sancionada por el Congreso de la Nación siguiendo el trámite ordinario de sanción de las leyes. Queda, en consecuencia, excluido el concepto de ley *lato sensu*, que se extiende a los decretos, ordenanzas y disposiciones administrativas.

La ley penal debe ser una regla *estricta y general*, condición necesaria para que los habitantes del Estado puedan tener delante de los ojos especies de delitos exactamente determinados y penas delimitadas con igual exactitud y evitar que la individualización personal de la regla represiva choque con la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, que prohíbe establecer excepciones o privilegios que excluyen a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (3).

Consecuencia del principio de reserva penal es que la punibilidad de los hechos que la ley no castiga queda reservada, como esfera de inmunidad, frente al poder represivo del Estado. La zona de reserva debe estar claramente trazada, lo que se logra mediante la enumeración taxativa por la ley, de los hechos punibles y de las penas pertinentes, de manera que aquéllos y éstas representen un *numerus clausus* en recíproca e inalterable correspondencia.

(1) GRISPIGNI, *Corso di Diritto Penale secondo il nuovo Codice*, t. I, p. 370.

(2) BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, c. 4.

(3) NUÑEZ, *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 95.

Como consecuencia del principio de legalidad resultan otras reglas propias del derecho penal liberal, como la prohibición de la aplicación de la ley penal por analogía, la irretroactividad de la ley penal y la aplicación de la ley penal más benigna.

Núñez dice que "El derecho penal estructurado sobre el principio de reserva se opone vivamente al derecho penal estructurado sobre el principio rector de una 'justicia penal sustancial', inspirada en la lucha efectiva contra los llamados enemigos de la sociedad o del Estado. Esta idea, revivida en el aspecto político por los estados totalitarios, que ven en el derecho penal un medio utilizable libremente, sin obstáculos legales, por la sociedad, para luchar contra el delito, modifica radicalmente la posición de las partes que están en juego en la realización de la facultad punitiva. En tanto que el *principio de reserva*, al oponerle al poder punitivo la base de un catálogo legal de delitos y penas absolutamente circunscrito, hace prevalecer la libertad sobre las necesidades de la autoridad" (ob. cit., t. I, p. 105).

III. La costumbre no puede crear delitos ni penas

Partiendo de la distinción entre el derecho internacional convencional, cuya fuente son los tratados, y el derecho internacional consuetudinario, que tiene por fuente a la costumbre, la Corte Suprema por el voto de la mayoría de cinco de sus integrantes, resuelve imputar al procesado la comisión de un crimen de lesa humanidad, conforme a la "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", por hechos cometidos entre 1976 y 1978.

No cabe duda que el delito de lesa humanidad integra nuestro derecho penal interno como consecuencia de la aprobación legal de la citada Convención y la jerarquía constitucional que se le ha dado pero, como surge de los considerandos del voto de la mayoría mencionados en el capítulo I que antecede, la Corte Suprema considera, para así sancionar al procesado, que el delito de lesa humanidad "se reafirma en el principio instalado por la costumbre internacional que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos...toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968 era *ius cogens*....la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la Convención, también esta costumbre era materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la Convención al derecho interno" (Considerandos 28 y 29 del voto de la mayoría).

Según su voto el juez Boggiano, integrante de la mayoría, dice: "que en el caso no se presenta una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el derecho internacional, antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario" (Considerando 29 de su voto). En la misma línea argumental el voto del doctor Maqueda, que integra la mayoría, manifiesta que "corresponde verificar si la conducta constituye un crimen contra la humanidad de acuerdo a las reglas consuetudinarias de derecho internacional o el derecho internacional convencional o en virtud de los principios de derechos reconocidos por la comunidad de las naciones..." (Considerando 42 de su voto).

Contrariamente, en su voto en disidencia el juez Belluscio cita como antecedente la decisión de la Corte de Apelaciones de París dictada con motivo de los crímenes contra la humanidad cometidos en Argelia entre 1955 y 1957, cuando consideró que "los hechos denunciados sólo podrían ser perseguidos si revistieran una calificación penal de derecho interno o de derecho internacional y que el artículo 212-1 del Código Penal (Francés), que define los crímenes contra la humanidad, había sido introducido en la legislación interna el 1° de marzo de 1994" y agrega "que para sostener la acción no es posible invocar una costumbre internacional que si en su caso puede guiar la interpretación de una convención, no puede suplir su ausencia para crear *ab initio* una incriminación". Concluye el juez disidente citando la decisión de la sala criminal de la Corte de Casación francesa, en el caso antes citado, cuando resolvió "que, en fin, la costumbre internacional no podría suplir la ausencia de texto que incrimine, bajo la calificación de crímenes contra la humanidad, los hechos denunciados por la parte civil (sentencia del 17 de junio de 2003)" (Considerando 17 de su voto).

El Código Civil en su artículo 17 dice: *Los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos o a situaciones no regladas legalmente*. Según Borda para que exista costumbre deben reunirse dos elementos: a) el material, que consiste en una serie de actos repetidos de manera constante y uniforme y b) el psicológico, que consiste en la convicción común de que la observancia de la práctica responde a una necesidad jurídica (4).

(4) BORDA, *Tratado de derecho civil argentino*, 5° ed, t. I, p. 70.

Soler, admitiendo que la costumbre es una fuente mediata del derecho dice que ello podrá ser exacto para otras ramas del derecho, pero no puede afirmarse en derecho penal, pues "acordar mayor valor que el señalado a la costumbre, como fuente de derecho, parece vulnerar principios fundamentales y llevar imprecisión al derecho penal" (5). En el mismo sentido, sostiene Núñez que "el derecho consuetudinario no podría ser fuente legítima del poder represivo por no ser escrito o por no emanar de un órgano legislativo", y agrega que distinto al problema del derecho consuetudinario como fuente de infracciones y de penas, es la cuestión de si la costumbre puede tomarse en consideración en el campo del derecho penal como integratoria, supletoria o derogatoria de normas y así, afirma, que rige como regla general el artículo 17 del Código Civil, que les depara sólo un valor subordinado a las referencias del derecho legal aplicable a ellas (ob. cit., p. 96).

De manera análoga se expresa Soler cuando dice que si bien queda totalmente descartada la costumbre como fuente *contra legem* y la costumbre *supletoria*, esta última en virtud de los principios que rigen a la interpretación de la ley penal, no puede decirse lo mismo en cuanto a la costumbre *integrativa*, pues pudiendo ser ésta admitida como fuente en el derecho civil, comercial y administrativo, si una norma penal en blanco se refiere a ese género de disposiciones, la costumbre en tal caso vendría a ser fuente mediata de segundo grado con relación al derecho penal (ob. cit., t. I, p. 123).

Por otra parte, el concepto de delito está reñido con que la costumbre pueda ser fuente de la incriminación. *Delito es una acción típicamente antijurídica, culpable y adecuada a una figura penal* (6). La antijuridicidad consiste en la relación de contradicción entre el hecho y el ordenamiento jurídico general, contenido no sólo en el C.P. sino en otras normas jurídicas que fuera de él tipifican ilícitos penales. "*La adecuación a una figura penal es un requisito de la definición del delito para todo sistema jurídico en el que rija, como ocurre en el nuestro, el principio nullum crimen sine lege... Una acción alcanza carácter delictivo pasando a través de una figura determinada*" (7).

(5) SOLER, *Derecho penal argentino*, 9ª reimpresión, t. I, p. 123, 1983.

(6) SOLER, *ob. cit.*, t. I, p. 208.

(7) SOLER, *ob. cit.*, t. I, p. 209.

De lo que antecede, surge ineludiblemente que el derecho internacional consuetudinario, que equivale a decir la costumbre, no tipifica una acción antijurídica y, por ello, no puede crear delitos.

Una interpretación contraria, como la que resulta del voto de la mayoría de la Corte Suprema, conduce a violar no sólo el principio de legalidad sino también el de la tipicidad de la acción antijurídica y, así mismo, el de que esa acción resulte adecuada a una figura penal.

IV. La irretroactividad de la ley penal

Como hemos dicho en capítulos anteriores, el artículo 18 de la Constitución Nacional consagra el principio de la irretroactividad de la ley penal al decir que nadie "puede ser penado sin juicio previo fundado en *ley anterior al hecho del proceso*". La irretroactividad de la ley penal es una consecuencia del principio de reserva de ley al que nos hemos referido en el capítulo II y no es sino un derivado del dogma reconocido como fundamento de toda la construcción jurídico-penal: *nullum crimen nullum poena sine lege*. La aplicación de la ley posterior significaría alterar las condiciones o exigencias de la ley de la época en que tuvo lugar la conducta, calificada después como delictiva.

Soler distingue claramente el caso en que la ley contiene nueva incriminación, que no puede aplicarse a hechos anteriores, porque ello implicaría la violación del principio de reserva ya citado, del supuesto en que la nueva ley quita carácter delictivo a un hecho anteriormente reprimido, en el que cobra plena aplicación, por no ser necesario a la defensa social mantener bajo pena esa determinada clase de actos, lo que constituye el principio de *no ultractividad*. La nueva ley que establece condiciones más severas no es retroactiva en virtud del principio mencionado y, en cambio, la nueva ley que es menos gravosa se aplica de pleno derecho desde la época de su promulgación, lo que constituye el llamado principio de la *aplicación de la ley penal más benigna* consagrado por el artículo 2° del C.P. (ob. cit., t. I, p. 188).

Aun para quienes la irretroactividad no es una garantía constitucional, sostienen, sin embargo, el principio basado en una razón de estricta justicia. Así por ejemplo, Carrara, para el cual el delito es siempre el resultado de una relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley, dice que "No puede existir contradicción entre lo que se hace y una ley que aún no es" (citado por Soler en ob. cit., t. I, p. 189).

La garantía constitucional del artículo 18 resulta reforzada por los tratados con jerarquía constitucional mencionados en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional como consecuencia de la reforma de 1994. Entre ellos mencionamos la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948, artículo XXVI); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948, artículo 11, 2); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (1984, artículo 9°); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966, artículo 15.1). La adhesión de nuestro país a este último Pacto merece una especial aclaración, en razón de que su artículo 15.2 dice que "Nada de lo dispuesto en éste artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional", pues la ley 23.313 (Adla, XLVI-B, 1107), que aprobó el Pacto, formuló la siguiente reserva: "El gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado 2° del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional", lo que equivale a que el gobierno argentino ha dado prevalencia al principio de la irretroactividad por sobre la aplicación retroactiva de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Consideramos innecesario remitirnos a otras citas doctrinarias y mucho menos a la innumerable jurisprudencia de la Corte Suprema y de otros tribunales nacionales y provinciales que han reafirmado el principio de la irretroactividad de la ley penal.

Sin embargo, el fallo cuyo comentario nos ocupa admite la retroactividad de una ley posterior a los hechos incriminados, aunque hábilmente sin decirlo así, pues el voto de la mayoría expresa en el considerando 29, que ya hemos citado, que "no se trata propiamente de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria del derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 era *ius cogens*".

Aludiendo expresamente al tema la de irretroactividad dice en su voto el juez Boggiano: "Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer éste último..." (Considerando 30 de su voto).

En su voto en disidencia el juez Fayt recuerda que en la Asamblea General de la ONU, de fecha 3 de diciembre de 1973, cuando se adoptó la resolución 3074 sobre principios de cooperación internacional en materia de crímenes de guerra o de lesa humanidad y se estableció que esos crímenes, “cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objetos de una investigación y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas”, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción considerando que “el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los estados que adopten una legislación retroactiva...”.

El tratado de Roma de 1998 que creó la Corte Penal Internacional, aprobado por ley 25.390 (30/11/00 —Adla, LXI-A, 48—) y en vigencia a partir del 1° de julio de 2002, dispone en su artículo 11 que “1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto respecto de ese Estado...”. Agrega el artículo 24 que “Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor”.

V. El derecho de gentes y los delitos internacionales

El juez Maqueda, integrante de la mayoría, sostiene que “...corresponde concluir que la Constitución Nacional de 1853 reconoció la supremacía de ese derecho de gentes...a la fecha de la institución de los principios constitucionales de nuestro país el legislador lo consideraba como preexistente y necesario para el desarrollo de la función judicial” (Considerando 22 de su voto). Desconocemos la invocada supremacía del derecho de gentes como reconocida por la Constitución Nacional, ya que ésta establece el orden de prelación de las normas jurídicas cuando dice en su artículo 31: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”. Ninguna otra norma del texto constitucional alude al derecho de gentes, con excepción del artículo 118 que lo menciona al establecer reglas de competencia en los juicios criminales ordinarios, disponiendo que “cuando éste (el delito) se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el *derecho de gentes*, el Congreso deter-

minará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio". Con acierto, el juez disidente doctor Belluscio dice que "...la única alusión de la Constitución al derecho de gentes es al artículo 118, que constituye solamente una regla de competencia judicial..." (Considerando 16 de su voto).

Alberdi, a quien cita el juez Maqueda, dijo que "el derecho de gentes no será otra cosa que el desorden y la iniquidad constituidos en organización permanente del género humano, en tanto que se repose en otras bases que las del derecho interno de cada Estado" (8).

Asimismo, el juez Maqueda recuerda la distinción que hace la Corte norteamericana entre "un derecho de gentes convencional, que obliga a las naciones que hayan dado su asentimiento y el derecho de gentes consuetudinario construido sobre el consenso tácito y que es sólo obligatorio para aquellas naciones que lo hayan adoptado" (Considerando 28 de su voto).

Un tema controvertido por la doctrina en el derecho penal y en el derecho internacional, es el de la existencia y por ende, de su contenido, del llamado *derecho penal internacional*. La mayor parte de los penalistas alemanes como von Liszt, Binding, Frank, Beling, Mezger, Welzel, Maurach y otros, niegan la existencia del derecho penal internacional, sosteniendo que el contenido que tradicionalmente se le asigna no es de naturaleza internacional, sino de carácter estrictamente interno, es decir, nacional, pues se trata de normas que cada uno de los estados sanciona unilateralmente con el propósito de establecer el ámbito espacial de su propio derecho en materia punitiva (9). En otras latitudes han llegado a la misma conclusión Manzini, Juan del Rosal, Cerezo Mir, Rodríguez Devesa y Juan Bustos Ramírez.

Antonio Quintano Ripollés coincide con esa crítica y, además, objeta no ya la naturaleza internacional, sino también la penal de todo el complejo de esas regulaciones que, en su criterio, corresponden a una temática eminentemente procesal, concerniente a los conflictos jurisdiccionales. Von Rohland, define a esta supuesta disciplina como "el conjunto de principios de derecho por los cuales el Estado, como miembro

(8) *El crimen de la guerra*, Cap. II, n° 9, Obras Selectas, t. XVI, p. 48.

(9) FIERRO, *La ley penal y el derecho internacional*, 2ª ed., p. 55, 1997.

de la comunidad internacional, determina el valor territorial de sus normas y las leyes penales respecto a las personas y a los bienes jurídicos", lo que significa considerar que se trata de reglas de derecho concernientes a la aplicación al extranjero del derecho penal nacional o interno. Con mayor claridad el jurista francés Donnedieu de Vabres, considera que se trata de la disciplina "que determina la competencia de jurisdicciones penales del Estado frente a las jurisdicciones extranjeras, la aplicación de sus leyes criminales en orden a los lugares y a las personas que ellas rigen y a la autoridad sobre su territorio de las sentencias represivas extranjeras". (citados por Fierro, ob. cit., p. 56).

Subsiste la controversia de si el derecho internacional penal resulta un desprendimiento del derecho internacional público, o si se trata de una disciplina derivada del derecho penal común, pues como dice Fierro, conforme sea el punto de vista que se adopte, éste tendrá innegable repercusión sobre diversas cuestiones y entre ellas, la de la determinación de las fuentes; resulta un problema marcadamente arduo conciliar normas internacionales de elaboración consuetudinaria y convencional con las exigencias de certeza y absoluta seguridad que han llevado al derecho penal moderno a la consagración prácticamente universal del principio del *nullum crimen, nulla poena sine lege* y que, con su lógico complemento del concepto de tipicidad, ha reducido el problema de las fuentes en materia punitiva a la exclusividad de la ley escrita (ob. cit., p. 68).

Dejando de lado la problemática del derecho penal internacional, que creemos no comprende al caso judicial que nos ocupa, queremos cerrar este punto con la opinión que nos da Fierro (ob. cit., p. 76) citando la de nuestro ex-profesor Eusebio Gómez, que afirmaba: "que no es posible admitir como propia la expresión de delitos internacionales para aludir a aquellos que se reprimen por aplicación inveterada de usos internacionales o por haber sido previstos en las diversas convenciones celebradas por las naciones, ya que, si tales usos y tratados reclaman, para su observancia, el reconocimiento y aprobación por parte del derecho interno de los diferentes estados, es ese derecho interno el que, en definitiva, ha sido transgredido con la comisión del acto punible en cuestión".

Para cerrar el tema nada es más concreto que la opinión de Bidart Campos cuando dice "Que los delitos contra el derecho de gentes, tanto cometidos en territorio argentino como fuera de él, necesitan contar con incriminación propia en la ley penal interna o en un tratado internacional

que esté incorporado al derecho argentino y que contenga el tipo penal. No bastaría, pues, la sola alusión incriminatoria en el derecho internacional universalmente aceptado, o el reproche del Estado por los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional" (10).

Continúa diciendo el eminente constitucionalista citado que "A la luz del principio constitucional de legalidad penal interpretamos que para juzgar y sancionar a una persona en jurisdicción argentina por una conducta que el derecho internacional —o su principio— consideraba delictuosa, era menester una de estas dos cosas: a) que además de aquella genérica norma internacional penal existiera antes del hecho una ley interna que lo incriminara y sancionara, ó b) que a falta de esa ley existiera un tratado internacional incorporado al derecho argentino que tuviera claramente una norma incriminatoria y sancionatoria" (ob. cit., t. III, p. 629).

VI. Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional

La reforma de la Constitución en 1994 incorporó al actual artículo 75, inc. 22, tratados internacionales cuya relación jerárquica con la Constitución Nacional ha suscitado y seguirá suscitando grandes dudas.

Comienza por decir que: *Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*. Nos detenemos aquí porque hay que recordar que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* (aprobada por la ley 19.865 del 3/10/72 (Adla, XXXII-D, 6412), y que entró en vigencia el 27/01/80), ha aceptado el principio de *primacía del derecho internacional* sobre el derecho interno, conforme a su artículo 27.

Yendo más allá de la *primacía* a que nos referimos en el párrafo anterior, el artículo 75, inc. 22 incorpora a la Constitución diez tratados internacionales a los que les asigna *jerarquía constitucional*.

En varias oportunidades, y especialmente en ocasión de nuestra conferencia en "Homenaje a la Constitución de 1853 en su sesquicentenario" dijimos hablando de la supremacía de la Constitución que como consecuencia de las modificaciones introducidas por los incs. 22 y 24

(10) *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. III, p. 482, 1995.

del artículo 75, “la escala jerárquica prevista en el artículo 31 se ha modificado y es la siguiente: 1) la Constitución Nacional; 2) los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional; 3) los tratados de integración y los demás tratados internacionales que son superiores a las leyes, pero no tiene jerarquía constitucional; 4) las leyes del Congreso de la Nación; 5) las leyes provinciales”. Advertimos que si se acepta esta escala jerárquica que resulta de la reforma constitucional, ¿se ha modificado o no el artículo 31?. Agregamos que si la respuesta fuera afirmativa, la reforma introducida sería nula de nulidad absoluta, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6° y 7° de la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89) que convocó a la Convención Reformadora y que disponían que ella no podía introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en la primera parte de la Constitución (11).

La asignación de jerarquía constitucional, a más de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados *se sitúan al mismo nivel de la Constitución, que comparten su supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico* (12). Agrega dicho autor que: “No afirmamos que estos instrumentos estén ‘incorporados’ o integrados a la Constitución formal, ni que formen parte de ella, pero si enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado *bloque de constitucionalidad*, fuera de la Constitución documental”.

La asignación de igual jerarquía y rango se reafirma en los otros conceptos del inc. 22 que reza: “*No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”.

El que tales tratados sean “complementarios” no significa que tengan un mero carácter secundario o accesorio, pues “complementario” quiere decir algo que se integra a otro algo ya existente, o sea, que completa lo anterior. Es así que Bidart Campos dice que “Los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional confieren completitud al sistema de derecho de la Constitución para que por una doble fuente: la interna y la internacional, nuestro sistema de derechos resulte abastecido” (ob. cit., t. III, p. 277).

(11) Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, n° 41, p. 17, 2003.

(12) BIDART CAMPOS, ob. cit., t. III, p. 276.

En términos categóricos el constitucionalista Badeni sostiene que "los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener 'jerarquía constitucional', están subordinados a una Constitución que no pueden modificar", porque ello se lo impiden los artículos 27 y 30 de la Ley Fundamental (13).

A esta altura debemos recordar que la *Convención de Viena sobre derecho de los tratados*, que dispone la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno (artículo 27), debe armonizarse con la nueva norma constitucional del artículo 75, inc. 22 que venimos comentando. Como consecuencia de la citada Convención de Viena una ley nacional no puede modificar ni derogar un tratado, que es parte del derecho interno luego de su aprobación por el Congreso de la Nación, cosa que era habitual en tiempos anteriores a la aprobación de dicha Convención. Pero, la primacía que asegura el mencionado artículo 27 al derecho internacional sobre el derecho interno, *no puede entenderse como que el derecho internacional esté por encima de la Constitución*, cuyas normas podría derogar o modificar. La *supremacía de la Constitución* es inalterable.

Así lo ha entendido la Corte Suprema en el caso "Cabrera c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (Fallos 305, 2150), en la que el Procurador General de la Nación afirmó que "Los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el artículo 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución". Más adelante nos referiremos al artículo 27 que menciona la opinión pretrascripta.

El fallo que nos ocupa enfoca el tema de la relación o jerarquía entre los tratados del artículo 75, inc. 22 con la Constitución. El juez Boggiano dice en su voto que integra la mayoría que "...la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente... no pueden (los tratados) ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente...los tratados complementan las normas constituciona-

(13) *Instituciones de derecho constitucional*, t. I, p. 199, 1997.

les sobre derechos y garantías...las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente...el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma” (Considerandos 9 y 10 de su voto). Estos conceptos, muy parecidos a los que hemos citado de la obra de Bidart Campos, significan que coloca a la Constitución y los tratados con jerarquía constitucional como un bloque de constitucionalidad (al decir de Bidart Campos) o con la misma jerarquía normativa (Boggiano), pero así no se resuelve el problema que nos venimos planteando. Agregamos, además, que nos resulta utópico el concepto de Boggiano al decir que entre la Constitución y los tratados no puede haber colisión pues, precisamente, en el caso “Aranzibia Clavel” se da la colisión entre la Convención sobre imprescriptibilidad y la irretroactividad del artículo 18 de la Constitución Nacional y de otros tratados incorporados a ella.

Con sentido jurídico y realista el juez Fayt dice en su voto en disidencia que: “la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la primera parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno... *la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo* (lo destacado es nuestro). En segundo término, se ubican los tratados sobre los derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del artículo 75, inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esa categoría en el futuro —tercer párrafo del artículo 75, inc. 22—...En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso (Considerando 32 de su voto).

Concluimos esta cuestión adhiriendo a la opinión del juez Fayt, de la que resulta para el caso que nos ocupa que la *Convención sobre imprescriptibilidad no puede derogar ni modificar la garantía constitucional de la irretroactividad de la ley penal*, porque ningún tratado con jerarquía constitucional puede modificar la primera parte de la Constitución, porque los tratados son complementarios y no modificatorios de los derechos y garantías de esa primera parte y porque la jerarquía constitucional de los tratados no implica que estén por encima de la Constitución Nacional.

VII. La adecuación de los tratados con los principios de derecho público

Dice el artículo 27 de la Constitución Nacional que: "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución".

A esta altura de nuestra exposición sería redundante citar la doctrina y la jurisprudencia nacional sobre el alcance e interpretación del pretrascripto artículo 27. Consideramos que nada es más claro y categórico que la opinión del juez Fayt en su disidencia en esta causa. Sobre el particular dice: "El artículo citado (se refiere al artículo 27) consagra la supremacía de la Constitución —más precisamente, de los principios constitucionales— frente a los tratados internacionales, y de él proviene la 'cláusula constitucional' o 'formula argentina' expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luís María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje las cuestiones que afectan las constituciones de cada país" (Considerando 15 de su voto).

El mencionado Juez recuerda la opinión de Joaquín V. González cuando dijo: "En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respecto a la integridad moral y política de las naciones contratantes" (14).

Concluye el juez Fayt que: "Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese 'margen de apreciación' autónomo de cada Estado (con cita de la doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC- 4/84 del 19 de enero 1974)... se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de derecho internacional encuentran su límite en la aceptación de sus derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del derecho inter-

(14) *Obras completas*, vol. IX, p. 52.

nacional —con el espacio de autonomías que se reservan los estados individuales— sin restringir las garantías básicas de las personas que, en el caso del derecho penal, no son otras que las que se encuentran sometidas a enjuiciamiento... Es indudable entonces, que sobre la base del artículo 27, el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio 'margen nacional de apreciación' delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus artículos 14, 16, 17, 18 y 20" (Considerando 18 de su voto).

Y concluye el citado juez: "Que, en definitiva, la vigencia del artículo 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (artículo 18), quizás uno de los más valiosos. Es este 'margen nacional de apreciación' el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente incluso tratándose de los denominados crímenes de lesa humanidad, cuando estos se juzgan en el país" (Considerando 19 de su voto).

VIII. La revocación de la prescripción

Como hemos dicho en el capítulo I, la Cámara de Casación resolvió que la acción penal por el delito de lesa humanidad imputado a Arancibia Clavel se encontraba prescripta. Y en consecuencia, se planteó la cuestión en la instancia extraordinaria de si era viable o no revocar de oficio la prescripción declarada en la instancia anterior.

El voto de la mayoría recuerda que en el caso Mirás (Fallos 887-76) "se señaló expresamente que tal principio (el de la irretroactividad) alcanza también a la prescripción de la acción penal... el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de 'ley penal', desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la petición punitiva" (Considerando 19 del voto de la mayoría).

Apartándose del precedente citado en el párrafo anterior, el voto de la mayoría revoca la prescripción considerando que "la costumbre

internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad con anterioridad a la convención" (Considerando 29 del voto de la mayoría). Agregando que "la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituyen una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional" (Considerando 36 del voto de la mayoría). Y concluye en que "las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la 'Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad'" (Considerando 38 del voto de la mayoría).

La revocación de oficio por el Tribunal Superior de la prescripción de la acción penal resuelta en instancia inferior, vulnera el derecho de defensa en juicio, en tanto el imputado no habría tenido en esta instancia superior la posibilidad de cuestionar la imprescriptibilidad de la acción penal. El juez Belluscio en su disidencia sostiene que "este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada (se refiere a que la querrela no mantuvo en el recurso extraordinario el agravio relativo a la imprescriptibilidad de la acción) declarando de oficio la imprescriptibilidad...las consideraciones de orden público siempre han llevado a los tribunales ordinarios a la declaración de la prescripción y no a su revocación...esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida...el juez de la causa sí declaró la prescripción de la acción penal, no puede ser revocada oficiosamente sin vulnerar el derecho de defensa en juicio del imputado...el principio de imprescriptibilidad que actualmente ostenta rango constitucional no suscita conflicto alguno que deba resolverse, toda vez que no existe ninguna norma constitucional en el derecho argentino que establezca que los delitos deban siempre prescribir...una cuestión muy distinta es que este aceptado principio deba aplicarse no ya para el futuro, sino retroactivamente (Considerandos 10, 12 y 13 de su voto).

En el mismo sentido es harto ilustrativa la opinión del juez Fayt en su disidencia cuando dice que "este Tribunal no podría suplir la falencia mencionada (se refiere a que la querrela no mantuvo en esta instancia el agravio relativo a la imprescriptibilidad) declarando de oficio la imprescriptibilidad de la acción penal. En efecto, el 'orden público' vinculado a la cuestión de la prescripción ha sido siempre invocado por los jueces con el fin de declarar de oficio la extinción de la acción penal y

no para resolver su interrupción o suspensión...esta Corte jamás ha declarado de oficio que no se encontraba prescripta la acción penal cuando los tribunales de la causa la habían considerado extinguida...la regulación de la prescripción es una cuestión que pertenece a los presupuestos de la penalidad, por lo que de acuerdo con lo que dispone el principio de legalidad no puede modificarse retroactivamente en perjuicio del reo...conceder eficacia *ex post* a normas que prolonguen los plazos de prescripción o establezcan derechamente la imprescriptibilidad de la acción penal afecta indudablemente al requisito de *lex praevia* exigido por el principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional” (Considerandos 10 y 14 de su voto).

IX. Colofón

Si durante décadas la doctrina y la jurisprudencia han dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el *guardián de la Constitución*, este fallo demuestra lo contrario. ◆

GLOBALIZACION, CRECIMIENTO ECONOMICO Y BIENES PUBLICOS

POR JULIO H. G. OLIVERA (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La ecuación de von Neumann. — III. Los criterios de Samuelson. — IV. La justicia como bien público. — V. Referencias.

I. Introducción

La naturaleza y significación de la seguridad jurídica han sido consideradas más de una vez en esta Academia. La conferencia de incorporación del doctor Federico Pinedo en 1968, la del doctor Eduardo Aguirre Obarrio en 1994 y la comunicación del doctor Horacio A. García Belsunce en la Reunión de 2003 con la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba trataron de ese tema. Mi propia conferencia de incorporación en 1965 analizó la seguridad jurídica como factor de crecimiento económico. En la presente nota describiré las implicaciones que tiene en esta materia la globalización de las relaciones económicas, de acuerdo con una valiosa sugerencia del Académico Presidente doctor Alberto Rodríguez Galán.

Ante todo debo especificar la terminología. Por globalización se entiende la integración de los mercados locales en un mercado mundial: la forma de integración económica que se obtiene por vía de la unificación internacional de los mercados. El resultado de la globalización completa

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Julio H. G. Olivera, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 9 de setiembre de 2004.

es un mercado común que abarca todos los países y todas las mercancías. La globalización completa existe sólo en los modelos teóricos; de hecho, en mayor o menor grado, la globalización es parcial o incompleta.

El proceso de globalización acaecido en las últimas décadas está particularmente vinculado con la movilidad internacional del capital. El desarrollo alcanzado por los sistemas financieros y los avances espectaculares en la tecnología de la información permiten hablar actualmente de una oferta y una demanda mundiales de capital. A pesar de que siempre ocurrieron movimientos internacionales de factores productivos, la existencia de un mercado mundial del capital es un rasgo característico de la economía contemporánea.

II. La ecuación de von Neumann

En el marco de la globalización los recursos se desplazan de un sitio a otro buscando el máximo rendimiento. De acuerdo con esta ley, el capital se traslada desde los países con tasa de ganancia reducida a los países con tasa de ganancia relativamente elevada. Podría imaginarse que los países donde el capital es abundante ofrecen una tasa de ganancia menor que aquellos donde el capital es el factor de producción comparativamente más escaso; y que, por lo tanto, el capital se mueve desde los países ricos hacia los países pobres. Esto no sucede, sin embargo, en las circunstancias reales de nuestra época.

¿Cómo se explica esta aparente paradoja? Hace más de medio siglo el ilustre matemático John von Neumann estudió las leyes que regulan el comportamiento de una economía en expansión. Descubrió que la tasa de crecimiento equilibrado coincide con la tasa de ganancia. Su trabajo, publicado en 1937, puso de manifiesto la existencia de una relación crucial entre la tasa de ganancia y el ritmo de crecimiento económico.

Aunque el proceso de expansión investigado por von Neumann sigue un sendero de crecimiento equilibrado, el nexo entre la tasa de crecimiento económico y la tasa de ganancia no se circunscribe a estados de equilibrio. Una conexión análoga aparece en situaciones más generales, bajo la forma de una relación de proporcionalidad entre la tasa de ganancia y la tasa de crecimiento. Esta es la denominada "nueva ecuación de Cambridge", en la cual el coeficiente de proporcionalidad resulta determinado por la propensión marginal al ahorro de los perceptores de ganancia. Si la proporción es igual a la unidad, la fórmula se reduce a la ecuación de von Neumann.

Aplicando esta relación al tema que nos ocupa, el objetivo de maximizar la ganancia implica que el capital se mueve desde los países con menor tasa de crecimiento económico hacia los países con tasa de crecimiento económico mayor. Las economías relativamente estancadas se hallan sujetas por esa causa a un éxodo crónico de capital. Así como la naturaleza tiene "horror al vacío", según la conocida frase de los antiguos filósofos, de manera semejante puede decirse que el capital tiene aversión al estancamiento.

III. Los criterios de Samuelson

De tal modo, cuando rige la forma de integración económica que es propia de la globalización, el objetivo natural para la política económica de cada país es elevar la tasa de crecimiento económico. Este no es en realidad un nuevo objetivo, pues desde hace tiempo el crecimiento económico ocupa un sitio más o menos focal en la agenda de política económica de muchos países; el elemento nuevo no es la meta en cuanto tal, sino las limitaciones impuestas por la globalización sobre los medios utilizables para alcanzar el ritmo de crecimiento deseado.

El hecho mismo de la globalización priva al Estado de lo que constituye en otras circunstancias el instrumento básico de la política de crecimiento económico: la tasa de interés. Si un país opera como una economía cerrada, una baja de la tasa de interés estimula las inversiones productivas y acelera por consiguiente el crecimiento económico. En cambio, si la movilidad internacional de los recursos es alta, como ocurre de manera característica en una economía global, el descenso de la tasa de interés doméstica no alienta la formación interna de capital sino la transferencia de fondos al exterior; y entonces la tasa de crecimiento económico no sólo no aumenta sino que puede tornarse negativa.

La ineficacia de la política convencional de crecimiento económico no implica, sin embargo, que el grado de controlabilidad de ese proceso sea nulo. La acción que el gobierno puede ejercer en este campo se relaciona con un aspecto importante del fenómeno de globalización: aun bajo supuestos ideales, el mercado mundial sólo incluye bienes privados. No se extiende a los bienes públicos, que son intrínsecamente de naturaleza local y cuya adecuada provisión es responsabilidad primaria de los estados nacionales respectivos.

La distinción entre bienes privados y bienes públicos pertenece a la interfaz del Derecho con la Economía. El artículo 2340 del Código Civil

enumera como bienes públicos el mar territorial, los mares interiores, los ríos, las playas del mar y las riberas de los ríos, los puertos, los caminos, calles y plazas, las obras públicas de utilidad común, los documentos oficiales, las ruinas y yacimientos arqueológicos de interés científico. Para el Derecho los bienes públicos son los entes que en conjunto forman el dominio público, los "bienes dominiales" (Marienhoff, cap. II).

En el Análisis Económico se emplea una noción de bienes públicos propuesta por Paul Samuelson. La distinción entre bienes públicos y bienes privados trazada por Samuelson es de carácter técnico y se funda sobre las condiciones necesarias del óptimo de producción: en tanto que para los bienes privados la optimalidad requiere que la tasa marginal de sustitución en la producción coincida con la tasa marginal de sustitución en las preferencias de cada uno de los consumidores, para los bienes públicos la optimalidad exige que la tasa marginal de sustitución en la producción iguale la suma de las tasas marginales de sustitución en las preferencias de los consumidores individuales.

IV. La justicia como bien público

Resulta fácil comprobar que esa descripción de los bienes públicos vale para todos los entes que el Código Civil menciona en el artículo 2340, o al menos para aquellos cuya cantidad es susceptible de variación. Pero también debe observarse que las dos nociones de bienes públicos, la jurídica y la económica, no son equivalentes, pues la segunda cubre un campo más extenso. Como hace notar Edmond Malinvaud en su clásico texto de microeconomía, la justicia es un bien público en el sentido económico de la palabra. La realización de un acto de justicia respecto de una persona no afecta la posibilidad de un trato igualmente justo para los demás miembros de la sociedad: las utilidades marginales se suman unas a otras, en la forma que estipula la caracterización económica de los bienes públicos.

El Preámbulo de la Constitución contiene una lista de bienes públicos de ese tipo. Desde el punto de vista constitucional, la justicia, la libertad, la defensa común, la paz interior, el bienestar general, son fines que deben orientar e impulsar la acción de los poderes del gobierno; desde el ángulo económico, son bienes públicos cuya regular provisión representa el fundamento racional de la existencia misma del Estado. A esos bienes se agrega la seguridad jurídica, la certeza sobre el

contenido y la efectividad del Derecho, relacionada directamente con la justicia a la vez como condición y como consecuencia de ella.

Por lo que concierne a nuestro tema el aspecto que debe destacarse es la complementariedad general de los bienes públicos respecto de los privados. Esta relación se verifica no sólo en el consumo sino asimismo en la producción. Una más adecuada provisión de bienes públicos acrecienta la productividad media y marginal de los recursos en las actividades privadas. De aquí resulta inmediatamente, aplicando por segunda vez la teoría de von Neumann, que una mejor provisión de bienes públicos determina una mayor tasa de crecimiento económico.

Puesto que la justicia, función esencial del Derecho, es desde el punto de mira económico un bien público, las consideraciones anteriores indican que la tasa de crecimiento económico de un país depende positivamente de su grado de juridicidad. Por lo tanto, dado que en una economía global los recursos se mueven desde los países de crecimiento lento hacia los países de crecimiento rápido, podemos inferir que en un contexto de globalización, a igualdad de las demás variables que regulan la tasa de crecimiento económico, los recursos se desplazan de los países de baja juridicidad a los países de alta juridicidad. Esta es, sin duda, la principal conclusión del análisis precedente. ♦

V. Bibliografía

E. Malinvaud, *Leçons de théorie microéconomique*, París, 1969.

M. S. Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. V, Buenos Aires, 1998.

P. A. Samuelson, *The pure theory of public expenditure*, *The Review of Economics and Statistics*, noviembre de 1964.

J. von Neumann, *Ueber ein oekonomisches Gleichungssystem und eine Verallgemeinerung des Brouwerschen Fixpunktsatzes*, *Ergebnisse eines mathematischen Kolloquiums*, Viena, 1937, vol. VIII.

SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION, JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES E INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

POR GREGORIO BADENI (*)

I. Los fundamentos de los votos mayoritarios contenidos en las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia en los casos "Arancibia Clavel" (1), "Espósito", "Lariz de Iriondo" y "Simón", desarrollados acudiendo a las normas del derecho internacional, y soslayando el tratamiento de ciertas cláusulas constitucionales y del principio de supremacía constitucional, generan una serie de interrogantes. ¿La Constitución federal está subordinada a los tratados internacionales, a la Convención de Viena, a los principios del derecho internacional y la costumbre internacional aunque ellos, en un caso concreto colisionen con los preceptos contenidos en nuestra Ley Fundamental?; ¿la Corte Suprema de Justicia dejó de ser el tribunal supremo de la Nación, quedando sus decisiones sujetas a la revisión por tribunales u organismos internacionales?; ¿puede una convención reformadora de la Constitución apartarse de la ley que declaró la necesidad de su reforma?; ¿es viable, mediante un tratado internacional, modificar el texto de la Constitución?; ¿pueden el Presidente de la República y el Congreso, mediante una actuación conjunta y concordante, ejercer la función constitu-

(*) Disertación pronunciada por el Dr. Gregorio Badeni, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de setiembre de 2005.

(1) Ver el trabajo del Dr. Horacio García Belsunce, *supra*, Cap. 3.

yente del art. 30 de la Constitución?; ¿el art. 27 de la Constitución está subordinado a los tratados internacionales?; en definitiva, ¿cuál es el ordenamiento jurídico vigente en la Argentina? Tales interrogantes fueron, directa o implícitamente, resueltos de manera acertada por el académico García Belsunce, particularmente con referencia a su aplicación en el ámbito penal (2) al comentar el fallo dictado en el caso "Arancibia Clavel".

Son cuestiones sumamente delicadas que acarrearán cierta inseguridad jurídica a la luz de la Ley Fundamental, y cuya génesis reside en la desafortunada redacción asignada por la Convención Reformadora de 1994 al art. 75, inc. 22, de la Constitución. Particularmente, en el significado que se pretendió acordar a los tratados internacionales sobre derechos humanos con las expresiones "tienen jerarquía constitucional", "en las condiciones de su vigencia", "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" y "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

Para desentrañar jurídicamente el significado de esa norma con prescindencia de toda valoración política, corresponde acudir a la hermenéutica propia del Derecho Constitucional, así como también a las razones que motivaron la sanción de la ley 24.309 (Adla, 1994-A, 89) declarando la necesidad de la reforma constitucional, y a los argumentos expuestos en la Convención Reformadora de 1994 al insertar aquellas cláusulas.

En el llamado "Pacto de Olivos", concertado el 14 de noviembre de 1993 entre Carlos Menem y Raúl Alfonsín, invocando la representación de los partidos Justicialista y Unión Cívica Radical, respectivamente, se destacó la coincidencia "en impulsar un proyecto de reforma constitucional sin introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional".

En las cuatro cláusulas que componían ese Pacto, se describieron los contenidos de la eventual reforma, incluyendo "la integración latinoamericana y continental". No había referencia alguna sobre la modificación de la jerarquía que imperaba entre las normas jurídicas.

(2) GARCIA BELSUNCE, Horacio, *Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004.

El 13 de diciembre de 1993, aquellas personalidades celebraron los "Acuerdos para la Reforma Constitucional". Tras ratificar los objetivos del "Pacto de Olivos", renovaron "la intención de ambas fuerzas políticas de impulsar una reforma parcial de la Constitución Nacional que, sin introducir modificación alguna en las declaraciones, derechos y garantías de su primera parte, permita alcanzar los objetivos de modernización institucional" expuestos en la concertación del 14 de noviembre. En su Capítulo I incluía el núcleo de coincidencias básicas, destacando que, si ellas no eran incluidas en su totalidad en el texto constitucional, correspondía el rechazo de todas las reformas propuestas y la consecuente subsistencia de la normativa constitucional vigente" (Cap. III-A).

Entre los temas habilitados, al margen del núcleo de coincidencias básicas, se enunciaron "institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales" por incisos nuevos que debían ser incorporados al entonces art. 67 de la Ley Fundamental (3) que regula las potestades del Congreso (Cap. II-I).

En el Cap. III-C se estableció que "La declaración de necesidad de la reforma establecerá la nulidad absoluta de todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de los términos del presente acuerdo".

En ese documento se insertó, por primera vez la referencia a la "jerarquía de los tratados internacionales".

Mediante la ley 24.309, publicada el 31 de diciembre de 1993, el Congreso ejerció la función preconstituyente que regula el art. 30 de la Ley Fundamental.

Se reprodujo y amplió el núcleo de coincidencias básicas (art. 2-A), reiterando que ellas debían ser votadas afirmativamente en su totalidad ya que, caso contrario, se tendrían por rechazadas las reformas propuestas, incluyendo las que estaban fuera de ese núcleo de coincidencias básicas, y que subsistiría el texto constitucional vigente (art. 5°).

En principio, la cláusula cerrojo del art. 5° era inconstitucional porque el Congreso, al ejercer su facultad preconstituyente, se atribuyó

(3) Actual art. 75.

una función constituyente propia de la Convención Reformadora sobre el contenido que debía tener la eventual reforma constitucional. La actuación de una Convención Reformadora se debe ceñir al articulado de la Constitución cuya modificación fue declarada necesaria por el Congreso, pero en modo alguno al contenido que el Congreso pretende atribuir a la reforma. Tal vicio fue subsanado por la Convención al incorporar a su reglamento interno el texto legal referente al núcleo de coincidencias básicas (art. 127). Por ende, no fue una imposición del Congreso sino una "sugerencia" aceptada por la Convención en ejercicio de sus potestades exclusivas (4).

Al margen del núcleo de coincidencias básicas, el art. 3° de la ley habilitó a la Convención para, mediante la incorporación de nuevos incisos al art. 67 de la Constitución, se procediera a implementar institutos "para la integración y jerarquía de los tratados internacionales" (art. 3-I). Consideramos importante destacar que, la reforma propiciada, apuntaba a regular las facultades del Congreso contenidas en la parte orgánica de la Constitución y no de su parte dogmática. En ejercicio de tales potestades, el Congreso puede reglamentar los contenidos de la parte dogmática, pero jamás desconocerlos o alterarlos (art. 28 CN).

Asimismo, la ley dispuso que "serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2° y 3° de la presente ley de declaración" (art. 6°), y que la "Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional" (art. 7°).

Conforme a la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, ejerciendo el Congreso su función preconstituyente en el marco del art. 30 de la Ley Fundamental, la Convención quedó habilitada para otorgar nuevas potestades al órgano legislativo destinadas a regular "la integración y jerarquía de los tratados internacionales". Pero, claro está, respetando la absoluta intangibilidad de los arts. 1° a 35 de la Constitución y teniendo en cuenta que la interpretación de una ley declarativa de reforma es esencialmente restrictiva.

(4) Fallos: C.S. 317:711, caso "Romero Feris".

A esta primera aproximación, y como corolario, resulta la prohibición impuesta de manera expresa por la ley para introducir alguna modificación, alteración o agregado que cambiara el texto, el significado y consecuente interpretación de los arts. 1º, 18, 24, 27, 28, 30, 31 y 33 de la Ley Fundamental, entre otros. Esa prohibición también alcanzó a su Preámbulo, que establece la supremacía de la Constitución, y al art. 108 porque no fueron incluidos en la ley 24.309.

Conforme al resultado del ejercicio de la función preconstituyente, la Convención Reformadora no estaba habilitada, a título de ejemplo, para permitir que los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución puedan ser alterados por las normas reglamentarias; que los tratados internacionales puedan celebrarse al margen de los principios de derecho público establecidos en la Constitución; que la Constitución se pueda reformar por un procedimiento diferente al impuesto por su art. 30; que se puedan incorporar derechos o garantías prescindiendo del principio de soberanía y de la forma republicana de gobierno; que la Constitución no es la ley fundamental o que está equiparada a otras normas dictadas al margen del mecanismo de su art. 30; o que la Corte Suprema de Justicia no es el Máximo Tribunal Judicial; o que los tratados puedan desconocer la supremacía constitucional.

Al ser dispuesta la intangibilidad de los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental, la referencia legal sobre "la integración y jerarquía de los tratados internacionales", solamente permitía establecer la relación jerárquica entre los tratados internacionales y las leyes, pero no con la Constitución. Asimismo, al limitarse la relación con los tratados internacionales, quedaba excluida toda consideración de los principios del derecho internacional y de la costumbre internacional, a menos que ellos fueran receptados por una ley ordinaria o por una ley aprobatoria de un tratado internacional que hiciera referencia a tales normas, aunque sin poder subordinar la Constitución a ellos.

Esta conclusión era consecuencia de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental. Ella establece que los decretos del Poder Ejecutivo reglamentarios de las leyes quedan subordinados a ellas (art. 99, inc. 2); que las leyes están subordinadas a la Constitución (art. 28) y que igual relación se concreta con los tratados internacionales (art. 27).

De manera que el único orden jerárquico que no estaba explícitamente expuesto en la Constitución era el que se presentaba entre los

tratados y las leyes, y a ese aspecto se refería la ley 24.309 cuando aludió a la jerarquía de los tratados.

Hasta 1983 la Corte Suprema de Justicia sostuvo que los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación. El Congreso, en forma expresa o implícita y con la intervención del Poder Ejecutivo, podía dejar sin efecto una ley mediante la aprobación de un tratado. Asimismo, con la sanción de una ley podían ser dejadas sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional. La Corte entendía que los arts. 27 y 31, ni el actual art. 116 de la Constitución, atribuían prelación o superioridad a los tratados sobre las leyes sancionadas por el Congreso y que, para ambas clases de normas, como integrantes del ordenamiento jurídico interno, regía el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores (5). Tal es la doctrina secular de la Suprema Corte de los Estados Unidos: 1) los tratados internacionales están en un plano de igualdad con las leyes del Congreso; 2) en caso de conflicto entre una ley federal y un tratado, debe prevalecer la norma de fecha posterior porque, así como un tratado puede derogar una ley anterior, una ley del Congreso puede igualmente derogar a un tratado anterior; 3) un tratado no puede modificar la Constitución, ni ser considerado válido si viola ese documento (6).

La doctrina jurisprudencial de nuestra Corte Suprema comenzó a variar a partir del caso "Cabrera" (7), resuelto el 5 de diciembre de 1983. Consideró que la inexistencia de procedimientos adecuados para la solución de controversias en el marco del Acuerdo celebrado entre la Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, aprobado por ley 21.756 (Adla, 1978-A, 94), imponían por aplicación del art. 18 de la Constitución Federal y el art. 53 de la Convención de Viena, que la solución del conflicto quedara a cargo de los tribunales nacionales. En esa oportunidad el Procurador General Mario Justo López, cuya opinión compartió la mayoría, sostuvo la invalidez de una norma internacional que establecía la

(5) Fallos: C.S. 257:99.

(6) "Whitney v. Robertson" (124 US 190), "United States v. Lee Yen Tai" (185 US 213), "Rainey v. United States" (232 US 310), "Cook v. United States" (288 US 102), "Reid v. Covert" (354 US 1), entre otros.

(7) Fallos: C.S. 305:2150.

inmunidad de jurisdicción para una de las partes, porque violaba tanto el derecho a la jurisdicción interna como a la jurisdicción internacional.

Diez años después, en el caso “Fibraca” (8), resuelto el 7 de julio de 1993, la Corte declaró la validez de la inmunidad jurisdiccional local establecida en aquel Acuerdo, porque se había creado el Tribunal Arbitral de Salto Grande para la resolución de los conflictos, cuyos laudos debían ser aceptados como válidos. No solamente por aplicación del art. 27 de la Convención de Viena sino también porque, en el caso concreto, no se había impugnado la constitucionalidad del Acuerdo a diferencia de lo que había acontecido en el caso “Cabrera”.

Un año antes, al decidir el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” (9), el 7 de julio de 1992, la mayoría consideró que el replicato compulsivo que impone el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos era operativo, y que constituía una reglamentación razonable de la libertad de prensa prevista en el art. 14 de la Constitución Federal. Asimismo, entendió que la Convención de Viena había alterado el ordenamiento jurídico argentino al disponer que no se pueden invocar las disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado y que, por otra parte, una ley no podía derogar un tratado porque, siendo un acto federal complejo, importaría un avance inconstitucional del Congreso sobre el Poder Ejecutivo siendo que la Constitución le asigna a este último la conducción de las relaciones exteriores de la Nación de manera exclusiva.

Sobre la base de tales antecedentes, entendíamos que, cuando la ley 24.309 habilitó a la Convención Reformadora para modificar el actual art. 75, estableciendo nuevos incisos en el entonces art. 67 con el propósito de regular “institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales”, apuntaba no solamente a los tratados de integración sino también a la relación jerárquica que debía existir entre las leyes y los tratados receptando aquella doctrina jurisprudencial. Es que, si la relación jerárquica entre los tratados y la Constitución resultaba del art. 27 —que no se podía reformar—, resultaba razonable que la relación jerárquica entre los tratados y las leyes fuera contemplada en la cláusula constitucional que establece las atribuciones del Congreso.

(8) Fallos: C.S. 316:1669.

(9) Fallos: C.S. 315:1503.

O, si se quiere, la relación entre las leyes ordinarias y las leyes que aprueban tratados internacionales sancionados por el Congreso ejerciendo las facultades del art. 75 de la Constitución. En síntesis, una relación jerárquica entre los productos del Congreso que siempre están subordinados a la Constitución.

Es cierto que la declaración referente a la necesidad de reformar el artículo de la Constitución que regula las atribuciones del Congreso, no era vinculante para la Convención a diferencia del núcleo de coincidencias básicas (art. 127 Reglamento de la Convención). Tampoco era vinculante la referencia a "institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales". Pero también es cierto que, mediante la reforma de las atribuciones constitucionales del Congreso no se podía alterar el principio de supremacía de la Constitución ni conferirle a ese órgano atribuciones constituyentes, porque tales cuestiones están reguladas en la Primera Parte de la Constitución cuya reforma estaba vedada.

Sin embargo, un análisis semántico del curso de acción seguido por la Convención Reformadora revela que se habría pretendido superar, aparentemente, los límites fijados por la ley 24.309 a menos que, mediante una interpretación teleológica y sistemática arribemos a una conclusión diferente.

En el despacho originario de la Comisión de Redacción de la Convención Reformadora (10) se propuso modificar el inc. 19 del entonces art. 67 de la Constitución. Esa norma autorizaba al Congreso para aprobar o desechar los tratados internacionales. En el proyecto de la Comisión, se mantuvo esa potestad, agregando que los tratados y concordatos "tienen jerarquía superior a las leyes". En este aspecto, la reforma propuesta no era cuestionable pues se limitaba a establecer el orden jerárquico entre las leyes y los tratados, receptando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia; preservando la supremacía del derecho federal (art. 31, CN); y respetando la supremacía de la Constitución sobre los tratados resultante del art. 27.

Pero luego, en el segundo párrafo, se enunciaron diversos documentos internacionales sobre derechos humanos estableciendo que:

(10) "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", t. IV, p. 4129; Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995.

“tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de miembros de cada Cámara”. Asimismo, en un tercer párrafo, se disponía que los tratados y convenciones sobre derechos humanos que en lo sucesivo fuesen aprobados por el voto de los dos tercios del total de miembros de cada Cámara, gozarían de igual jerarquía constitucional que los citados en el párrafo anterior.

¿Qué significa que tales tratados tienen jerarquía constitucional? En la sesión del 26 de julio el convencional Rodolfo Barra sostuvo que lo que se estaba haciendo era colocar a ciertos tratados “en la misma jerarquía de la Constitución, es decir, se los integra, se los introduce a la Constitución” (11), aunque en las sesiones plenarias de la Convención rectificó su postura. Compartiendo este punto de vista y para fortalecer su significado, el convencional César Arias sugirió que, como toda norma de un ordenamiento jurídico interno tiene jerarquía constitucional, correspondía destacar que tales tratados tienen la jerarquía de una norma constitucional (12), aunque esta propuesta no fue aceptada.

Por su parte, la convencional Elisa Carrió, siguiendo las instrucciones que había recibido, propuso que, después de la referencia a la “jerarquía constitucional”, se añadiera “y deben entenderse complementarios de las declaraciones, derechos y garantías reconocidos en esta Constitución”.

Cuando el convencional Alberto García Lema le preguntó cuál era el sentido del agregado propuesto, Carrió contestó que tenía por objeto destacar que no se derogaba la parte dogmática de la Constitución y que, la palabra complementarios, significaba que “adiciona derechos a los establecidos en la parte orgánica de la Constitución, pero que no deroga ninguno de los derechos que están en ella”. De tal manera, entendió que no se violaba el límite establecido por la ley 24.309: “donde establece que en ningún caso estamos habilitados para tocar la parte dogmática de la Constitución” (13). Argumento por demás cuestionable porque el art. 7° de la ley 24.309 no se refiere a la derogación de los contenidos de esa primera parte, sino a su modificación. Y, adicionar

(11) Ob. cit., t. IV, p. 4132.

(12) Ob. cit., t. IV, p. 4133.

(13) Ob. cit., t. IV, p. 4130.

contenidos a esa primera parte, importa su modificación a menos que entendamos que el alcance de los tratados tiene carácter reglamentario de la primera parte, en particular de su art. 33, en cuyo caso por tratarse de normas reglamentarias de la Constitución quedan subordinadas a ella. Por otra parte, no resultaba congruente pretender incorporar nuevos derechos a través de la parte orgánica de la Constitución porque ello importaba apartarse de los límites de la ley 24.309. Por vía elíptica, y mediante la asignación de funciones al Congreso en la parte orgánica, mal se podía modificar la Primera Parte de la Constitución, que estaba vedada por aquella ley.

Las agudas observaciones formuladas por el convencional Alberto Natale en la Comisión de Redacción, determinaron la exposición de nuevos argumentos desprovistos de la rigidez de aquellos que habían formulado Barra, Arias y Carrió.

Así, el convencional Humberto Quiroga Lavié, tras adherirse a la propuesta de Carrió para que los tratados fueran considerados complementarios, destacó que la supremacía de la Constitución sobre los tratados resulta de su art. 27. Agregó que la redacción asignada a la cláusula constitucional no altera los alcances de ese art. 27 porque asignar a los tratados jerarquía constitucional no significa que los tratados formen parte de la Constitución, sino que tienen jerarquía suprallegal (14).

Criterio que no fue compartido por Carrió entendiendo que el art. 27 no establece la supremacía de la Constitución sobre los tratados porque "es una norma dirigida al Congreso Nacional para que cuando apruebe tratados internacionales verifique la correspondencia con el derecho público interno" (15). Sin embargo, no aclaró qué acontece si el Congreso no verifica esa correspondencia correctamente y aprueba un tratado que colisiona con las normas constitucionales.

La respuesta fue ofrecida por el convencional García Lema expresando: "En la medida que algunas normas de tratados internacionales contengan alguna disposición que se opusiese frontalmente con normas contenidas en la Primera Parte de la Constitución, no podría ser aplicada porque no puede llegarse por vía de tratados a desconocer un dere-

(14) Ob. cit., t. IV, p. 4134.

(15) Ob. cit., t. IV, p. 4135.

cho contenido en la Primera Parte de la Constitución Nacional”, porque no se trataría de una norma complementaria (16).

Para el convencional Juan Carlos Maqueda, la reforma propuesta no desconocía los arts. 27 y 31 de la Constitución, pero “sí podemos llegar a aceptar, con respecto al art. 30, es que en el segundo párrafo de este inciso que se nos propone, estamos flexibilizando la Constitución Nacional, porque estamos incorporando una nueva forma de incorporar nuevos derechos humanos que, a nivel internacional, estén reconocidos por los tratados” (17). Sin embargo, la Convención no estaba autorizada para “flexibilizar” el art. 30 de la Ley Fundamental.

A esa altura del debate, era evidente que se suscitaban serias dudas entre algunos convencionales sobre los alcances de la reforma propuesta en su relación con los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental, cuyos textos y alcances no podían ser modificados. En parte, motivadas por las intervenciones ingeniosas del convencional Natale que llegaron a exasperar a algunos convencionales. Así, cuando Natale le atribuyó a Carrió haber dicho que la Constitución, en su art. 31, establecía el principio de la supremacía federal, pero no el principio de la supremacía constitucional, ésta le contestó: “Es usted sordo, señor convencional”, a lo cual añadió que “por la misma supremacía de la Constitución esta tenía autorización para que determinadas normas del sistema jurídico se elevaran a su nivel” agregando, para concluir el debate con Natale: “Lo que quiero aclarar es que ha habido acuerdo y este acuerdo ha sido firmado por las fuerzas mayoritarias de esta Convención” (18), con referencia a los partidos Justicialista, Radical y al Frente Grande.

Aparentemente, Carrió entendía que la Convención Reformadora estaba autorizada para elevar ciertas normas jurídicas al nivel de la Constitución, aunque la lectura de la ley 24.309 nos revela que no podemos aseverar que semejante idea se extendiera a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

(16) Ob. cit., t. IV, p. 4137.

(17) Ob. cit., t. IV, p. 4139.

(18) Ob. cit., t. IV, ps. 4143 y 4144.

Para el convencional Antonio Hernández la atribución de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos no modificaba a los arts. 27 y 31 de la Ley Fundamental porque aquellos son complementarios de sus normas y, como tales, "no podríamos nunca interpretar que estos tratados internacionales puedan lesionar, menoscabar, desconocer, alterar o destruir los derechos que están reconocidos por la Constitución" (19).

El convencional Juan Pablo Cafiero propuso incorporar un nuevo agregado al texto debatido. Sustituía la referencia al carácter complementario de los tratados que había propuesto Carrió por: "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, y no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías". Su proyecto repetía el esquema contenido en el art. 33 de la Constitución. Fue rechazado, con cierta cuota de agresividad, por Barra considerando que se trataba de un grave error técnico "suponer que un derecho constitucional puede ser negación de otro derecho constitucional, y esto es imposible". Insistió en que se mantuviera la mención sobre el carácter complementario de los tratados, y su postura fue apoyada por los convencionales Carrió y Aníbal Ibarra (20), aunque se aceptó incluir la referencia a "en las condiciones de su vigencia".

Finalmente, la Comisión de Redacción decidió que, a continuación de la enunciación de los tratados internacionales, se expresara: "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución".

El despacho de la mayoría, correspondiente al actual art. 75, inc. 22, de la Constitución, establecía que los tratados internacionales aprobados por el Congreso tenían jerarquía superior a las leyes. Se determinaba el orden jerárquico que la Convención estaba habilitada para fijar. Luego se añadían los tratados internacionales sobre derechos humanos que registra el texto vigente y se agregaba "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución". No figuraba la referencia a que "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución" (21).

(19) Ob. cit., t. IV, p. 4145.

(20) Ob. cit., t. IV, p. 4148.

(21) Ob. cit., t. V., p. 5177.

Los miembros informantes del despacho de mayoría en las sesiones plenarias de la Convención fueron Juan Pablo Cafiero y Rodolfo Barra. El primero destacó que se le otorgaba jerarquía supralegal a los tratados internacionales y que se aceptaba la competencia de las instancias internacionales de control establecidas en los tratados sobre derechos humanos "y la jurisdicción de los tribunales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", mención, esta última, que colisionaba con el art. 108 de la Constitución. Añadió que, si bien un sector de la doctrina era partidario de imponer la supremacía del derecho internacional sobre la Constitución, la propuesta del dictamen de mayoría no aceptaba ese criterio propiciando sólo la supremacía de los tratados "en los que Argentina sea o se haga parte", sin aclarar si esa supremacía se concretaba sólo ante las leyes o si también se extendía a la Ley Fundamental, solución esta última inviable a la luz del art. 27 de la Constitución (22), cuya modificación estaba vedada.

Barra, tras destacar que todos los tratados tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional, sostuvo que algunos de ellos son elevados "al rango constitucional". Añadió que, al tener "jerarquía constitucional", están en "pie de igualdad con la Constitución Nacional", pero que no la integran estrictamente, sino que la complementan. Que no se niega el carácter supremo de la Constitución porque los tratados no son normas de la Constitución ni se incorporan a ella (23).

Con respecto a la cláusula "en las condiciones de su vigencia", para Barra ella significa que los tratados se incorporan al derecho argentino "con las reservas y declaraciones interpretativas si las hubiese. Estas reservas y declaraciones interpretativas integran el tratado, a los efectos, tanto del derecho interno como del compromiso internacional que nuestro país asume". "En las condiciones de su vigencia" no significa en las condiciones en que fue redactado el tratado, sino "sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas que se introducen en el momento de realizarse el depósito por parte del Poder Ejecutivo, los tratados tienen validez para nosotros" (24).

(22) Ob. cit., t. V., p. 5180.

(23) Ob. cit., t. V., ps. 5184 y 5193.

(24) Ob. cit., t. V., ps. 5184 y 5325.

En cuanto al carácter "complementario" que la Constitución le atribuye a los tratados, Barra señaló que su inserción obedeció al propósito de aseverar que ellos no pueden modificar los arts. 1° a 35 de la Ley Fundamental porque, caso contrario, se estaría vulnerando el art. 7° de la ley 24.309 que "fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la Primera Parte de la Constitución Nacional". Añadió que, conforme a este principio, los derechos que consagran los tratados no colisionan con los preceptos constitucionales sino que los "complementan, explicitan o perfeccionan". Si en algún caso concreto se llegara a presentar una contradicción, "no existirá la complementariedad exigida ahora por el constituyente. Por lo tanto, estos derechos no estarán perfeccionados, con lo que no podrán aplicarse". Si el juez "no puede alcanzar un sentido integrador de las normas en juego habrá de primar aquella que figura en la parte dogmática de nuestra Constitución, en armonía con el mencionado art. 7° de la ley 24.309".

Citando el art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Barra destacaba que las normas de los tratados no pueden limitar los derechos tal como están enunciados en la Constitución y que, "la palabra complementario tiene mucha importancia, porque en la relación de complementación; lo complementario debe servir a lo complementado, es accesorio a ello" (25).

Recordemos que el art. 29 de esa Convención alude a la interpretación de sus cláusulas, destacando que una ley local u otra convención que dispongan un reconocimiento más amplio a los derechos humanos y sus garantías, tienen vigencia preferencial sobre el Pacto de San José de Costa Rica (Adla, XLIV-B, 1250).

Cafiero compartió ese significado al expresar que "acompañamos con la palabra complementario la idea de una interpretación donde quede claro que la tutela más favorable al derecho a la persona es la interpretación válida" (26).

En igual sentido se pronunció el convencional García Lema: "Tal complementariedad importa que no puede desconocerse, suprimirse o modificarse un derecho contenido en la Primera Parte de la Constitución,

(25) Ob. cit., t. V, ps. 5184, 5185 y 5193.

(26) Ob. cit., t. V, p. 5197.

sino que deberá integrárselo, armonizárselo, con los derechos contenidos en los tratados internacionales” otorgando, carácter explícito, a los derechos implícitos del art. 33 de la Ley Fundamental (27).

Para disipar toda duda, los convencionales Cafiero y García Lema propusieron agregar, al dictamen de la mayoría, la expresión “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. Agregado que fue aprobado por el bloque de la Unión Cívica Radical, a través de Miguel Ortiz Pellegrini: “nos parecen correctas las modificaciones que se han propuesto, porque ya nadie podrá decir que nos hemos extralimitado o que, de alguna manera, hemos usado nuestras atribuciones fuera del estricto marco de la ley que nos trajo aquí, es decir, la 24.309” (28).

La supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho internacional fue sostenida por el convencional Barra destacando que la supremacía sobre el derecho interno que impone la Convención de Viena encuentra su límite en el texto de la Constitución (29). Otro tanto el convencional Ernesto Maeder al señalar que el contenido de los tratados internacionales debe ser considerado “como parte de los derechos y garantías no enumerados, previstos en el art. 33, siempre que no afecten otros ya consagrados y en concordancia con lo establecido en el art. 27”, sin perjuicio de algunas críticas puntuales al texto proyectado (30).

En similar línea de pensamiento, el convencional Humberto Quiroga Lavié dijo: “lo que hace la nueva norma de la Constitución es afirmar claramente la supremacía de la Constitución por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico colocando a las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos por encima del resto del ordenamiento jurídico, es decir, de los tratados que no son de derechos humanos y del resto del ordenamiento jurídico, respetando el art. 30 de la declaración de necesidad de la reforma, que habilita precisamente este tema. Se está salvaguardando de esta manera la supremacía de la

(27) Ob. cit. t. V, p. 5290.

(28) Ob. cit. t. V, ps. 5302 y 5303.

(29) Ob. cit., t. V, p. 5193.

(30) Ob. cit., t. V, p. 5223.

Constitución Nacional en relación con el resto del ordenamiento y se está respetando el art. 27 también, que obliga al Congreso de la Nación a ratificar los tratados respetando los principios de derecho público de la Constitución” (31).

Como algunos convencionales habían interpretado de manera crítica que la reforma propiciaba otorgar a los tratados internacionales un rango supraconstitucional, María Martino de Rubeo declaró: “Pienso que en ningún momento el texto alude a ello, sino que marca claramente dos niveles. Un primer nivel es el de supralegal, donde creo que radica la confusión del señor convencional Vásquez, porque no es supraconstitucional, y es a lo que se refería el convencional Quiroga Lavié hace unos instantes. O sea que está por encima de las leyes, pero no superior a la Constitución. En esa medida consagramos esta jerarquía constitucional superior a las leyes en los tratados y también en los concordatos” (32).

Por su parte, el convencional Horacio Rosatti, aclaró que “con la reforma que ahora se propone tenemos muy clara cual es la ubicación constitucional de los tratados internacionales. Sabemos que están por sobre la ley y, más aún, sabemos que en las condiciones de su vigencia los tratados sobre derechos humanos —cuya prolija descripción se realiza en la cláusula propuesta— tienen jerarquía constitucional y sólo podrán ser denunciados en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara” (33). Procedimiento que difiere del contemplado por el art. 30 para la reforma constitucional porque, precisamente, los tratados no forman parte de la Constitución sino que la complementan reglamentando su contenido con una intensidad mayor a la que puede provenir de las leyes que sanciona el Congreso.

Resulta importante destacar que el plenario de la Convención no aprobó una propuesta formulada por la convencional María Lucero consistente en incorporar, al texto del art. 75, inc. 22, de la Constitución y a continuación de su párrafo segundo, lo siguiente: “En relación

(31) Ob. cit., t. V, p. 5245.

(32) Ob. cit., t. V, p. 5246.

(33) Ob. cit., t. V, p. 5282.

a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto, serán imprescriptibles” (34).

Los debates concretados en el seno de la Convención Reformadora de 1994, y en particular los fundamentos expuestos para aprobar el despacho de la mayoría, son elementos esenciales que nos permiten aproximarnos a la interpretación auténtica que corresponde asignar al art. 75, inc. 22, de la Constitución (35).

En numerosas oportunidades, la Corte Suprema de Justicia estableció que las opiniones expuestas por los miembros informantes en los órganos legislativos —o constituyentes— durante la consideración de los proyectos normativos, son elementos auténticos de interpretación para precisar su significado y alcance, correspondiendo dar pleno efecto a la intención del legislador si ella es clara, o en su defecto al significado de la norma en el marco de una interpretación sistemática (36).

A ello se agrega, en nuestro caso concreto, el límite establecido por la ley 24.309 para el funcionamiento de la Convención que condiciona la validez de sus decisiones. Especialmente, sus arts. 6° y 7°. El primero prescribe la nulidad absoluta de todas las modificaciones que realice la Convención apartándose de las competencias establecidas en la ley, y el segundo que la Convención no puede introducir modificaciones en los arts. 1° a 35 de la Constitución, ya sea de manera directa o elíptica.

Sistematizando las opiniones expuestas en la Convención Reformadora, a veces dogmáticas, confusas y hasta contradictorias, corresponde concretar su análisis jurídico dentro de los límites impuestos por la ley 24.309 para, precisamente, avalar la constitucionalidad de la reforma y validez de las cláusulas incorporadas al art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

II. Procurando esbozar una relación armónica en el ordenamiento constitucional, sobre la base de una interpretación teleológica y sistemática, arribamos a las conclusiones siguientes:

(34) Ob. cit., t. V, p. 5234.

(35) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 147, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

(36) Fallos: C.S. 111:330 y 388; 114:28 y 298; 115:174; 150:151; 210:540.

1) Todos los tratados y convenciones internacionales tienen jerarquía supralegal. No pueden ser derogados o modificados mediante una ley ordinaria del Congreso, sino sólo a través del procedimiento constitucional para la aprobación y puesta en vigencia de los tratados.

2) La Convención, al estar habilitada para determinar la jerarquía de los tratados, no sólo les asignó carácter supralegal, sino que también estableció un orden jerárquico entre ellos distinguiendo cinco tipos de tratados:

2.1) Los tratados que regulan materias extrañas a la integración y a los derechos humanos.

2.2) Los tratados sobre derechos humanos puestos en vigencia y aprobados por el Congreso sin las mayorías especiales previstas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución. Sin embargo, estos tratados pueden tener jerarquía superior a estos últimos si, conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, regulan tales potestades de manera más favorable para las personas.

2.3) Los tratados de integración, en las variantes previstas en el art. 75, inc. 24, siempre que respeten las disposiciones sobre derechos humanos contenidas en otros tratados. Los tratados de integración no pueden desconocer o reducir la amplitud de la tutela a los derechos humanos dispensada por otros tratados, aunque sí podrían ampliarla.

2.4) Los tratados sobre derechos humanos que, después de ser sancionada la reforma constitucional de 1994, sean aprobados y entren en vigencia conforme a las mayorías especiales establecidas en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, y siempre que otorguen a esos derechos un reconocimiento más favorable que los simples tratados sobre derechos humanos o las leyes locales.

2.5) Los tratados sobre derechos humanos citados en el art. 75, inc. 22 que, a igual que los anteriores pueden ser denunciados por la acción conjunta del Congreso y el Poder Ejecutivo, sin que sea necesaria la reforma constitucional porque no forman parte de la Constitución.

3) Conforme al art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el carácter supralegal de los tratados cede ante las leyes internas que otorgan, a tales derechos, una protección más favorable para

las personas. En tales casos, la ley no deroga ni modifica los tratados, sino que suspende la aplicación de algunas cláusulas de estos últimos.

4) La referencia a la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, significa que están incorporados operativamente al orden jurídico interno argentino y sujetos a las disposiciones contenidas en los arts. 27, 30 y 31 de la Ley Fundamental. No son supraconstitucionales ni forman parte de la Constitución. Si formaran parte de la Constitución, se estaría violando el art. 30 de ella porque, los enunciados en el art. 75, inc. 22, pueden ser denunciados sin intervención de una Convención Reformadora, y otro tanto los aprobados después de la reforma de 1994. Si no se acepta esta conclusión, tendríamos que admitir que fue reformado el art. 30 de la Ley Suprema, cuya modificación estaba prohibida por la ley 24.309 bajo la pena de nulidad.

5) Los tratados internacionales sobre derechos humanos sólo rigen en las condiciones de su vigencia. Tal como fueron aprobados con sus reservas y declaraciones interpretativas. Condición que está permitida por el art. 19 de la Convención de Viena.

6) Los tratados, a menos que se convenga expresamente lo contrario, no tienen aplicación retroactiva según el art. 28 de la Convención de Viena. De acordarse lo contrario, las cláusulas del tratado no podrán colisionar con los derechos y garantías de carácter humano enunciados en la Primera Parte de la Constitución conforme a su art. 27 y que, de acuerdo a las normas reglamentarias generaron derechos adquiridos.

7) Los tratados internacionales no pueden derogar ni modificar artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución. Así lo estableció el art. 7° de la ley 24.309 y así lo dispone el propio art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental. Caso contrario, se estarían vulnerando los arts. 27 y 30 de la Constitución —cuya reforma no fue autorizada— y se podría invocar el art. 46 de la Convención de Viena cuando establece que un Estado puede alegar, como vicio de su consentimiento, la circunstancia que el tratado afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Y no hay norma de mayor importancia fundamental en el derecho interno argentino que su Constitución Federal. En tal caso, el Estado deberá seguir el procedimiento previsto en el art. 65 de la Convención de Viena y los jueces nacionales, como órgano integrante del gobierno, que tienen a su cargo el control de constitucionalidad, deberían abstenerse de aplicar las cláusulas cuestionadas porque, en el orden

interno, un juez de la Constitución jamás puede aplicar una norma inconstitucional. El control de constitucionalidad que incumbe a los jueces, no puede ser limitado como consecuencia de una errónea valoración del Congreso y Poder Ejecutivo sobre la validez constitucional de un tratado. Su prerrogativa de aprobar y ratificar tratados no es discrecional y está sujeto al control de constitucionalidad.

8) Los tratados internacionales sobre derechos humanos son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución. Nuestra Ley Fundamental, a diferencia de la de otros países, presenta la virtud, fruto de una eficiente técnica para la formulación de sus normas, de ser genérica, flexible, clara y expuesta en el lenguaje común, al menos en su Primera Parte. Merced a esa técnica, todas las libertades, como especies del género libertad, están reconocidas por la Constitución. Ya sea de manera explícita o mediante la cláusula residual de su art. 33. Bien dice Jorge Vanossi que, mediante la hermenéutica constitucional y la presencia de un artículo que ampara los derechos no enumerados, pero que nacen o surgen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, se abre un abanico muy amplio de posibilidades para la incorporación de nuevos derechos y garantías (37). Compartimos esta opinión porque todas las libertades individuales y sociales, tanto las que ya se manifiestan en la convivencia social como las libertades en embrión que nacerán debido al carácter dinámico de la vida social, están avaladas por la Ley Fundamental. De manera que un tratado internacional no crea derechos, garantías o libertades, sino que reglamenta, con jerarquía superior a las leyes, las ya reconocidas por la Constitución. Cumple la función prevista en el art. 28 de la Ley Fundamental. Es que si los tratados sobre derechos humanos son complementarios, esto significa que sus cláusulas no pueden desconocer o anular los derechos constitucionales, sino reglamentar algunos aspectos referentes a su tipificación y ejercicio.

9) Los tratados internacionales, a igual que toda norma jurídica, disfruta de la presunción de constitucionalidad y, en caso de duda, corresponde aceptar su validez. Esta conclusión abstracta sólo podría ceder ante un caso concreto si, su aplicación al mismo, importa el desconocimiento de algún precepto constitucional y previa constatación de la imposibilidad de armonizar ambas normas en función de sus objetivos.

(37) VANOSSI, Jorge R., *La reforma constitucional de 1994*, p. 343, Ed. Del Círculo de Legisladores de la Nación Argentina, Buenos Aires, 2004.

10) La Convención Reformadora de 1994 asignó jerarquía supralegal a los tratados, pero no a los principios de derecho internacional ni a la costumbre internacional, a menos que ellas sean receptadas en un tratado. Pero, aunque así fuera, tales principios y costumbres no derogan ni modifican los principios expuestos en la Constitución federal, conforme a su art. 27.

Se podrá argumentar que estas conclusiones responden a un enfoque esquemático y que no se compadecen con aquellas que resultarían de una valoración adecuada sobre el desenvolvimiento del derecho internacional desde comienzos del siglo XX. Pero, en tal caso, nos estaremos apartado de la unidad de análisis jurídica que es la Constitución Nacional para introducirnos en un debate de carácter político, donde la ley queda subordinada a los juicios de valor.

Frente al concepto clásico del poder soberano estatal, se alzan teorías que propician reducir su magnitud mediante transferencias totales o parciales de competencias estatales.

Ello es consecuencia de un movimiento doctrinario que no está satisfecho con los logros alcanzados en salvaguarda de la libertad y dignidad del hombre dentro del marco tradicional de la conformación del Estado. Es que, muchas veces, la estructura estatal ha sido un medio eficiente para concretar las aberraciones más escandalosas en detrimento de la dignidad humana.

De todos modos, y sin perjuicio de rescatar el propósito loable que inspira a semejante concepción, no podemos incurrir en el desvarío de imputar a la estructura estatal la responsabilidad por aquellas atrocidades porque, en definitiva, su autor ha sido el hombre apartándose de los fines personalistas de una sociedad política global. La modificación de las estructuras organizativas del poder soberano es un camino estéril si está desprovisto de la previa, o simultánea, educación del hombre para vivir en libertad.

La fórmula para solucionar las colisiones producidas entre los actos de los órganos nacionales y el derecho internacional, permitirá verificar el grado que presenta el poder soberano de los Estados y su capacidad de independencia externa. Permitirá advertir si los Estados miembros de una organización internacional, o algunos de ellos, han transferido una porción de su poder soberano renunciando a su independen-

cia para determinar el contenido de su derecho interno respecto de ciertas materias. De ser así, la transferencia se formaliza mediante un tratado o convención internacional que será la ley fundamental a la cual quedarán subordinadas, total o parcialmente, las constituciones locales de los Estados.

Las formas de integración que se expresan en asociaciones estatales constitutivas de entes supraestatales facultados para adoptar decisiones que son obligatorias e ineludibles para los Estados miembros, y ejecutar y controlar su aplicación por vía jurisdiccional, configuran la antesala de nuevas organizaciones políticas globales diferentes a los Estados nacionales. En ellas, los Estados transfieren a los organismos supraestatales competencias políticas propias y se someten a un régimen internacional de sanciones, suscitando un problema complejo de índole constitucional (38) desde el momento que, los órganos nacionales, están delegando y renunciando —aunque sea bajo la condición de reciprocidad— al ejercicio de potestades inherentes a sus poderes soberanos. Y, en la medida que el poder soberano de un Estado deja de ser tal, ya sea total o parcialmente, en el orden interno o externo, nos enfrentamos con un nuevo tipo de organización política global titular del poder soberano que no participa de las características propias y clásicas del Estado o, al menos, de una de ellas que es la existencia de una comunidad nacional.

La integración de los Estados con poder soberano en entidades supraestatales, a las cuales se transferirá aquel atributo, constituye una meta anhelada por un sector importante de nuestra doctrina constitucional.

Prestigiosos juristas, como Bidart Campos (39), han propiciado la incorporación de una cláusula a la Constitución que disponga la subordinación del derecho interno, incluyendo a la Ley Fundamental, al derecho internacional resultante de los tratados siempre que no se desfigure la ideología personalista y democrática de la Constitución.

(38) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. I, p. 332, ob. cit.

(39) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, p. 183, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1993.

Sin embargo, ese requisito resulta de difícil instrumentación jurídica si no se conserva el poder soberano. ¿Quién decidirá en cada caso si los actos internacionales se apartan de la ideología personalista y democrática de la Constitución? Si es el propio Estado nacional, en tal caso sus actos tendrán supremacía sobre el derecho internacional y, si es un organismo internacional, no habrá garantía efectiva para preservar aquella ideología personalista y democrática.

La aceptación de este último punto de vista importará privar al poder del Estado de su carácter soberano, y la consecuente creación de una nueva forma de organización política global que estará sometida al poder soberano de una entidad supraestatal.

La pretendida sustitución de los Estados nacionales se trata, a nuestro entender, de una fórmula que no se compadece de manera realista con la posición actual de las relaciones internacionales y, menos aun, con la idea política dominante que, sobre el particular, alberga la mayoría de las comunidades nacionales, incluyendo a la Argentina.

Profundizar y afianzar las relaciones internacionales es una meta loable y necesaria cuyo logro, a esta altura del desarrollo histórico de la civilización, no impone una claudicación del poder soberano de los Estados. Quizás, en un futuro no lejano con los parámetros que se mide la historia de la humanidad, ello será posible. Pero en el estado actual de las relaciones internacionales, y teniendo en cuenta la disparidad de los matices culturales, económicos, sociales y tradiciones existentes en las naciones, no resulta una solución conveniente si es que se aspira a desembocar en un sistema sólido, estable y dotado del consenso popular indispensable que sólo puede aportar la idea política dominante en la sociedad.

Esa realidad, sociológica y política, impone un deber de prudencia para el legislador. Debe procurar la integración para que un Estado no quede a la zaga de las tendencias modernas imperantes sobre el particular, pero tiene que obrar con particular cautela a fin de evitar el enroscamiento en concepciones utópicas, carente de realismo, que restrinjan o anulen, al menos en el marco jurídico, el poder soberano del Estado mediante la sujeción al imperium de entidades supraestatales.

Un ilustre pensador y analista de los sistemas políticos comparados señalaba que la integración, en su faz política, constituye un proceso

en el cual las aldeas se convirtieron en distritos o condados que, a su vez, se combinaron en ducados o provincias para fundirse posteriormente en reinos que, por su parte, se han amalgamado muchas veces en federaciones o imperios. Analizando este proceso, que fue descrito por Dante a fines del siglo XIII y su proyección histórica, podremos vislumbrar la presencia de un gobierno mundial. Es que, ¿no podríamos terminar constituyendo gobiernos más vastos a partir de las divisiones más pequeñas que tenemos ahora? (40).

Para Deutsch, el Estado nacional se encuentra en conflicto potencial con todas las filosofías o religiones que enseñan normas universales acerca de la verdad, de lo bueno y lo malo, sin consideración de naciones o razas, cuando ellas pretenden extenderse sobre el ámbito de las relaciones políticas (41). Sin embargo, tras admitir que el Estado nacional realiza más servicios a los que ha llevado a cabo cualquier otro tipo de organización política global en la historia del mundo, recomienda que el realismo de un proceso de integración esté supeditado al principio de la autodeterminación de los pueblos, porque el incremento paulatino de sus capacidades cognoscitivas para la convivencia internacional es el requisito ineludible que condiciona la concreción de una integración eficaz, realista y consentida (42).

En materia de relaciones internacionales, existen dos grandes enfoques o líneas de pensamiento. Uno de ellos es el enfoque idealista o jurídico. Procura ordenar, por medios jurídicos, un ordenamiento político mundial sobre la base de la presunta preexistencia de principios racionales y morales dotados de validez universal. Afirma la vigencia de una comunidad mundial integrada por los habitantes de todos los Estados nacionales, cuya organización sólo requiere del fiel cumplimiento de los compromisos jurídicos externos asumidos por ellos con prescindencia de sus cambiantes intereses y necesidades.

En cambio, para el enfoque realista, las relaciones internacionales son consecuencia de la confrontación entre intereses nacionales contradictorios

(40) DEUTSCH, Karl W., *El nacionalismo y sus alternativas*, p. 12, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1972.

(41) DEUTSCH, Karl W., *Política y gobierno*, p. 130, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1976.

(42) DEUTSCH, Karl W., *Política y gobierno*, p. 565, ob. cit.

que se procuran conciliar aunque sin aspirar, de manera inmediata, a concretar una organización supraestatal duradera, efectiva y dotada de poder soberano, hasta tanto no se verifique la real existencia de una comunidad internacional lo suficientemente sólida para servir de sustento a ese ente supraestatal. Comunidad que sólo se manifestará plenamente cuando se haga efectiva la igualdad cultural entre los Estados nacionales diluyendo la posición preferente que tienen algunos de ellos, y cuando el bien común prevalezca espontáneamente sobre los intereses particulares de esos Estados que no deberían oponer reparos para otorgar las concesiones pertinentes.

Si bien ambos enfoques han sido esbozados por la teoría de las relaciones internacionales, en la práctica de la política externa de los Estados que ejercen un liderazgo en dicho marco se aplica, preferentemente o casi en forma exclusiva, el enfoque realista. Enfoque merced al cual se han obtenido importantes logros para la convivencia armónica entre las naciones.

Es razonable sostener, aplicando el enfoque idealista, que así como debería ser coherente la política interna de un Estado con su política exterior, también debería mediar coherencia entre el orden jurídico interno del Estado y el externo que se comprometió a cumplir. Pero el afán por concretar esa coherencia, llevado hasta sus últimas consecuencias, puede desembocar en resultados arbitrarios y diferentes de los perseguidos con la aplicación estricta de ese enfoque.

Si para concretar esa coherencia le asignáramos al Congreso, o a un organismo judicial especial, el ejercicio exclusivo del control de constitucionalidad sobre los tratados al momento de su aprobación, y sin que esa decisión fuera susceptible de revisión ulterior, estaríamos subordinando el dinamismo social a la conformación estática de una norma jurídica con prescindencia del bien común de la comunidad nacional. Si la transferencia o delegación de competencias por obra de un tratado no fuera revisable unilateralmente cuando, con el transcurso del tiempo, se llegara a constatar su inconstitucionalidad o apartamiento de las exigencias del bien común, se corre el riesgo de fomentar una ruptura del orden jurídico internacional porque las normas legales jamás pueden ser obstáculos idóneos para impedir la satisfacción de las necesidades sociales.

La presión del pluralismo anula la vigencia y legitimidad de toda norma jurídica que impida satisfacer esas necesidades. Esa ruptura no es la solución

más adecuada, y para preservar el prestigio de las normas internacionales, es conveniente brindar a los Estados la posibilidad de apartarse legalmente y en forma inmediata de ellas cuando la dinámica social interna así lo requiera. Es conveniente que, como consecuencia de ese proceso dinámico interno y de las modificaciones que se pueden operar en la idea política dominante de una sociedad, los Estados puedan unilateralmente adecuar las normas jurídicas internas e internacionales que les son aplicables a su nueva realidad política, económica y social.

Tanto el enfoque idealista, en forma inmediata y consciente, como el enfoque realista, de manera mediata e inconsciente, procuran la integración de los Estados en una organización política supraestatal. Pero difieren sobre el camino a seguir para alcanzar esa meta universal. El primero propicia la coacción jurídica desconociendo la realidad política, mientras que el segundo otorga primacía a esa realidad sobre el derecho, por entender que la norma jurídica debe ser siempre reflejo de una realidad positiva y acorde con el bien común.

Estimamos que la aplicación del enfoque realista presenta la virtud de respetar las ideas políticas dominantes en los diversos pueblos, sus modalidades, características y necesidades que forjan sus instituciones y estilos de vida. Pero ese respeto en modo alguno se opone a la integración de los Estados en nuevas formas de organización política global, sino que aspira alcanzar semejante meta de manera gradual, desprovista de métodos coactivos y sobre la base de la guía resultante de la prudencia política.

Al margen de estas consideraciones hemos procurado ceñirnos a las técnicas jurídicas de interpretación forjadas por el secular movimiento constitucionalista que desembocaron en la vigencia del Estado de Derecho y la consolidación, a partir del siglo XX, de los sistemas democráticos de avanzada y más progresistas.

Consideramos que el poder de concertar tratados internacionales, previsto en el art. 67, inc. 19, de la Constitución antes de su reforma, y actualmente en el art. 75, incs. 22 y 24, debe entenderse subordinado a la Ley Fundamental. Un tratado que desconoce las normas constitucionales es nulo porque estaría autorizando lo que la Constitución prohíbe. Sostener lo contrario, sería conferir al Congreso y al Poder Ejecutivo la potestad de ejercer el poder constituyente al margen del art. 30 de

la Constitución avalando la perversión constitucional (43). Perversión, motivada a menudo por el deseo de imponer una ideología que conduce a la alteración de los valores constitucionales.

La doctrina recientemente adoptada por la Corte Suprema de Justicia, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, coadyuva a pervertir el orden constitucional mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Interpretación que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la Ley Fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una actitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del Estado de Derecho (44). ♦

(43) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, t. II, p. 482, Ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1987; FRIEDRICH, Carl, *El hombre y el gobierno*, p. 304, Ed. Tecnos, Madrid, 1968.

(44) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, p. 787, ob. cit.

EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y SU INCIDENCIA EN LA INDEPENDENCIA DEL PODER JUDICIAL

POR ENRIQUE RAMOS MEJÍA Y JUAN R. AGUIRRE LANARI (*)

I. Exposición del académico doctor Enrique Ramos Mejía

“El Consejo de la Magistratura y su incidencia en la independencia del Poder Judicial” es uno de los quince temas propuestos por las autoridades de nuestra Academia para encarar el examen de la reforma de la Constitución Nacional cuya necesidad fue declarada por la ley 24.309, y cuyo nuevo texto fue obra de la Convención reunida al efecto en la ciudad de Santa Fe y sancionado el 22 de agosto de 1994.

Cabe resumir en apretada síntesis que la Constitución de 1853 modificada en parte en 1860 se refería en dos Capítulos de la Sección Tercera de su segunda parte al Poder Judicial, disponiendo en primer término en los artículos 94 a 99 las normas referentes a su “naturaleza y duración” y seguidamente las relativas a sus “atribuciones” en los artículos 100 a 103, todo lo cual fue mantenido hasta los profundos cambios introducidos en 1994 en virtud de los nuevos artículos 113, 114 y 115. En ese orden, el primero priva a la Corte Suprema de su facultad de dictar su reglamento económico, el segundo crea el “Consejo de la Magistratura” y el tercero se refiere a la remoción de los Jueces de los tribunales inferiores.

El tema de esta comunicación, como se ha anunciado, tratará lo relativo al citado Consejo, en orden al cual el citado artículo 114 fija el modo

(*) Comunicación efectuada por los doctores Enrique Ramos Mejía y Juan R. Aguirre Lanari, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 31 de agosto de 1995.

de su integración y señala sus atribuciones, todo de conformidad con el llamado “núcleo de coincidencias básicas” originado en el conocido como “Pacto de Olivos”.

El inciso H de ese “núcleo” disponía que “Un Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente, de modo que procure equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados. Será integrado, asimismo, por otras personalidades del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”.

Según ese mismo inciso serán funciones del Consejo: 1- Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2- Emitir propuestas (en dupla o terna) vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3- Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4- Ejercer facultades disciplinarias. 5- Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados. 6- Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia.

El aludido Consejo, pese a figurar en la Sección Tercera de la Segunda Parte de la Constitución Nacional que se refiere al Poder Judicial, no forma parte de dicho Poder, pues el artículo 108, al igual que el anterior 94 de la Constitución reformada, dispone que “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”. Sin embargo, dadas sus atribuciones y que de él forman parte “jueces de todas las instancias”, resulta atinada la ubicación adoptada con el carácter de “órgano extrapoder”.

Sobre el “Consejo de la Magistratura” me he de ocupar de su integración y de sus atribuciones, que son los temas de artículo 114 de la Constitución Nacional.

Según el segundo párrafo del citado artículo, tal integración debe estar conformada “de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal”,

y, además, a continuación de un punto que separa esta frase, "por otras personas del ámbito académico y científico en el número y la forma que indique la ley" sin exigir equilibrio entre ellas, ley que no puede ser otra que la "ley especial" que, según el párrafo primero, debe regular la actuación del "Consejo de la Magistratura" una vez integrado, como lo acabo de señalar, "de modo que se procure el equilibrio" entre sus integrantes.

Y entonces cabe preguntarse ¿qué significa "equilibrio" y qué alcance tiene esa palabra en este caso? Según el diccionario de la Real Academia Española, "equilibrio" significa "armonía entre cosas diversas" y más específicamente en este caso "conveniente proporción entre cosas diversas", lo que conduce a interpretar que el artículo 114 descarta para concretar la integración del "Consejo de la Magistratura" una igualdad entre los órganos políticos resultantes de la elección popular, los jueces y los abogados de la matrícula federal, sino que cabe interpretar que debe otorgarse preeminencia a esos dos últimos representantes con la alta finalidad de que con "equilibrio" pueda el citado Consejo dar cabal cumplimiento a sus importantes atribuciones como son las de seleccionar postulantes a las magistraturas inferiores, emitir propuestas en ternas vinculantes para su nombramiento y asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia que constituyen la atribución 6 del "Consejo de la Magistratura".

Además de esa atribución que es de gobierno, son de igual carácter las que llevan números 1, 2, 4 y 5 y es de administración la número 3. Veámoslas con la brevedad que el tiempo nos impone.

No en el orden con que figuran en el texto constitucional, comenzaremos con el número 3. "Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia". Grave reforma, en cuanto se priva con ella a la Corte Suprema, como cabeza de uno de los Poderes del Estado cuya jerarquía reconoce el artículo 108 de la Constitución Nacional, al igual que el artículo 94 del texto anterior, de la atribución que antes tenía de dictar su reglamento económico conforme con el artículo 99. Ahora estará la referida atribución a cargo del "Consejo de la Magistratura", pero sujeta a lo que disponga la ley especial que, según el artículo 114, debe regular la actuación del citado Consejo.

Las atribuciones 1 y 2 disponen respectivamente "seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores"

y "emitir propuestas en ternas vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores". Pero estas atribuciones deben guardar relación para su correcta aplicación con lo que dispone el inciso 4 del artículo 99 que trata de las atribuciones del Poder Ejecutivo. El artículo 114 alude a "magistrados inferiores" y a "tribunales inferiores" y nada dice sobre el destino de las "ternas vinculantes". Por otro lado, el referido inciso 4 del artículo 99 se refiere a "tribunales federales inferiores", exige para el nombramiento también "ternas vinculantes" originadas en el "Consejo de la Magistratura", "acuerdo del Senado" y ciertos requisitos para "un nuevo nombramiento". A lo expuesto hay que agregar que según el primer párrafo de ese inciso 4 el Poder Ejecutivo sin intervención del "Consejo de la Magistratura" " nombra los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado" por dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública convocada al efecto".

A su vez, las atribuciones 4 y 5, formalizados los nombramientos en la forma ya referida, autorizan al "Consejo de la Magistratura" a "ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados" y a "decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión y formular la acusación correspondiente" que se llevará a cabo, según el artículo 115, "por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal", cuyo fallo, según ese mismo artículo, "será irrecurrible y no tendrá más efecto que destituir al acusado", todo ello con arreglo al procedimiento que deberá fijar la antes citada "ley especial" que debe regular la actuación del "Consejo de la Magistratura".

Por último, la atribución 6 pone a cargo de dicho "Consejo" dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia". No hay duda de que es bueno poner a cargo del "Consejo de la Magistratura" lo atinente a la "organización judicial" y a la "independencia de los jueces", pero en orden a "la eficaz prestación de los servicios de justicia" debe estar a cargo por vía de superintendencia de la Corte Suprema y de las respectivas Cámaras de Apelación.

Y una reflexión final. No cabe duda de que las atribuciones puestas a cargo del "Consejo de la Magistratura", que existe en países europeos y en algunas provincias en nuestro país, pueden poner punto final a

nombramientos de Jueces por meras razones políticas y sin la necesaria exigencia de una seria preparación jurídica por parte de eventuales postulantes.

II. Exposición del académico doctor Juan R. Aguirre Lanari

Casi es innecesario decirlo, pero las cosas no son como uno quisiera sino como realmente son.

Quiero recordar que he sido adversario de la reforma de la Constitución, por considerarla inoportuna e innecesaria y, por ende, del Núcleo de Coincidencias Básicas, pero producida aquella tenemos la obligación de cumplirla, mucho más los abogados, los hombres de ley, y los miembros de una Academia.

En esta materia, los legisladores, que somos los encargados de interpretar la voluntad del constituyente, tenemos la obligación de traducir en la mejor forma posible lo que a juicio de cada uno surge de la letra de la ley, sin perjuicio de que si en el espíritu pudieran aparecer decisiones contradictorias por la falta de una norma clara, ahí sí podría entrar alguna voluntad individual, pero, de no ser así, hay que traducir lo que a juicio de cada uno dice el texto constitucional.

Como bien lo ha señalado el doctor Ramos Mejía, en este tema del Consejo de la Magistratura no hay antecedentes; es un tema extraño a nuestras instituciones, al menos a las federales, no a las provinciales.

Nosotros hemos seguido naturalmente el sistema clásico de la Constitución norteamericana en que los jueces federales son nombrados por el Presidente, con acuerdo del Senado; hablo de los jueces federales porque sabemos que existen jueces estatales que tienen distintas formas de ser nombrados, incluso hasta por elección popular. Ayer recibí al Vicepresidente Internacional del Club de Leones, quien es un antiguo juez de un Estado norteamericano, futuro presidente de ese Club, que fue designado por elección popular y estuvo treinta y dos años en su cargo por sucesivas elecciones. Le pregunté si daba resultado el sistema electivo y me contestó que, en su caso, sí. Eso puede ser bueno en los anglosajones, que son menos efervescentes que nosotros. Yo creo que no es bueno mezclar la política, lo que es inevitable cuando hay una elección popular.

Lo real es que la Constitución del 53-60 estaba enrolada, como en tantas otras cosas, dentro del sistema norteamericano, y alejada de lo que podríamos llamar el sistema europeo, en el cual predomina otro concepto: el Consejo de la Magistratura. Allí, por un lado, está el sistema francés, donde hay una prevalencia de los órganos políticos, más inclinados a lo que podría ser el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo; y, por el otro, el sistema italiano, donde, en cambio, hay prevalencia, a mi juicio, de lo que viene de la órbita del Poder Judicial y de la órbita de los abogados.

La tradición y la práctica entre nosotros era que el Poder Ejecutivo proponía y el Senado daba el acuerdo. Quiero hacer una aclaración para que se comprenda algún juicio de valor que después voy a expresar. En nuestras primeras épocas de organización constitucional, las sesiones en las que se daba acuerdo a los jueces y demás funcionarios eran públicas. Pero he aquí que, según dice las malas lenguas, nuestro gran Sarmiento quería recibir las palmas de General y entonces empezó a suscitarse el tema, por los años 70. Y un senador por Corrientes, miembro de mi Partido, el famoso senador Manuel Florencio Mantilla, fue un agudo contradictor a las aspiraciones de Sarmiento que, aparentemente, no quería que se hicieran sesiones públicas, llegándose así a la sesión secreta, por la reforma del Reglamento del Senado en materia de acuerdos. Así fue la práctica hasta hace tres o cuatro años, cuando un médico radical, el senador Gass, tuvo el privilegio de propugnar la reforma al Reglamento del Senado, volviéndose entonces a la sesión pública, a mi juicio adecuadamente, e incluso se decidió algo que todavía está en vigencia, con el objeto de dar mayor transparencia a las sesiones y para que sirviera como fuente de información a los legisladores. En el nuevo sistema, cuando el pedido de acuerdo llega al Senado, se le da entrada en sesión pública y se informa a la prensa. Durante los siete días hábiles siguientes, cualquier ciudadano puede impugnar las condiciones morales o profesionales, esto es, la idoneidad de los candidatos propuestos.

Este sistema, francamente, no ha funcionado satisfactoriamente, y me declaro culpable, sin que haya habido dolo de mi parte, de haber consentido el nombramiento de una serie de personas que después, posiblemente, no tuvieron la idoneidad necesaria. Ello ocurrió por falta de conocimiento mío, y seguramente de otros, porque no funcionó ese sistema que nosotros quisimos habilitar con la denuncia pública.

A mí nunca me llegó, jamás, nadie que, aunque sea por carta anónima, me dijera: "El señor Juan Pérez, que va a ser juez federal, tiene tales

antecedentes objetables". Quizás les haya llegado algún caso a los miembros de la Comisión de Acuerdos. Pero el resto, hasta ahora, nos vemos limitados a aprobar o a abstenernos como lo hacen algunos bloques.

El sistema anterior, entonces, aunque encuadrado en el sistema americano, no es bueno. Y así han salido algunos malos jueces. Por eso les digo que no obstante el origen político, que no comparto, respecto de esta institución del Consejo de la Magistratura, la veo como un intento de brindar una mayor transparencia, sobre todo por la existencia de concursos públicos y por la forma en que está redactado el nuevo artículo 114 de la Constitución. El cual, como dice su letra, busca un equilibrio entre los poderes políticos, con representación popular, de origen electivo, los representantes de los abogados de la matrícula y los representantes de los magistrados. Conforme a dicho artículo 114, el Consejo será integrado periódicamente, de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, buscando un equilibrio, especialmente de los tres primeros factores mencionados. Yo creo que el equilibrio busca, precisamente, que ningún sector, de estos tres que hemos individualizado, llamémosles, del sector político, disector magistrados y del sector abogados, predomine por sí mismo.

Así como se habla de la separación de los poderes, que no es separación tajante sino equilibrio de frenos y contrapesos, creo que la intención ha sido buscar el equilibrio para que no haya un sistema corporativista.

En algunos de los proyectos de ley en esta materia, incluso en el que aparece como expresión de la voluntad de la mayoría, no hay, a mi juicio, ese equilibrio. En dicho proyecto, que sería de la opinión mayoritaria, que es un pre-proyecto hasta hoy porque entiendo que el despacho de Comisión estaría firmado pero no oficialmente, no hay un equilibrio, hay una prevalencia de lo que estaría en la órbita del Poder Ejecutivo, o por lo menos, del Poder Ejecutivo actual, habida cuenta de que hay conocidas afinidades con algunos representantes del Poder Judicial.

En el proyecto del senador Alasino habría una preeminencia favorable a lo que podría ser el factor político; en el de los senadores Fadel y Bordón habría voluntad de que no predominara el factor político y de que prevaleciera más bien el factor judicial.

Yo he hecho en mi proyecto una división distinta, y me adelanto a aceptar las críticas, porque yo mismo me he rectificado en algunos aspectos, en atención a lo que surge de la opinión pública y de escuchar otras opiniones. Les confieso que no es solamente una posición mía, lo he conversado con mis colaboradores, de modo que no hay una actitud individual sino una discusión razonada.

En mi proyecto hago la siguiente división de los 21 miembros que componen el Consejo de la Magistratura: 6 para los poderes políticos (3 representan al Poder Ejecutivo y 3 al Poder Legislativo); 6 miembros representarán al Poder Judicial, elegidos por los magistrados de todas las instancias, debiendo agregarse otro más, que lo designa la Corte entre sus miembros y que presidirá el Consejo, con lo cual habrá 7 jueces y además agrego otros 6 miembros que serán elegidos por los abogados de la matrícula federal. A estos 19 miembros debe agregarse 1 designado por las Universidades nacionales, debiendo ser profesor titular y otro por los Presidentes de las Academias Nacionales de Derecho, debiendo ser académico.

Acá tengo un artículo de "La Prensa" donde examina los proyectos y dice que el mío es el más equilibrado. Puede ser que no lo sea, ustedes juzgarán cuando les cuente cómo vienen los proyectos.

Repito que la Constitución no habla del Congreso sino de los "órganos políticos resultantes de la elección popular" que, según mi interpretación, son el Congreso y el Poder Ejecutivo.

El proyecto del Senador Alasino prevé 15 miembros, 4 diputados, 4 senadores, 2 jueces de la Corte, 1 juez de cualquier instancia, 2 abogados, 1 profesor de derecho y 1 académico.

El anteproyecto de la Comisión hasta el día de hoy, que tiene mayoría justicialista, prevé 17: el Presidente de la Corte y 5 jueces, 6 miembros del Poder Legislativo (3 diputados y 3 senadores, y, dentro de unos y otros, 2 por la mayoría y 1 por la minoría, es decir justicialistas y radicales), 2 elegidos por el Poder Ejecutivo, 2 abogados y 1 de los ámbitos académicos y científicos elegidos por el Poder Ejecutivo. En este anteproyecto, que es el más importante para analizar ahora, porque es el que tiene viabilidad política—hasta este momento, ya voy a hablar de la real situación— serían: el Presidente de la Corte y 5 jueces más. De estos últimos, 1 lo elige la Corte y los 4 restantes la Asociación de Magistrados.

Además dispone 6 representantes del Poder Legislativo (por lo menos 4 del partido gobernante); 2 elegidos por el Poder Ejecutivo, 2 abogados y 1 representante de las entidades académicas y científicas, también elegidos por el Poder Ejecutivo. Evidentemente la primacía numérica favorable al gobierno no puede discutirse.

Luego viene el proyecto de los senadores Fadel y Bordón, que prevé 21 miembros, 9 jueces de todas las instancias, 6 del Poder Legislativo (3 diputados y 3 senadores), 1 del Poder Ejecutivo, 3 abogados y 2 académicos y científicos.

En el proyecto del Senador Genoud, de la Unión Cívica Radical, son 16 miembros: 6 del Poder Legislativo (3 senadores y 3 diputados, 2 de la mayoría y 1 de la minoría de cada Cámara) 6 del Poder Judicial, 3 abogados y 1 científico. Como se ve, los poderes políticos son los que prevalecen.

Un proyecto interesante, entrado a último momento y que no ha tenido proyección periodística, es el de senador Figueroa: propone 27 miembros en total de los cuales habría 6 representantes del Poder Legislativo (3 senadores y 3 diputados, todos ellos miembros de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Interior y Justicia); 3 designados por el Poder Ejecutivo (1 por el Ministerio del Interior, otro por el Ministerio de Justicia, y el restante por el Ministerio de Economía, posiblemente por la viabilidad económica); 2 miembros de la Corte Suprema, de los cuales 1 será el Presidente; el Procurador General de la Nación y 5 jueces de los distintos fueros; 5 abogados por la Federación Argentina de Colegios de Abogados y 5 académicos.

En "La Nación" encontré una entrevista al presidente de la Federación Argentina de Colegios de Abogados, el doctor Garrote, cuya opinión es similar a la mía, ya que propone 4 diputados, 4 jueces, 4 abogados, 1 juez de la Corte Suprema y 2 académicos.

En mi proyecto, además de los 6 restantes del Poder Judicial, propongo que al presidente del Consejo lo elija la Corte. He visto que existe una opinión bastante generalizada en el sentido de que el Presidente del Consejo de la Magistratura sea el Presidente de la Corte. A mí me pareció más razonable no colocar como presidente de este organismo al Presidente de la Corte, porque sabemos que quien preside la Corte Suprema estará abarrotado de funciones protocolares. El Consejo de la Magistratura tendrá que trabajar mucho, y como deberá ejercer su labor

con mucha serenidad, no es conveniente cargar los hombros del Presidente de la Corte Suprema. Además cualquier miembro de la Corte representa al Poder Judicial. Debo admitir que esta cuestión puede ser discutible.

Así está el asunto hasta hoy. Hace varias semanas que tenemos un dictamen ya firmado y si no ha ido al plenario de la Cámara, es porque, por un lado, existe una fuerte crítica pública y, por el otro lado, hay una considerable oposición política. Habrán leído en los diarios sobre una gestión realizada en esta materia por el ex presidente Alfonsín; yo lo encontré hace poco en la Embajada del Uruguay, pero no pudimos conversar cuando abordamos el tema. También hablé con un senador radical, y le pregunté si era cierto lo que había leído sobre la existencia de conversaciones entre los bloques radical y justicialista. Me contestó que efectivamente era así, y que los radicales intentaban atemperar la evidente preeminencia del Poder Ejecutivo, ya fuere ésta directa o indirecta.

No sé cómo va a terminar este asunto. En mi proyecto incluí al Poder Ejecutivo porque el artículo 114 de la Constitución expresa "órganos políticos", en plural, y no solamente señala al Congreso. Al proponer una participación igualitaria entre los tres poderes se evita un predominio de un sector sobre los otros. A lo sumo, tendría que haber una fuerte alianza entre jueces y abogados o entre abogados y políticos o entre políticos y jueces para romper la representación equilibrada. Ignoro cómo se aprobará en definitiva la ley. Creo que es muy importante la influencia de la opinión pública y de la crítica, lo que hasta el momento ha evitado una sanción apresurada.

Debate posterior

Dr. Aja Espil: Hemos escuchado dos exposiciones excelentes que tienen dos enfoques distintos. Una, la del doctor Ramos Mejía, se refiere al nuevo texto constitucional, con las observaciones y críticas que desde un punto de vista de doctrina constitucional le merece. La otra, del doctor Aguirre Lanari, muestra la realidad del legislador, que tiene que reglamentar un texto, y que debe cumplir con él y ajustarse a esa obligación legislativa. Y ahora deseo hacer una reflexión acerca de si ha funcionado la audiencia pública para el nombramiento de los jueces. La experiencia que se tiene sobre la elección de los miembros de la Corte en EE.UU. es la de que los medios de comunicación se encargan de poner en exhibición lo que se está debatiendo en la audiencia. Y a veces es una

gravedad y de una dramaticidad enormes. De modo que, en realidad, no es el sistema de la audiencia pública lo que no ha funcionado sino la manera de hacerla pública.

Dr. Aguirre Lanari: Lo que dije es que yo, al menos, nunca recibí una advertencia y es posible que sea cierto lo que dice el doctor Aja Espil, porque hoy en día hay una preeminencia tan grande de los medios de comunicación que, así como se dice que la constitución es lo que los jueces dicen que es, yo diría que los hechos políticos son lo que los medios ponen de manifiesto.

Dr. Aja Espil: Exacto.

Dr. Aguirre Lanari: Es notable porque ocurre que a veces un asunto toma importancia porque va a la prensa. Por lo contrario, si no va, puede ser un asunto tremendamente importante pero pasa como un despacho de comisión.

Dr. Bustamante Alsina: Ha fallado la instrumentación.

Dr. Aja Espil: Sí, ha fallado la instrumentación. Ahora bien, el tema que nos ha preocupado mucho en la comisión que dirige el doctor García Belsunce, en el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, es una interpretación que buscamos hacer del proyecto de manera de despolitizar al Consejo de la Magistratura. La correcta preocupación que nos pone de manifiesto el doctor Aguirre Lanari es la del equilibrio político. Lo que nosotros, pretendíamos era despolitizar esa institución. Tanto es así que lo que propusimos era que los legisladores fueran los presidentes de las comisiones de asuntos judiciales.

La otra observación, que el doctor Aguirre Lanari ha mencionado correctamente, es si la redacción del artículo 114 tiene que interpretarse de una manera literal o buscando una forma de entendimiento con el artículo 99. Cuando el art. 114 dice que se debe procurar el equilibrio entre la representación de los órganos políticos de la elección popular, podría interpretarse legítimamente que se refiere a los órganos del poder legislativo: Senado y Cámara de Diputados, dentro de un equilibrio político. Por cierto que también se puede interpretar, literalmente, que alcanza al poder ejecutivo, porque es un órgano político. Empero, tén-gase en cuenta que va a ser el ejecutivo el que, por el artículo 99, en última instancia va a designar a los jueces. En este último criterio, el

ejecutivo interviene en el concurso para proponerlos y después para designarlos. Da la sensación de que rompemos la línea de lo racional para una buena designación. Parece más coherente hacer una interpretación del 114 que apunte al equilibrio de la representación de los órganos políticos de la elección popular, dirigida al Senado y a Diputados, sobreentendiendo que el poder ejecutivo tiene su intervención fundamental y decisoria cuando consagra el candidato en virtud del artículo 99, cuando elige de la terna. Se trata de hacer un desarrollo constitucional que integre a los tres poderes en equilibrio y no en desmedro del propio poder judicial.

Dr. Aguirre Lanari: La palabra equilibrio no se agota en la coma que está después de elección popular. El equilibrio abarca a los tres conceptos. El espíritu de la ley ha sido éste.

Dr. Aja Espil: Nosotros hemos buscado despolitizar, evitando el predominio de intereses políticos del momento.

Dr. Aguirre Lanari: En Italia se hablaba de la existencia de una oligarquía judicial. Porque hay un predominio del sector judicial. Acá lo que se busca es que los que están de uno y otro lado del mostrador, abogados y jueces, tengan una importancia, y que también intervengan los órganos políticos de la voluntad popular. Si no se interpreta como lo hago yo va a ver un claro predominio de los sectores políticos, que no es lo que se está buscando.

Dr. Aja Espil: La última observación o reflexión que deseo aportar es el significado importante de que el presidente del Consejo sea el presidente de la Corte. Porque es un simbolismo que da fuerza moral a la institución. En EE. UU., los organismos que se han creado, entre ellos el Federal Judicial Center, todos son presididos por el presidente de la Corte, y sin ninguna duda el presidente de la Corte de EE.UU. debe tener muchísimo más trabajo que el presidente de la Corte argentina. Queda así salvado el vértice del poder judicial entre nosotros.

Dr. Aguirre Lanari: Yo acepto esta última observación. Reconozco ese simbolismo. Yo no puse al presidente de la Corte para no recargarlo de trabajo. Además, los proyectos hablan del presidente de la Corte.

Dr. García Belsunce: Quisiera agregar dos palabras. Apoyo lo que ha dicho el doctor Aja Espil. Soy partidario de un Consejo de la Magistratura

en su expresión numérica lo más chica posible. El Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires propuso 11 miembros. El presidente de la Corte y 4 jueces son cinco, menos de la mitad. Y por el otro lado, un diputado y un senador presidente de las comisiones de justicia para que no hubiera elección de por medio, dos abogados en elección no obligatoria, y además se dejó sentado que los cuatro jueces que acompañarían al presidente de la Corte no serían elegidos en elección del poder judicial, para evitar la politización dentro de ese poder, sino por sorteo entre los presidentes de las cámaras federales. La academia también habla de despolitización y de sorteo. En un consejo de 11 ó 12 miembros, con predominio del poder judicial, que se contrabalancea con dos diputados y senadores, más los dos abogados los dos representantes de los sectores científico y académico (por las razones que explicó el doctor Aja Espil, no somos partidarios de poner representantes del poder ejecutivo), se logra un equilibrio razonable.

Dr. Anaya: Yo tengo algunas reservas. Hay ciertos factores que nos presionan a un rechazo de lo político. Creo que hay demasiado énfasis en esto. Indudablemente, cuando la Constitución dice que van a integrar el Consejo los miembros de los órganos electivos por representación popular, lo que quiere es una representación política, y a mí no me parece mal que haya una representación política, y a mí no me parece mal que haya una representación política, me parece que es saludable; lo que no me gustaría es que haya un predominio de este factor político sobre los otros que ha tenido en cuenta la Constitución. Y por eso la interpretación que hace el doctor Aguirre Lanari me parece buena. A mí me parece necesaria la participación del poder ejecutivo. Es el eslabón, el nexa, la comunicación. Yo creo que acá es importante que haya un Consejo de la Magistratura que tome sus decisiones con un amplio conocimiento de todo el espectro. Independientemente de que nos guste o no un poder ejecutivo determinado. Estamos pensando en términos de instituciones permanentes.

Dr. Vanossi: Creo que el tema que estamos analizando está en este momento en la punta del iceberg. Pero tenemos una parte considerable que la vamos a ver cuando esto empiece a funcionar. Y donde las cosas van a demostrar si la concepción más política o menos política ha sido la conveniente. El consejo que han pergeñado los constituyentes reúne cuatro potestades. Pero por lo general, cuando nos referimos a él estamos subconscientemente pensando en una sola, que es la potestad seleccionadora. Es el ente que va a seleccionar los magistrados, o

candidatos a magistrados, formando ternas, previa sustanciación de concursos. Todo esto habrá que reglamentarlo o lo reglamentará el propio Consejo. Pero esa es una importante, muy importante facultad, para la cual no era necesario reformar la Constitución. Existían en el congreso proyectos de leyes que previeran escuela judicial, carrera judicial, y Consejo de la Magistratura como creación legal, convirtiendo las facultades discrecionales de la Constitución en facultades regladas, para que el ejecutivo y el senado tuvieran que adecuarse a ese marco normativo. Nunca fueron tratados en el recinto, pero hubo proyectos serios y muy serios, incluso la doctrina argentina y de derecho comparado (el doctor Sagüés, por ejemplo) trabajó mucho tiempo en ese tema. Pero aquí se han agregado tres potestades más: este órgano tiene la potestad disciplinaria, la potestad reglamentaria, y la potestad financiera. Y estas tres potestades son las que, obviamente, cuando se apliquen, van a traer muchas situaciones, no digo conflictivas, pero sí de cierta tensión. Ahí es donde vamos a ver qué grado de incidencia tiene la mayor o menor politicidad en la composición del Consejo. A la potestad disciplinaria la Corte la ha tenido parcialmente, pero muchas veces se ha discutido si en el trámite del juicio político era la cámara de diputados, era el senado o era la Corte la que podía suspender provisionalmente a un magistrado. La potestad financiera está estrechamente vinculada con la ley de autarquía financiera del poder judicial, y la potestad reglamentaria la tenía la Corte, así lo decía la propia Constitución. De modo que se le ha segregado a la Corte gran parte de tres potestades. Nunca tuvo potestad seleccionadora, aunque en muchas oportunidades la Corte fue consultada extraoficialmente respecto de ciertos nombramientos de tribunales inferiores, y parece bien que se haya hecho como forma de lograr que el valor de la idoneidad quedara asegurado, valor que la Constitución ya mencionaba en el 16 y reitera ahora en el inciso al que hicimos mención. Creo que esto es una caja de Pandora, no me atrevo a hacer un pronóstico de cómo estas cuatro facultades en manos de este órgano van a entrar en funcionamiento. Creo que es menester mantener el párrafo de la declaración de la Academia que se refiere a la pertenencia al poder judicial, porque por esa vía podemos sostener la recurribilidad de las decisiones ante la Corte Suprema de Justicia, a la cual no se le ha cambiado la denominación y, por lo tanto, no se le ha erosionado su condición de órgano supremo. La doctrina del órgano extrapoder, en los términos en que el doctor Bidart Campos la ha formulado, está vinculada con la idea del "acople", como dijimos la vez pasada, es decir, el órgano extrapoder honesta flotando en el aire, sino que pertenece a alguno de los tres poderes. Es distinto el caso del ministerio

público, en que se ha creado un poder, nos guste o no nos guste, pero tiene, formalmente, la estructura de un cuarto poder. A algunos nos parece exagerado y lo rechazamos, pero el constituyente lo ha querido así. El Consejo de la Magistratura, en cambio, pertenece, por acople, al poder judicial.

Lo que quiero decir, como comentario, es que sólo vemos una parte del iceberg, el resto es un enigma. Creo que es importante señalar la pertenencia al poder judicial, y dejar abierta la recurribilidad ante la Corte Suprema, sobre todo y máxime si el Consejo de la Magistratura se politizara, porque entonces se cumpliría la parte negativa de la profecía, es decir, que en vez ser un órgano destinado a salvaguardar el valor de la idoneidad va a ser un órgano destinado a convalidar los repartos. Con el pretexto del pluralismo político, lo que va a haber es un simple reparto en proporción a las fuerzas políticas del congreso. ◆

EL MINISTERIO PÚBLICO SEGUN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

POR JORGE REINALDO VANOSI (*)

Vexata quaestio, la del Ministerio Público, aunque no tan antigua como la de los llamados “órganos extra poder”, que es una terminología relativamente reciente, y que no está utilizada siempre con el mismo alcance o con el mismo sentido. Eso lo vamos a comprobar después y veremos, entonces, cómo la expresión “órganos extra poder” no es unívoca sino multívoca, lo cual complica enormemente la cuestión desde el punto de vista de poder dilucidar cuál es realmente el status que tiene el Ministerio Público en la nueva Constitución o en la Constitución reformada. Vamos a ponernos primero de acuerdo en cuanto a la terminología: poderes, funciones y órganos. En la Constitución Histórica (y me voy a referir siempre con ese nombre a la de 1853), los poderes del Gobierno Federal eran tres. Las funciones, a partir de la doctrina de la separación de los poderes, se han ido diversificando a tenor de la evolución que ha registrado el Estado. Se han ido diversificando o se han diferenciado para tener más funciones y poder cumplir mejor ciertas funciones. Y otro tanto ha ocurrido con los órganos, ya que puede existir más de uno para cada función. Hay funciones que están repartidas en su ejercicio en una pluralidad de órganos. Esto ha llevado a que en la doctrina constitucional algunos autores traten de reciclar la terminología. Y así vemos por ejemplo que Carl Loewenstein, que ha ejercido tanta influencia en el último medio siglo, hablaba de poder de decisión, de poder de ejecución y de poder de

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 22 de junio de 1995.

control, señalando cómo estas funciones en realidad se repartían en una pluralidad muy grande de órganos que dependían de la complejidad de cada Estado y de la modalidad que cada Constitución quisiera imprimir. Duverger no vaciló en su momento en hablar de otro poder más. El hablaba de un "poder de consulta", para ubicar al consejo económico y social que no entraba o no se ajustaba a los cánones de la división tripartita. Sostenía que había una etapa previa a la decisión que era la consulta: primero se consultaba y después se tomaba la decisión; y que ese poder, de alguna manera y aun sin tener efecto vinculante en sus decisiones, organizaba e institucionalizaba la consulta. Y hay quienes también piensan (o pensamos) que en el Estado actual, donde ha habido tanto crecimiento del poder, y por lo tanto tanta necesidad de vigorizar los controles, hay también una necesidad de acentuar o de enfatizar los mecanismos destinados a hacer efectivas las responsabilidades. De modo que hay órganos que tienen fundamentalmente la función de hacer efectivas las responsabilidades como una secuela del control. Si no, el control sin responsabilidad es como un derecho sin una garantía.

Comenzando por Montesquieu, quizás lo más firme sea lo que él ha dicho y que queda como una verdad insoslayable: "Sólo el poder contiene al poder", o "sólo el poder detiene al poder". De modo que el secreto o la clave de bóveda de la doctrina de la separación de los poderes no está en el reparto funcional de determinadas atribuciones, cosa que ya los griegos hacían y en todos los Estados antiguos existía) sino que lo realmente original está en el mecanismo de control recíproco que requiere la independencia como condición para que efectivamente se pueda contener el poder. Obviamente, para equilibrar al poder, hay que estar dotado de poder. El que no tiene poder, no puede obviamente equilibrar o controlar al poder.

En ese marco de pensamiento, desde la monarquía absoluta hasta la república constitucional, el Ministerio Público ha evolucionado con una sumatoria de roles, que de alguna manera ha sufrido o ha reflejado las transformaciones del Estado y los roles se le han ido sumando o multiplicando. Si aceptáramos que nació en Francia en el siglo XVI, con la figura de una especie de vengador público, que reemplazaba a los delatores (así lo reconoce el propio Montesquieu en el libro sexto, capítulo noveno) tendríamos entonces que el origen del Ministerio Público, por creación del Rey, estaba fundamentalmente en la órbita penal, era un órgano ejecutivo; pero ya en ese entonces representaba intereses que eran de la

sociedad, del pueblo, de la comunidad toda. No era el interés del Rey sino que era el interés del propio pueblo que componía el Rey.

Hoy, a fines del siglo XX, las posiciones se han dividido. Existen todavía algunos, aunque es una tesis bastante desacreditada o en retroceso, que sostienen la pertenencia del Ministerio Público al Poder Ejecutivo. Hoy en día son los menos. Otro sector estima que pertenece al Poder Judicial o es parte del Poder Judicial. Otro sector ha acuñado la expresión de "órgano extra poder" y sostiene que es un órgano independiente pero no es un poder propiamente dicho. Y, por último, hoy tenemos que tomar también en cuenta la tesis de que pueda ser otro poder, un cuarto poder, lo cual no es disparatado decirlo, no como expresión de simpatía sino como mera descripción fotográfica, porque, como vamos a ver, en la nueva Constitución el Ministerio Público tiene, en la ubicación del articulado, el mismo rango que los tres poderes clásicos. De modo que hay cuatro posturas posibles.

En la Argentina el tema es también *Vexata Quaestio*, y el tema no ha sido pacífico: al contrario, muy opinable, materia polémica, y también diríamos materia conflictiva. Ha habido muchos casos resonantes. En 1963 el caso del Fiscal Ouviaña, que motivó un editorial de "La Prensa" el 18 de agosto de ese año, reclamando un esclarecimiento en torno de cuál era el status del Ministerio Público. Y más recientemente, en 1991, el caso Ricardo Cavallero, que era Fiscal de Cámara de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, que ni siquiera fue destituido por decreto sino por resolución ministerial de quien en ese momento era Ministro de Justicia, el Dr. Arslanian, lo que motivó un muy lúcido editorial de "La Nación", del 26 de noviembre de ese año (1991), donde también se reclamaba un esclarecimiento y una rectificación de la práctica que se estaba llevando a cabo.

La doctrina de los órganos extra poder, que después vamos a comentar, fue introducida en nuestro medio por nuestro colega el doctor Bidart Campos allá por 1967-68, cuando publicó su obra *El Derecho Constitucional del Poder*. Pero él le daba a la expresión un sentido muy particular. No cualquier órgano era un órgano extra poder por el hecho de que no fuera uno de los órganos clásicos; es decir, órgano extra poder no significaba un órgano nuevo, significaba un órgano que se *acoplaba* a uno de los poderes existentes en la Constitución. Y él fundamentalmente, pensaba en el Ministerio, en el Gabinete. Sostenía que el Gabinete obviamente estaba "acoplado" al Poder Ejecutivo, pero no era

propriadamente el Poder Ejecutivo, porque el artículo respectivo de la Constitución decía "El Poder Ejecutivo será ejercido por un ciudadano con el título de Presidente de la Nación, etc.", es decir que el Poder Ejecutivo era unipersonal. Esto también era a su vez materia de polémica, porque en el Derecho Constitucional argentino han existido siempre dos vertientes, una mayoritaria que ha sostenido eso, pero también ha habido otra, compuesta por muchos constitucionalistas que han afirmado que nuestro Poder Ejecutivo no es igual al norteamericano y que (vía la Constitución de Cádiz) ha incorporado la filiación francesa de un Gabinete o de un Ministerio que tiene rango constitucional y forma parte del Poder Ejecutivo. Pero lo que quiero remarcar es que Bidart Campos introduce la expresión con esta connotación del *acople*. Después vamos a ver a Sagués, que utiliza la expresión con un sentido mucho más amplio. Y creo yo que en la Convención Constituyente del año pasado, los constituyentes, y especialmente uno de los miembros informantes que fue Masnata, la utiliza con un sentido mucho más amplio todavía. De modo que no es fácil sacar una conclusión respecto de este tema.

De todos modos, si siguiéramos la tesis inicial de Bidart Campos, es decir, el *acople*, podríamos decir que en la nueva Constitución hay otros órganos extra poder que por "*acople*" están en realidad imbricados en algunos de los poderes clásicos: por ejemplo el Consejo de la Magistratura con el Poder Judicial (está en el mismo capítulo, en el artículo siguiente al de la Corte Suprema).

La Auditoría General de la Nación, art. 85 en el capítulo sexto, está acoplada con respecto al Poder Legislativo; otro tanto del Defensor del Pueblo, art. 86, capítulo séptimo, también pertenece al Poder Legislativo. Con respecto al Jefe de Gabinete, capítulo cuarto, sería un "órgano extra poder" pero con *acople* en el Poder Ejecutivo. Y el Ministerio Público, en algunas constituciones de otros países, Venezuela, Perú (y en la Argentina lo inició la constitución de Salta, allá por 1986) también podría decirse que tiene la filiación de un "órgano extra poder".

Quedan en el análisis histórico algunos antecedentes no muy claros, por ejemplo en la Argentina existió el Consejo Económico y Social entre 1972 y 1975, que tenía una filiación curiosa porque asesoraba tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo. Entonces allí tendríamos que preguntarnos ¿órgano extra poder con *acople* a cuál de los dos poderes? ¿Ejecutivo o Legislativo? Esto no está previsto en la doctrina del Dr. Bidart Campos pero es un interrogante que yo dejo planteado.

Pero vayamos un poco adelante, para dilucidar el problema de las funciones. Cumple una doble función. No cabe duda de que el Ministerio Público es tradicionalmente algo más que un auxiliar de la justicia y es también un instituto de control. En los hechos ha funcionado así y por supuesto gran parte de la doctrina ha entendido que esta doble función es algo realmente propio o ínsito en la naturaleza del Ministerio Público.

¿Tiene entonces sentido exagerar el debate, el debate hoy contemporáneo de los últimos tiempos, acerca de si el Ministerio Público debe pertenecer al Poder Judicial o si es un "órgano extra poder" en esta terminología novedosa?. Tiene su importancia, pero yo creo que lo más importante, lo fundamental, no es esa discusión, no es ese debate, donde por supuesto las opiniones están divididas. Ahora, ya *de lege data*, no es lo mismo que hasta hace un año, o menos de un año, *de lege ferenda*, pero sigue habiendo diversidad de opiniones. Para mí el tema fundamental es que el Ministerio Público debe ser ajeno al Poder Ejecutivo; y ese es el dato arcóntico: que sea independiente y ajeno al poder administrador, pues ese es el dato fundamental para que pueda cumplir esos dos roles, es decir, el rol de auxiliar de la justicia y el rol de órgano de control.

¿Cómo está la nueva Constitución en este punto? El artículo que incorpora el Ministerio Público es el artículo 120. La Constitución respeta en líneas generales la división clásica que tuvo nuestra Constitución: Preámbulo, una primera parte con el capítulo que antes era único: Declaraciones, Derechos y Garantías; ahora se le ha agregado un segundo capítulo, Nuevos Derechos y Garantías, y una segunda parte, dividida a su vez en Autoridades de la Nación y Gobiernos de Provincia.

Pero la gran novedad está en el título primero: Gobierno Federal. Antes tenía tres secciones: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, pero ahora aparece la sección cuarta, Del Ministerio Público, que tiene un solo artículo (una sección de la Constitución con un solo artículo: del Ministerio Público) y esto es lo que da pie a algunas opiniones que se han vertido entre agosto del año pasado y ahora (no son muchas todavía), por ejemplo la de Felipe Obarrio sostiene que desde un punto de vista formal estamos en presencia de un cuarto poder del Estado; y desde el punto de vista formal es así, pues hay Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, y el Ministerio Público. Claro está que yo con un poco de ironía pregunto, si así fuera: ¿Quién controla al control? Es decir, volvemos a la discusión milenaria respecto de quién custodia al custodio.

La tradición en los antecedentes constitucionales argentinos ha sido más bien favorable a asimilar, acercar, incorporar, según las modalidades, el Ministerio Público al Poder Judicial. Así, desde el Reglamento de 1813, para la Administración de Justicia, y el Reglamento Provisorio de 1817: estos dos cuerpos iniciales de nuestro derecho patrio les daban estabilidad igual a la estabilidad judicial a los miembros del Ministerio Público. Y después las Constituciones de 1819, 1826, la Constitución del 53 antes de la reforma del 60, cuando al definir la composición de la Corte incluía a los dos fiscales, y la ley 27 que organizó liminarmente nuestra justicia. Sin embargo, la tradición en los antecedentes, que es la que acabo de mencionar, no corresponde del todo con la tradición en los hechos, pues en los hechos y cuando ha habido situaciones de poder, situaciones de crisis o de conflicto, ha habido una fuerte tendencia a afirmar la tesis de la subordinación al Poder Ejecutivo.

A esto ha contribuido, entre otras cosas, la circunstancia de que nunca se sancionó una ley orgánica del Ministerio Público. No existe en la Argentina; es uno de los pocos países del mundo donde nunca se ha sancionado una ley de este tipo y ha habido una gran dispersión, con normas incluidas en distintos cuerpos de leyes. Por ejemplo la ley 1893, que se refería a la organización de los Tribunales, quizás la más importante; la ley 2372, que en uno de sus artículos, el 116 inc.13, se refería al Procurador General y el 114 a la relación de éste con el Ministerio Público. Y otras como la 3367, la 4055 de las famosas Cámaras Federales, la 4162, 8345, 1564, 17.516, 18.345, 19.539, 20.521 y 23.183.

¿Por qué las menciono? Son más de diez leyes donde dispersamente se ha tocado, retocado o alterado el sistema del Ministerio Público.

¿Por qué no prosperaron los intentos de dictar una ley orgánica, que los ha habido varios y reiterados? Por razones fundamentalmente políticas. En la intencionalidad de algunos, la posibilidad de una ley orgánica podía significar un valladar al Poder Ejecutivo. Y aquellos que simpatizan con el "spoils system" obviamente prefieren que el Poder Ejecutivo tenga las manos sueltas para nombrar y remover. Una ley orgánica significaba, en casi todos los proyectos, el acuerdo del Senado. Obviamente al Poder Ejecutivo muchas veces no le ha gustado tener necesidad de seguir el mismo trámite que para los nombramientos judiciales, y además (estas serían razones políticas, razones funcionales), en los hechos, muchas veces ha habido una actuación promiscua del Ministerio Público como Ministerio Fiscal, es decir que ha intervenido en la defensa

patrimonial crematística del Estado en primera instancia. En segunda instancia, la situación ha sido siempre más clara, más transparente, pero la razón fundamental por la cual, por ejemplo, Joaquín V. González, en su momento, como ministro, defendió la tesis de la dependencia hacia el Ejecutivo fue esa: la necesidad de que el Poder Ejecutivo pudiera hacerse valer, pudiera hacerse presente en los juicios a través de alguien que fuera realmente su mandatario.

La mayoría de la doctrina, pese a los antecedentes de hecho, ha ido avalando la tesis de la independencia del Ministerio Público; y en el orden del Derecho Público Provincial, muchas de las Constituciones se han ido inclinando por enfatizar esa independencia, probablemente con criterios distintos: algunas con la doctrina del "órgano extra poder", y otras, como la de la provincia de Córdoba (que es quizás como dice el Dr. Frías, la menos mala de las Constituciones reformadas) le han dado autonomía pero dentro de la órbita del Poder Judicial. En el Derecho comparado, por cierto, se registra una tendencia muy marcada hacia la independencia del Ministerio Público. Frente a esta tendencia actual, lo único que queda de la vieja tendencia puramente ejecutivista, es la fuerza de los hechos. Por lo menos fue así hasta 1994, siguiendo el famoso dictamen de Joaquín V. González del 10 de marzo de 1903, como Ministro del Interior, que después vamos a citar y las opiniones doctrinarias de una parte importante de la doctrina argentina, entre ellos Bielsa, Jofre, Magnasco y Alsina; Jofre incluso llegó a hablar de "la quinta rueda del carro" (creo que esa es la expresión).

Poco antes de la reforma del año 1994, la Corte Suprema sostuvo (simplemente así, al pasar) la plena independencia funcional del Ministerio Público respecto del Tribunal ante el que actúa, en lo que hace a la determinación de los alcances y modalidades del dictamen requerido; y agregó que esa independencia configura una condición insoslayable para el adecuado cumplimiento de su misión de preservar el orden público y procurar la defensa del orden jurídico en su integridad (caso "Lamparter contra Valdo", del 6 de octubre de 1992, uno de los pocos pronunciamientos de la Corte en los últimos tiempos sobre ese tema).

¿Cómo actúa todo esto frente a la función de control, que parece ser la que más se ha dilatado en el Estado moderno como una función no exclusiva pero propia del Ministerio Público? Para que realmente funcione el control, para que pueda haber control propiamente dicho, hay tres presupuestos: Uno, es la independencia del controlante respecto

del controlado. Nadie puede controlar a aquél con respecto al cual está sometido. Esto es obvio. Segundo, que el ámbito de lo controlado sea suficientemente importante y gravitante. Si el control recae sobre lo nimio, sobre lo secundario, sobre lo superfluo, no hay control. Y tercero, el acceso a la información, es decir la posibilidad del conocimiento para poder ejercer el control y tener iniciativa en la puesta en funcionamiento del control.

Si analizamos conjuntamente estos tres presupuestos, vemos que la clave reside en la independencia del órgano. ¿Qué quiere decir esto? No dependencia orgánica del Poder Ejecutivo, no interferencia o instrucciones de otro Poder (cualquier Poder) y no instrucciones de otros órganos que podrían reportar o estar en esa relación de "acople" con respecto al Poder Ejecutivo. Esto es obvio si se quiere rescatar la función de *control*. Quizás no tan obvio o tan necesario para la función de *auxiliares* de la administración de justicia o del Poder Judicial.

¿Cómo opera esto desde el punto de vista de la focalización del Ministerio Público en el mundo del Estado y de la sociedad? ¿A quién representa el Ministerio Público? Hoy en día la mayor parte de los autores responden lo mismo: representa a la sociedad, pero a la sociedad *in totum*. Ahora, ¿representa a la sociedad a efectos de qué? Porque todos los Poderes del Estado, todos los órganos representan a la sociedad, directa o indirectamente. *Primero*: Habría consenso en que es a los efectos de llevar adelante la vindicta pública o persecución penal. *Segundo*: controlar la regularidad de las causas o procesos. *Tercero*, que serían un desenvolvimiento amplificado de lo anterior, la vigilancia del imperio de la legalidad (por ejemplo custodio del orden público, lo han dicho todas las leyes; custodio de la competencia, que se respeten los repartos de competencia). *Cuarto*: no puede ser ajeno al control de constitucionalidad. En algunos casos su dictamen ha sido obligatorio aunque no vinculante, por ejemplo el del Procurador General con la Corte Suprema en los tiempos de la República. Y en *quinto* lugar: cumple funciones pupilares, es otro aspecto que por lo general ha recaído en cierto sector del Ministerio Público. Por lo tanto son tales las representaciones de la sociedad que asume el Ministerio Público. Estoy mencionando ejemplos de tesis restrictivas, no de las tesis que *de lege lata* quieren transformar al Ministerio Público en un poder Social (que ya hay autores que hablan de eso), pues me estoy manejando nada más que con la doctrina y los parámetros clásicos. Pero con estos solos puntos mencionados la independencia tiene que ser doble. Por un lado, la independencia de los demás órganos

y poderes, y la independencia de las lealtades partidarias. Es decir que el Ministerio Público no puede estar incurso en un sistema de lealtades partidarias que lo limite. Y digo esto a los efectos de anticipar mi opinión contraria a los que (en nuestro país ya hay varios) sostienen que tendría que tener carácter popular y que los miembros del Ministerio Público tendrían que ser de origen electivo. Creo que sería prácticamente incompatible en los hechos, porque se politizaría de una manera tal que quedaría desvirtuado su rol de independencia.

De modo que debe hacer una doble independencia, no sólo de los poderes sino también de los partidos políticos. Y para asegurarlas serían decisivos y decisorios los mecanismos de designación y promoción por un lado, y, también, los mecanismos para la remoción. Como vamos a ver después, la gran falencia del nuevo artículo 120 está precisamente en este punto. Ese mismo fallo de la Corte que recién citaba (del caso "Lampater") contiene un voto aparte de los Dres. Levene, Cavagna Martínez, Barra y Petracchi (recuerdo que es dos años antes de la reforma) que dice así: "Ya que es un órgano de control de la legalidad y no un órgano de tutela social, pues el interés que lo guía es el de que se observe la ley en sentido puramente objetivo y no el de hacer valer en la causa como materia de juicio derechos subjetivos y otros intereses de orden social". Esta tesis, más restrictiva aun respecto de los roles del Ministerio Público, ha quedado desbordada por la reforma. Pero aun en esta tesis que parecería ser la más restrictiva, es decir que el Ministerio Público no sería el portador de derechos subjetivos ni representante de intereses de orden social (aun con esta tesis) la doble independencia que señalo en este acto creo que sería absolutamente necesaria.

Sin embargo, los pasos legislativos inmediatamente anteriores a la reforma Constitucional no se orientaban en ese sentido. La sanción del nuevo Código Procesal Penal por ley 23.984, introduciendo el juicio oral y público, creó respecto del Ministerio Público una situación bastante crítica. El diario "La Nación" le dedicó también un lúcido editorial el día 2 de octubre de 1991, del cual quiero leer simplemente dos párrafos que creo que resumen la cuestión. Decía el diario "La Nación": "De este modo, con los fiscales en situación de dependencia del Poder Ejecutivo, podría darse el caso de que la decisión de dar por concluido o no un proceso penal quedara en manos del poder político, contrariando el principio clásico de la división republicana de poderes, sin olvidar que en un sistema de exiguos recursos materiales y sobrecarga permanente de trabajo para los magistrados la labor de apoyo del querellante particular resulta altamen-

te beneficiosa para el esclarecimiento de los hechos delictivos y el avance de los procesos inadecuados". Y agregaba: "Por otra parte, esa dependencia del Ministerio Público respecto del Poder Ejecutivo no brinda iguales garantías que en el caso de su pertenencia a la órbita del Poder Judicial. El mecanismo de controles cruzados y recíprocos entre los tres poderes del Estado es de la esencia del constitucionalismo moderno. La visión ahora consagrada transforma al representante del Ministerio Público en un funcionario más administrativo que judicial, más sensible por lo tanto a los intereses de la política que son siempre cambiantes, que a los de la justicia que son de naturaleza permanente. Como titulares de la acción pública, los fiscales se deben a la constitución y al orden republicano antes que al Poder Ejecutivo. Se diría que la acción pública pertenece al pueblo y no es facultad del Poder Ejecutivo".

Veamos qué dice el artículo 120: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un Procurador General de la Nación y un Defensor General de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones". Termina allí el artículo 120.

Se plantean varias preguntas: ¿Es un órgano bicéfalo, porque habla del Procurador General y de un Defensor General de la Nación y de los demás miembros que la ley establezca? Probablemente la separación entre Procurador General y Defensor General es para que unos acusen, los fiscales que responderían al Procurador General; y otros defiendan, que serían los defensores y responderían al Defensor General; pero esto tendría que decirlo la ley. ¿Qué es el Defensor General de la Nación, con respecto a las magistraturas preexistentes, que hoy todavía subsisten? ¿Dónde ensambla la figura del Defensor ante la Corte Suprema: ¿Dependerá del Procurador General o será independiente?

Es decir, que son muchos los interrogantes que recién van a quedar dilucidados con la ley reglamentaria. Pero ¿y mientras la ley no se sancione? ¿Qué es lo que puede decirse del artículo 120? Puede sostenerse que este artículo es, en la medida de lo posible, una norma operativa. Para ciertos efectos tiene operatividad porque establece algunas cosas concretas. Para otros no. Podría decirse que mientras la ley no disponga lo contrario este artículo de alguna manera abona la tesis de la estabilidad,

aunque no lo diga expresamente. Y también podría sostenerse que el Ministerio Público y especialmente su cabeza, al ser ahora un poder del Estado, formalmente tendría facultades autoreglamentarias como tiene la Corte Suprema que dicta su reglamento, o el Poder Ejecutivo, o por supuesto el Congreso, ¿Por qué no el Ministerio Público, si es también un Poder del Estado, formalmente hablando?

Pero la ley no está, y la Constitución en este caso no le fija plazo ni mayoría especial al Congreso para la sanción de la ley orgánica del Ministerio Público, como lo hace en otros casos. Por ejemplo, para el tema de la Ciudad de Buenos Aires (aunque ya se ha violado el plazo porque venció). Pero hay plazo y mayoría especial para la ley de coparticipación, hay plazo para la regimentación del nuevo derecho de iniciativa popular. No hay plazo para el Ministerio Público.

Mientras tanto, ¿qué hay? Desde la sanción de la Constitución hasta el día de hoy, hay dictámenes de la Procuración del Tesoro, a la cual algún Ministerio le ha remitido en consulta el tema del Ministerio Público. Y rescato dos. Un dictamen el 23 de septiembre de 1994, expediente 96.107, donde opinó que el principio de independencia del Ministerio Público constituye un postulado directamente operativo. Allí estimó el Dr. García Lema que el principio de independencia del Ministerio Público constituye un postulado directamente operativo de la Constitución Nacional, en la medida en que el precepto de este artículo 120 aparece dotado de una claridad y precisión tales que permiten afirmar que esa cláusula es inmediatamente aplicable, aun cuando esté dentro de un contexto de normas programáticas que hacen menester el dictado de una ley. El tema que motivó este dictamen era una cuestión de régimen remunerativo, donde el procurador dictaminó que no correspondía innovar y que se mantenía el régimen remunerativo vigente para el Ministerio Público. Pero con posterioridad, el 23 de diciembre de 1994, expediente N° 96.781, dictamen 165, dice que ninguna referencia contiene la nueva Constitución Nacional sobre la inamovilidad de los miembros del ministerio público, que en cambio está expresamente contemplada para los magistrados judiciales en el artículo 110. La voluntad del constituyente no puede interpretarse sino en el sentido de independizar al ministerio público tanto respecto del poder ejecutivo como del poder judicial.

No hay entonces una doctrina clara, certera. Por un lado se defiende la independencia del Ministerio Público, pero se dice que no hay norma que establezca la inamovilidad; habrá que esperar entonces los futuros dictámenes que precisen más el punto, o que la ley finalmente resuelva

la cuestión. En mi opinión, el lenguaje del artículo 120 debe ser analizado en el contexto de muchos de los otros artículos nuevos que tiene la Constitución, y mi modesta opinión es la misma, el lenguaje es un lenguaje esquizofrénico, es decir, hay una dualidad, una disociación del lenguaje. Se enfatiza muchísimo algo y luego se lo desmerece o contradice. Acá, quizá no en contradicción, pero sí con silencios. Por ejemplo, hay afirmaciones muy rotundas: "autonomía funcional", "autarquía financiera", "inmunities funcionales de los miembros del ministerio público". Esto quiere decir que han seguido el mismo régimen que para el defensor del pueblo (artículo 86), al cual le han dado las mismas inmunities que a los legisladores. Y, por último, la intangibilidad de las remuneraciones: esto quiere decir que lo equiparan a los jueces desde el punto de vista del viejo artículo que dice que en concepto alguno se puede disminuir. Pero este lenguaje tan enfático por el sí, ya no es tan enfático cuando dice (después de señalar las funciones y la independencia, y la autarquía, y la autonomía) que actuará en coordinación con las demás autoridades de la república. Alguien que tiene que actuar en coordinación con las demás autoridades de la república ¿Hasta dónde es independiente, hasta dónde es autónomo, hasta dónde autárquico?

Nada dice la Constitución sobre la designación de los miembros del Ministerio Público, ni de la del procurador general, ni de la del defensor, ni de la de los demás miembros: fiscales, etc.

Nada dice respecto de la estabilidad o de la duración en el cargo. Todo esto ha quedado remitido a la ley. Entonces pienso cuando leo las partes positivas, que "cuando la limosna es grande hasta el santo desconfía". Es decir, que esas cuatro afirmaciones rotundas, positivas, son positivas por cierto, pero han omitido consagrar la estabilidad que es la garantía para que funcione todo eso otro. ¿De qué valen la autonomía funcional, la autarquía financiera, las inmunities funcionales y la intangibilidad del sueldo, si no tiene estabilidad en el cargo?

Por eso no basta con proclamar autonomía funcional e inmunidad funcional. En todo caso, esas expresiones, ya que no se refieren a la estabilidad, hay que entender que aluden a la no subordinación y a la no dependencia jerárquica, que son cosas distintas.

Puede no estar subordinado, puede no tener independencia jerárquica, pero puede no ser inamovible. Y ha quedado abierta la puerta a un doble peligro; peligro que no es delirio mío, sino que surge del propio debate en la convención constituyente. El peligro es que la ley establezca la periodici-

dad en las funciones del ministerio público (varios constituyentes abonaron esa tesis). Otro peligro es el régimen de remoción lisa y llana.

Al margen de lo estrictamente troncal, quiero comentar que este artículo 120 fue incorporado a la Constitución a último momento, el último día; y que incluso en el trámite formal del artículo no se respetó el reglamento de la Convención Constituyente que preveía un mecanismo de filtro que iba de comisiones especiales a una comisión redactora general, y esa comisión redactora general no podía apartarse de los despachos de las comisiones parciales. Lo que podía hacer era unificarlos, retocarlos, compatibilizarlos. Aquí lisa y llanamente la comisión redactora general o final reemplazó el texto de la comisión especial (de la comisión parcial). Es decir, que no se cumplió el mecanismo previsto en el reglamento; y según uno puede colegir del análisis y del debate este artículo fue una transacción política más de las muchas que hubo en el seno de la Convención Constituyente. De modo que esto fue una concesión, y como toda concesión ha salido con un lenguaje ambiguo, al gusto del intérprete, que va a ser en este caso el legislador.

Creo que en ese marco y en esa atmósfera hubiera sido preferible su inserción o equiparación lisa y llana con el Poder Judicial. Recordando un poco a Nicolás Avellaneda, cuando en su desempeño como Ministro de Justicia del Presidente Sarmiento dijo en la Memoria Ministerial de 1871: "La necesidad de esta función y de este funcionario que complementa en cierto modo al Juez y determina su acción". Es decir, hubiera sido preferible una posición más modesta, pero más clara y más sincera, que una posición tan ostentosa como la del 120, pero al mismo tiempo tan ambigua y que se presta a tanta contradicción.

De lege ferenda yo creo que los constituyentes perdieron la oportunidad de procurar una reordenación que se hubiera orientado o dirigido a buscar mayor separación y precisión en los roles que están en juego. O sea, por un lado rescatar la figura del Procurador General como cabeza del Ministerio Público, darle neta independencia con garantías propias del Poder Judicial como lo era antes de la ley de aumento de los Jueces de la Corte, que fue cuando perdió su status de independencia judicial. Por otro lado, resaltar la figura del Procurador del Tesoro que desgraciadamente tampoco tiene una ley orgánica que regule todo el sistema, como cabeza del Ministerio Fiscal, o Jefe del Cuerpo de Abogados del Estado, y como Mandatario Legal del Poder Ejecutivo. Y crear la figura del Consultor General, que existe en otros países, como un asesor principal, consejero del Presidente, que cumpla esa estricta función, como cargo de confianza del titular del Poder Ejecutivo.

No lo han hecho los constituyentes así, pero la ley todavía tiene oportunidad de establecer un régimen con esos caracteres. Lo que no puede hacer la ley es cubrir las omisiones de la Constitución. En este tema son las siguientes y pido disculpas si se me ha escapado alguna. Las que yo registro son: Artículo 53: Es el ex artículo 45 referido al derecho de acusación de la Cámara de Diputados para promover el juicio político, que lo han modificado (son artículos modificados por el mismo constituyente que ha incorporado el artículo 120 del Ministerio Público). Incluye al Jefe de Gabinete pero se olvida del Ministerio Público. Tampoco en el artículo 59, que se refiere al Senado cuando sustancia el juicio político, menciona al Ministerio Público. Artículo 115: Sólo los jueces de los Tribunales Inferiores serán removidos por el tribunal de enjuiciamiento. No se incluye al Ministerio Público en el mecanismo del Consejo de la Magistratura del artículo 114. El Ministerio Público no participa en la conformación ni en la elección de los miembros del Consejo de la Magistratura, que es tema de debate en estos días (no existe el Ministerio Público a los efectos de este Consejo de la Magistratura). Y el artículo 99, inciso 4º: No se menciona entre los nombramientos judiciales que el Presidente efectúa con el acuerdo del Senado al Ministerio Público. Es decir, el Ministerio Público obviamente ha sido desprendido del mecanismo del acuerdo del Senado y entonces se abre el interrogante de si la ley puede o no establecerlo. Vieja polémica, ya sabemos, en la que algún autor sostenía que la ley no podía crear requisitos que no estaban en la Constitución. Es el caso de la opinión de Bielsa en su momento; y que llevó a que el gobierno de 1973, el gobierno de Cárpora, dictara una norma por la cual se eliminaba el acuerdo del Senado para todos los cargos que no fueran cargos previstos en la Constitución, directorios de Bancos, etc. Por último, quiero añadir en este aspecto que la nueva Constitución tampoco hace mención del Fiscal y de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, que han caído en el olvido; por lo que el silencio deberá ser cubierto por la ley orgánica del Ministerio Público o por una norma que específicamente resuelva el tema Fiscalía, cuyo perfil ha quedado totalmente desdibujado a partir del momento en que su titular y los adjuntos pudieron ser removidos por decreto.

¿Qué se puede esperar entonces? Primero, se puede esperar que la ley mitigue las tendencias hiperejecutivistas de los últimos años, a tenor de este artículo 120, que en la intencionalidad política parecería indicar lo mismo: mitigar la tendencia hiperejecutivista. Y para esto bastaría con acoger buenos antecedentes nacionales, que los hay. Además de los ya conocidos, recordemos las costumbres, la tradicional imbricación de los miembros del Ministerio Público en la carrera judicial: pasar

por el cargo de Agente Fiscal, o Fiscal o Fiscal de Cámara era la etapa indispensable para el ascenso. *Segundo*, su inclusión en las leyes de organización de la justicia; así fue con la ley 1893, con la 4055, con el famoso decreto ley 1285 del 58, con la ley de la organización de la justicia del trabajo y también con el Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial y el Código de Procedimientos en lo Penal. *Tercero*, el régimen de remuneraciones, que siempre ha estado dado en relación con el de los jueces. *Cuarto*, la Superintendencia del Tribunal ante el cual actuaban, con alguna instancia de revisión ante el Tribunal Superior. Esto ha sido siempre así en la buena doctrina, desde el dictamen del año 1924 del Procurador General de la Nación Rodríguez Larreta, reafirmando que la Superintendencia la tenía el Tribunal ante el cual actuaba o el Tribunal superior a ese. Y esto la Corte lo avaló en varias oportunidades, la última es una Acordada de "Fallos" 272-209, de la Corte de la época de Risolía y Ortiz Basualdo: era la Corte y las Cámaras las que ejercían la Superintendencia. Y *quinto*: recordar que los Fiscales han sido reemplazantes de los jueces, a causa de recusaciones o excusaciones. En el interior, en los Juzgados Federales de Primera Instancia, en muchos casos el Juez ad hoc ha sido el Fiscal. Creo que son antecedentes importantes. ¿Es ésta una cuestión meramente teórica? ¿Es una cuestión abstracta? No. Porque de los roles que tiene el Ministerio Público, la mayor parte conciernen a la sociedad en forma muy directa. Y me parece oportuna una observación que hacía el Dr. Sagüés hace cuatro años, en 1991, en un artículo publicado en "La Nación" el 29 de agosto: "En la medida en que se otorguen más atribuciones a los Fiscales, más importante es saber y resolver bajo qué poder están" y luego de resaltar la necesidad de autonomía, advertía "que de no haber tal independencia funcional es harto riesgoso conferir a éstos poderes mayores de los que hoy tienen". Y tiene razón Sagüés: si le damos mucho poder al Ministerio Público, pero el Ministerio Público es un poder dependiente, eso es peligroso; en todo caso, si el Ministerio Público no va a tener independencia que tenga pocos roles, pocos poderes, porque entonces va a ser menos peligroso para la sociedad. En fin, más allá de nuestras vicisitudes institucionales siempre quedaría en pie para abrigarnos el artículo 33 de la Constitución, que sigue vigente, cuando proclama los derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno. Porque obviamente una sociedad, un pueblo políticamente hablando, requieren de la existencia de un Ministerio Público, es decir, que hay un derecho a tener un Ministerio Público, porque las funciones que éste cumple con inherentes a la relación que media entre la sociedad y la separación de poderes. Si aceptamos una sociedad democrática y un

régimen republicano con separación de poderes y una justicia independiente, va de suyo, por añadidura, que tiene que haber un Ministerio Público independiente.

Por último, algunas consideraciones finales de balance de una experiencia que es más que centenaria. ¿Qué se puede decir de lo acontecido en esos cien años, hasta el año pasado, hasta la sanción de la reforma constitucional? Yo sacaría cuatro conclusiones: desorden, confusión, ambigüedad y dualidad.

Desorden por el caos y la dispersión legislativa, una verdadera anarquía normativa, ausencia de ley orgánica.

Confusión por la ubicación institucional del Ministerio Público, que el Poder Ejecutivo, que el Poder Judicial, que sea independiente, que sea extra poder, en la nueva figura que se ha utilizado.

Ambigüedad: la propia Corte Suprema ha sostenido esa ambigüedad al decir que el Fiscal de Cámara no es simple funcionario, que es un magistrado judicial, pero al mismo tiempo ha admitido que los agentes fiscales están en una situación distinta y eran removibles por el Poder Ejecutivo. La Corte ha declarado enfáticamente la pertenencia del Fiscal de Cámara a la Magistratura Judicial en varias oportunidades, la última que tengo registrada es el caso "Nación contra De Lena", en "Fallos" 278-240 (que es también la corte de Risolía y Ortiz Basualdo). Parece que es la tesis correcta; pero hay otros fallos referidos a los atentes fiscales en primera instancia, donde ni siquiera les han admitido la protección del 14 bis., de la estabilidad en el empleo público; diciendo y sosteniendo que podían ser cesanteados y que sólo había revisión judicial en un caso de manifiesta arbitrariedad (caso "Gentile-Pace", "Fallos" 256-546, que es la corte de Imaz). Estamos ante una situación de ambigüedad muy notoria.

Dualidad, reconocida por el propio decreto ley 1285 de 1958 en el cual, una era la situación del fiscal de cámara (que venía desde la ley 1893, arts. 121 y 123 y la ley 4055, art. 13) y muy otra era la situación de los agentes de primera instancia.

¿Por qué esta situación de ambigüedad, de dualidad de confusión? La explicación ha sido siempre la misma y está de alguna manera en la famosa resolución de Joaquín V. González, en 1903: porque no sólo deben representar el interés de la sociedad *in totum*, sino también al que se corporiza en el Poder Ejecutivo a través de la defensa patrimonial del

Estado. Ese ha sido el pretexto, el argumento o el justificativo para esta situación de ambigüedad. Sí, deberían ser totalmente independientes, pero como en primera instancia tienen que representar también al interés patrimonial del Estado, obviamente allí son mandatarios y no pueden tener independencia. Esto está bastante claro en la opinión de Bielsa: "Se confunde frecuentemente no sólo la esencia de la institución del Ministerio Público, sino también y como consecuencia de ello la naturaleza y objeto de las funciones". Según Bielsa: "Tanto la persecución en la esfera judicial de la delincuencia, ejercicio de la acción pública, como la defensa del fisco, ejecución de las acciones fiscales o relativas a la gestión administrativa jurisdiccional en el orden financiero, son funciones político ejecutivas las más y administrativas las otras, pero no funciones judiciales". Y después agrega: "El Ministerio Fiscal no puede pues tener el grado de independencia que podría tener el Ministerio Público, porque aun cuando reciba su mandato de la ley debe proceder en todo conforme a las instrucciones del poder administrador". Es decir, que la posición de Bielsa está en función de la situación legislativa. Como promiscuamente ocupa las dos funciones, Ministerio Público y Ministerio Fiscal, debe predominar el rasgo del Ministerio Fiscal por sobre la independencia del Ministerio Público. Si estuvieran abiertamente separados en dos cuerpos distintos y diferenciados, sería otra cosa. Esto es lo que podríamos llamar en caso hermafroditismo innecesario, pero existente, en el Ministerio Público.

Pero el art. 120 que algunos sostienen, como García Lema, que puede ser operativo, nos cambiaría las cosas. Y en esto algo habríamos avanzado. Nombra las funciones y dice que "tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad". ¿Cuáles son los intereses generales de la sociedad? No los define aquí el constituyente. Pero hay otro artículo, nuevo, el 43 que se acaba de incorporar, donde el constituyente ha recogido los que comúnmente se llaman intereses difusos (otros autores los llaman derechos colectivos) y que el constituyente, llama derechos de incidencia colectiva. Y dice este artículo: "Podrán interponer la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo, y las asociaciones que propendan a esos fines, registrados conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". No menciona al Ministerio Público, pero menciona al defensor del pueblo. Entonces: ¿son o no son los intereses generales de la sociedad (el art. 120) los intereses de incidencia colectiva o intereses difusos del art. 43?

Aparentemente no. Lo ha pedido así el constituyente, o en el sobresalto de la sanción ha escapado a la pulcritud del texto ese tipo de consideración. Nos queda la duda.

Sólo lo podremos resolver más adelante.

Hoy la confusión subsiste, aunque el tema del ministerio público gira sobre otra órbita. Y quiero puntualizar esto: es el único órgano que no está incluido en uno de los tres poderes, como queda claramente señalado. Por la Constitución es un nuevo poder, pero por la ley de convocatoria a la Convención Constituyente podría ser un órgano pero no un poder, y esto merece una consideración. Esta convención del año pasado fue convocada por la ley 24.309, que distinguía claramente entre el núcleo de coincidencias básicas y los temas habilitados. El tema que nos concierne hoy está entre los temas habilitados. El artículo tercero decía: Se habilitan también para su debate y resolución de la convención constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación, a tal efecto la convención constituyente podrá: a) modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108. b) incorporar un nuevo capítulo a la Constitución Nacional con cuatro artículos a la primera parte, un nuevo capítulo a la segunda parte de la Constitución Nacional con cuatro artículos, y un nuevo inciso al artículo 86 de la Constitución Nacional. c) sancionar las disposiciones transitorias necesarias. En todos los casos esa habilitación está referida a lo siguiente: (y vamos al punto g) Ministerio Público como órgano extra poder"; y dice: "por habilitación de un artículo a incorporarse en la segunda parte en el nuevo capítulo". Esto nos está indicando que la terminología "extra poder" la hizo suya el legislador al ejercer el poder pre-constituyente. También nos está indicando (aunque esta no sea una consideración atinente al tema que hoy nos convoca) que realmente no creemos que en la historia universal haya existido una convención tan maniatada como ésta, porque el artículo que acabo de leer le dice la cantidad de artículos, en qué capítulos y lo único que le falta decir es con cuántas palabras, o con qué extensión tenía que introducir los temas habilitados. Estamos hablando no de los temas del núcleo de coincidencias básicas, que era un container frente al que debía decir sí o no, *in totum*, sino que estamos hablando de los temas donde tradicionalmente nadie ha discutido que el Poder Constituyente puede decir sí o no, o puede decir dentro del sí lo que quiera, es decir cambiando la redacción, cambiando el contenido o cambiando la ubicación. No: aquí, aun en los temas habilitados, el margen de incumbencia de los constituyentes era prácticamente inexistente, es decir que aquí también tenían que decir sí o no.

En tercer lugar, en este artículo que hemos analizado, el Ministerio Público tiene autonomía pero debe ejercer sus funciones en coordinación con las demás autoridades de la República. ¿Qué quiere decir esto? Uno de los constituyentes dijo en el debate que esa era la política: debía seguir la política persecutoria del Estado. No sé qué es la política persecutoria del Estado, pero me parece de todos modos muy peligroso que el Ministerio Público tenga que seguir la política persecutoria del Estado, aunque sea la política criminal del Estado (eso es otra cosa, pero no está claro). Hubo otro constituyente que dijo a propósito de lo que acabamos de leer del artículo 3º, g, de la ley 24.309, que el Congreso también fue constituyente cuando habilitó el tema: que tenía derecho el constituyente a fijar esas limitaciones. ¡Eso fue dicho en la Convención Constituyente! Los miembros informantes de la mayoría fueron los doctores Masnata y Jorge de la Rúa, de Córdoba. Masnata se resistía a la "palabreja" (la llamó así "palabreja extra poder"), que finalmente no se incluyó en el texto de la Constitución. O sea que "extra poder" está en la ley de convocatoria pero no está en la Constitución. Se la adjudicó al Dr. Sagüés y señaló Masnata: "tal vez no es una terminología apta para ser incluida *expressa verbis* en el lenguaje de la Constitución, pero su significación semántica es fácilmente alcanzable. Se requiere expresar que no tiene que estar sometido al Poder Ejecutivo y tampoco al Poder Judicial, ya que tiene que actuar con independencia de los dos". Yo pregunto ¿qué es ahora el Ministerio Público? ¡Está en el limbo!

Sigo creyendo que el lenguaje de los constituyentes (no sólo es este punto) ha sido, y utilizo la expresión en el sentido médico, esquizofrénico. Como en todos los casos análogos, el legislador ordinario, es decir el que va a dictar la ley orgánica, podrá actuar en los hechos como un verdadero constituyente. El Ministerio Público, por su parte, va a quedar a disposición de los criterios cambiantes del legislador, porque si el legislador sanciona la ley orgánica, otro legislador podrá modificar la ley orgánica por simple mayoría de votos. Y si un legislador le da estabilidad, otro legislador le podrá quitar la estabilidad por simple mayoría de votos. Si un legislador fija un mecanismo de nombramiento, ascensos y remociones, otro legislador podrá fijar otro mecanismo de nombramiento, ascensos y remociones. O sea, que el Ministerio Público va a depender de las mayorías políticas circunstanciales, ya que esa ley no requiere de mayorías especiales para su sanción. Mi pregunta es si en estos términos se contribuyó realmente a la seguridad jurídica. Tengo mis dudas. En los últimos tramos de esta breve comunicación, he remarcado dos expresiones que a mis colegas les habrá llamado la atención: limbo y esquizofrenia.

¿Qué dice el diccionario de la Real Academia sobre "limbo"? Hay varias acepciones: lugar donde están detenidas las almas de los santos esperando la redención del género humano. Remarco: esperando la redención. Otra acepción: estar distraído y como alelado o pendiente de un suceso sin poder resolver. Subrayo: sin poder resolver. Otra acepción: lugar donde van las almas de los que antes del uso de la razón mueren sin el bautismo. Subrayo: mueren.

¿En qué situación quedará el Ministerio Público?

Esquizofrenia: se caracteriza (dice el diccionario de la Real Academia) por una disociación específica de las funciones psíquicas, que conduce a una demencia incurable. Dicen los psicólogos que hay lenguaje esquizofrénico cuando se utiliza como mecanismo de disociación. Se afirma blanco y se sostiene negro.

And the last but not the least: doctrina u órgano "extra poder", teoría del "acople" de Bidart Campos o cualquiera de las tesis, incluso la del Dr. Obarrío que sostiene un cuarto poder. ¿Es así? Recuerdo la frase de Giscard d'Estaing cuando decidió apoyar a De Gaulle en la reelección: "*Si, pero...*".

Acá es al revés. No, no hay acople porque obviamente es un poder independiente, pero... El lenguaje esquizofrénico puede llevar a un punto en que no sólo no sea un poder del Estado sino que ni siquiera sea un órgano independiente en cualquier otra estructura que lo ubiquemos, porque el marco de posibilidades que tiene la ley orgánica a dictar es prácticamente infinito. El constituyente ha procedido tan insensatamente como si hubiera creado un Poder Legislativo sin fijar su composición.

Creo entonces que la pregunta que queda pendiente, y no tengo respuesta por hoy, es la siguiente: con la reforma de 1994, ¿el Ministerio Público ganó o perdió? ◆

SOBRE EL ORIGEN HISPANICO DEL SISTEMA JUDICIALISTA Y DE OTRAS INSTITUCIONES DEL DERECHO PUBLICO IBERO- AMERICANO Y COMPARADO

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

SUMARIO: I. El divorcio entre la historia de las instituciones y los principios de cada sistema jurídico. — II. Un error inicial que conduce a conclusiones erróneas por la falsedad de la premisa. Principales diferencias entre el sistema judicialista de iberoamérica y el modelo norteamericano. — III. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812. — IV. Un punto de partida en el antiguo derecho hispánico: el concepto de ley fundamental. Observaciones sobre la concepción normativa de las constituciones. — V. La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras instituciones fundamentales del derecho iberoamericano y europeo.

I. El divorcio entre la historia de las instituciones y los principios de cada sistema jurídico

Algunos suelen suponer, sin preguntarse acerca de su origen, que el derecho está integrado sólo por las normas que integran el ordenamiento positivo, siendo, sin embargo, cada vez más los que incorporan los principios y valores que lo informan, dándole así sentido y fundamento. Lo que ocurre en el mundo jurídico es un fenómeno bastante complejo y no todos parecen estar conscientes de hallarse en medio de una discusión cuyas raíces se encuentran en el fondo de la filosofía del derecho y que ella, por su

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Juan Carlos Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de agosto de 2005.

irreductibilidad, resulta difícil de superar mediante una síntesis o consenso doctrinario (1), al menos hasta ahora. Mientras los realistas siguen creyendo en el ser, en los fines, en la substancia de las cosas y en los valores, sobre la base de la búsqueda de la verdad (2), otros parten de la idea, forjada por el pensamiento del hombre, para pasar recién después al reconocimiento de la existencia. A partir de este punto de inflexión (una verdadera vuelta de campana), la evolución del pensamiento jurídico, que recibe las influencias de todas las corrientes filosóficas y lógicas, (vg. Kant, Nietzsche y hasta los pensadores más modernos) inició una etapa de apartamiento del mundo de los valores y, en definitiva, de los principios de la justicia. En ese escenario, Kelsen intentó construir una gran pirámide jurídica prácticamente en el aire, pues la norma básica en que se apoya (debe ser lo que digan los padres de la patria) no es de naturaleza normativa ni jurídica sino sociológica o política y no contiene valor alguno. Esta tesis consolidó una lógica formal que atrajo a muchos juristas amantes más de los sistemas lógicos o matemáticos (estos son más modernos) que no advirtieron que un sistema normativo divorciado de la justicia, sin principios generales del derecho ni antecedentes históricos que le sirvan de soporte, no sólo justificaba cualquier sistema totalitario (como los regímenes nazi, soviético y cubano), sino que carecía de destino y terminó desmoronándose.

Al fin y al cabo, si el positivismo legalista ha perdido vigencia en el mundo, no puede decirse lo mismo del movimiento iusnaturalista que, con sus matices y diversidades, ha culminado su desarrollo articulando los principios del derecho natural (3), a través de una evolución adecuada a la realidad que exhibe cada país. En esta línea, la fuerza expansiva (4) de los

(1) Como el intento de Carlos Santiago Nino para superar la controversia entre positivistas e iusnaturalistas; véase al respecto: CARRIO, Genaro R., *Un intento de superación de controversia entre positivistas e iusnaturalistas*, p. 9 y sigtes., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.

(2) Que aun cuando no es relativa encierra la paradoja de que el ser humano no puede considerarse dueño absoluto de ella y debería siempre estar dispuesto siempre a reconocer el error en que está inmerso.

(3) Véase, entre otros, las obras de FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. del inglés, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000 y VIGO, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Depalma, Buenos Aires, 2000 e Interpretación Jurídica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.

(4) Expansión que también se ha producido en el ámbito de derechos regidos, en mayor medida, por ordenamientos positivos, como el procesal administrativo; en tal sentido, GARCIA PULLES, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II, p. 671 y sigtes., Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

principios generales del derecho ha sido notable y sólo una gran ceguera impediría ver que este fenómeno se ha producido en todo el mundo.

Ahora bien, la necesidad de tener en cuenta los elementos reales de las instituciones del derecho público exige el conocimiento de la historia y de las concepciones filosóficas y políticas prevalecientes en los diferentes momentos históricos porque si bien "el futuro no puede ser definido por el pasado" (5) lo cierto es que el estudio de las fuentes no sólo arroja luz sobre el sentido y el comportamiento de los sistemas sino que revela las contradicciones interpretativas, que son, muchas veces, causa del derrumbe o de la mutación de los modelos que oscilan al compás de la realidad sobre la que operan. Es que resulta un hecho comprobado que, salvando las distancias y con las adaptaciones que impone la evolución política, social y económica, la historia casi siempre vuelve a repetirse.

Lo que falta, entonces, es una conexión más acotada entre los estudios históricos y la dogmática del derecho público (constitucional y administrativo) que supere el actual divorcio y las fallas que exhiben aquellos estudios jurídicos que desconocen el pasado de las instituciones y las fuentes de los principios y de las normas que nutren los ordenamientos constitucionales.

Como se ha dicho, "la historia, no obstante, puede ser cruel y llegar a destruir toda clase de modelos preconcebidos. Cuando los historiadores ponen los pies en la tierra (e incluso descienden a las alcantarillas) constatan fenómenos incompatibles con el axioma" (6).

Algo semejante acontece con este estudio sobre el origen hispánico del sistema judicialista iberoamericano y de otros principios del derecho público cuyo análisis hemos emprendido, aun cuando debemos reconocer que nuestra vocación por el tema se centró originariamente en el derecho argentino. De allí pasamos al análisis de los demás derechos de América para retornar, finalmente, al antiguo derecho español. Como consecuencia de ese proceso, hemos volcado en este ensayo una síntesis de los errores históricos que creemos se han cometido, al resal-

(5) TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *Constitución: escritos de introducción histórica*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 69, con referencia al pensamiento del Arzobispo de Santiago en las Cortes de Cádiz.

(6) Conf. NIETO, Alejandro, *Los primeros pasos del Estado Constitucional*, p. 17, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

tar la trascendencia de las fuentes constitucionales norteamericanas, con olvido de las verdaderas raíces de nuestro sistema judicialista y de una serie trascendente de principios de derecho público, los cuales configuran algo así como la matriz histórica o la ley básica del modelo constitucional y administrativo que nos rige. Con todo, esta postura no implica asignar una relevancia absoluta al enfoque historicista o sociológico, habida cuenta que el estudio de las fuentes y de los sistemas en vigencia no sólo ha de atarse al mundo jurídico o normativo del deber ser sino también al del ser, de la existencia o realidad (7).

Para reafirmar nuestra tesis, nada mejor que traer a colación las afirmaciones de González Pérez, escritas hace más de cuarenta años, a fin de justificar el estudio del derecho de los países iberoamericanos. Decía entonces el ilustre jurista español que el estudio del derecho comparado de aquellos pueblos que pertenecen a una misma comunidad se justifica en mayor medida *“a fin de sentar unos principios jurídicos que puedan inspirar a los distintos pueblos de la Hispanidad en la regulación de sus instituciones fundamentales, pues si la existencia de una comunidad nacional implica un conjunto normativo que sea expresión de la vida que anime esa comunidad (Derecho nacional), la existencia de una comunidad hispánica ha de implicar la existencia de una idea de la vida que debe plasmar en las normas de sus distintos Ordenamientos jurídicos no sólo en aquellas de sus normas que, por estar más ligadas a la vida íntima del pueblo, reflejan mejor el espíritu común, sino también en aquellas otras que, por su carácter más técnico y formal, se encuentran más alejadas de ese vivir íntimo; en éstas, como en aquéllas, debe encontrarse también la expresión de unos mismos principios de Derecho: la expresión de cómo un conjunto de pueblos entiendo y realiza el Derecho natural para regular sus relaciones”* (8).

II. Un error inicial que conduce a conclusiones erróneas por la falsedad de la premisa. Principales diferencias entre el sistema judicialista de iberoamérica y el modelo norteamericano

Un error inicial de interpretación sobre el alcance de las fuentes constitucionales y sus bases históricas condujo a un sector de la doctrina a

(7) BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, p. 108 y sigtes., Ediar, Buenos Aires, 1998.

(8) GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, p. 192, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

sostener que el sistema judicialista de algunos países iberoamericanos, como Argentina (9), ha adoptado el modelo norteamericano. Esta postura, parcialmente cierta en punto a otros aspectos de la organización del Poder Judicial, no tiene en cuenta que la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Ejecutivo (10) constituye la pieza básica en que se apoya la estructura del sistema judicialista argentino y de otros países iberoamericanos que adoptaron la fórmula prescripta en la Constitución de Cádiz de 1812 (11), inexistente en el modelo norteamericano. En cierto modo, la prohibición constitucional configura el principio que marca un judicialismo puro (12), consagrando un límite prácticamente absoluto o al menos sumamente acotado al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de entes o tribunales administrativos, difiriendo en esto claramente del modelo norteamericano que no contiene una norma semejante (13).

La cuestión ha dejado de tener un mero interés histórico (comúnmente devaluado) para asumir una enorme trascendencia jurisprudencial y doctrinaria, a propósito de un reciente fallo de la Corte Suprema argentina (caso "Ángel Estrada" (14)), que ha venido a confirmar la fuerza jurígena del principio y su fuente, reiterando la tradicional concepción de que los entes administrativos sólo excepcionalmente, y siempre que se cumplan determinados requisitos, pueden ejercer funciones

(9) Entre otros: MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, p. 95, Depalma, Buenos Aires, 1984.

(10) Art. 109 (ex 95) de la Constitución Nacional de Argentina.

(11) Art. 243 de la Constitución de Cádiz.

(12) Así lo ha destacado la doctrina española —que lo denomina clásico o puro—; vid entre otros: NIETO, Alejandro, *Los orígenes de lo contencioso administrativo en España*, Revista de Administración Pública, N° 50, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, p. 28; FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)*, ps. 96-97, Civitas, Madrid, 1998.

(13) Como lo ha destacado Tawil, uno de los pocos publicistas que ha advertido la trascendencia del principio en el sistema judicialista. En cambio, si bien la mayoría lo mencionan prácticamente no le dan cabida o sentido principal dentro del sistema constitucional; véase: TAWIL, Guido S., *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. I, p. 117 y sigtes, Depalma, Buenos Aires, 1993.

(14) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/04/2005, "Ángel Estrada y Cía. SA c. Secretaría de Energía y Puertos".

jurisdiccionales (cuando ello se justifique en razones de especialidad, nunca como cláusula general) a condición de que exista un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba (15).

De ahí que las diferencias más notables entre algunos sistemas hispanoamericanos de control judicial de la actividad administrativa, (como el argentino) y el modelo norteamericano radiquen, precisamente, en el reconocimiento generalizado en este último, de una llamada jurisdicción administrativa primaria que actúa, tanto en el orden positivo como en el de la realidad, como una primera instancia del proceso de revisión de la legitimidad administrativa.

No obstante, la configuración de dicha jurisdicción administrativa primaria no implica asimilar el sistema norteamericano (que sigue siendo judicialista o mejor dicho mixto) al modelo francés, basado en tribunales administrativos para juzgar a la Administración, pues al menos en teoría, el poder judicial (en el esquema estadounidense) es quien conserva la facultad final de juzgar.

Sin embargo, el funcionamiento del modelo norteamericano ha evolucionado hacia un sistema mixto básicamente por tres razones fundamentales: a) el reconocimiento generalizado de la jurisdicción administrativa primaria para las causas del derecho estatutario (*statutory law*) que son las equivalentes a nuestro derecho administrativo positivo; b) la limitación de la revisión judicial (16), en principio, a los aspectos

(15) Doctrina de la Corte Suprema que surge del leading case "Fernández Arias c. Poggio s/sucesión", Fallos: 247:646 (1960).

(16) Conf. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1995, p. 172 y sigtes. En este trabajo, realmente modélico, García de Enterría apunta: "Recordemos que en cuanto a la apreciación de los hechos la tradición americana es que la judicial review sobre la Administración se configure como un appeal, apelación en el sentido angloamericano, que remite la apreciación de hechos al juez de primera instancia y se limita al control del Derecho (como la casación según nuestro sistema y como el arcaico sistema contencioso europeo del siglo XIX—y español, hasta la Ley de la Jurisdicción de 1956—, según el sistema del 'Ministro Juez'). Este criterio está robustecido de hecho por la circunstancia de que las Leyes reguladoras de cada materia (no hay una regulación general del recurso contencioso-administrativo uniforme en una normativa especial y común, como ocurre en Europa) atribuyen normalmente la judicial review inicial a las Courts of Appeal federales, que no hacen más que repetir en esta review sus hábitos enjuiciadores ordinarios como jueces de apelación, partiendo, pues, de la apreciación de hechos realizada por la Administración. Aunque hoy ese dogma tradicional no se

de fondo o de derecho o por la llamada doctrina de la deferencia (17); y c) la exclusión de la revisión judicial por la ley o el marco regulatorio específico e incluso, por la actuación discrecional de la agencia (18).

En cambio, en los sistemas judicialistas puros, como el argentino, basados en la cláusula constitucional que prohíbe al Poder Ejecutivo el ejercicio de funciones judiciales, el reconocimiento de funciones de naturaleza jurisdiccional, (i) no puede hacerse por vía de una cláusula generalizada, (ii) requiere de una ley basada en un fundamento de especialidad y razonabilidad que la justifique, (iii) como también que el órgano o ente que ejerza dichas funciones sea independiente del Ejecutivo, y (iv) exigiéndose, en cualquier caso, que quede siempre abierta la posibilidad de llevar a cabo un control judicial pleno y suficiente, con amplitud de debate y prueba (19).

III. La interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del ejecutivo. Su fuente en la Constitución de Cádiz de 1812

Lo primero que salta a la vista es la circunstancia que muestra que el derecho constitucional de casi todos los países de iberoamérica ha adoptado el sistema judicialista, tanto para la justicia ordinaria de tipo civil, comercial o penal como para el juzgamiento de los actos de la Administración Pública y otros órganos del Estado (contencioso administrativo). La excepción a esta regla generalizada ha sido Colombia, que

mantiene tan rígidamente, sigue preponderando. Si se parte, pues, de un crédito casi en blanco a la Administración en cuanto a la apreciación de los hechos, o al menos del criterio de que la crítica de esa apreciación se limita a los elementos que puedan resultar del propio expediente, se comprende que esa 'deferencia', enfáticamente proclamada desde Chevron, de los Tribunales también a las interpretaciones jurídicas que pueda hacer la Administración, viene a arruinar, quizás en su parte substancial, la efectividad del control judicial de la Administración" (op. cit., ps. 173-174).

(17) Véase también: BIANCHI, Alberto B., *La regulación económica*, t. I, Abaco, Buenos Aires, 2001, p. 287 y sigtes., y nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, ps. 414-416, 7ª ed. act., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

(18) 5 U.S.C. §701.

(19) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 05/04/2005, "Angel Estrada y Cía. SA c. Secretaría de Energía y Puertos", que, en este punto, ha seguido nuestra tesis. En una postura que nos parece más estricta se ha dicho que la administración no debería ejercer función jurisdiccional alguna: GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003-754.

implantó la justicia administrativa sobre la base del modelo francés y la consecuente institución de un Consejo de Estado (20).

En lo que concierne al juzgamiento de los actos y contratos de la Administración Pública hay que advertir que el sistema judicialista admite tanto el modelo de unidad de jurisdicción (con excepciones fundadas en razones de especialidad o históricas) o bien, el basado en la dualidad o pluralidad de jurisdicciones (21).

Con algunas variantes poco significativas, los sistemas latinoamericanos —en lo que atañe al llamado contencioso— administrativo— han terminado coincidiendo con la versión actual española pues si bien algunos de ellos se declararon, en su momento, tributarios del constitucionalismo norteamericano como Venezuela (22) y Brasil (23), lo cierto

(20) Constitución Política de Colombia. Art. 116: "La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar...". Art. 237: "Son atribuciones del Consejo de Estado: 1. Desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale la ley..." Art. 238: "La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial".

(21) GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso administrativa*, p. 92, t. I, 4^o ed., Civitas, Madrid, 2003.

(22) Constitución de Venezuela. Art. 259: "La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicio originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

(23) Constitución de Brasil. Art. 92: "São órgãos do Poder Judiciário: I. o Supremo Tribunal Federal; II. o Superior Tribunal de Justiça; III. os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV. os Tribunais e Juízes do Trabalho; V. os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI. os Tribunais e Juízes Militares; VII. os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios". Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo—lhe: I. processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal...".

es que han terminado, en la evolución operada en sus principales instituciones, aproximándose más al modelo español actual y a los principios que lo rigen que al vigente en los Estados Unidos.

Ello no implica desconocer que, en muchos casos, las constituciones de latinoamérica han recibido la impronta de la influencia del sistema norteamericano en punto a la forma federal de gobierno y a la organización del Poder Judicial, principalmente en lo que atañe a la articulación de la competencia del fuero federal en razón de las personas o de la materia (24).

Sin embargo, esa influencia, con ser importante, no amengua la trascendencia de un principio capital el cual, extrañamente, recién comenzó a aplicarse en su país de origen, casi un siglo después. Al no hallarse contemplado en la Constitución norteamericana ello ha determinado que, en definitiva, los sistemas judicialistas iberoamericanos hayan transitado por andariveles diferentes y terminando de configurar, de últimas, un sistema adaptado más a la idiosincrasia de cada pueblo y sus realidades históricas que al punto de partida común, también opuesto al modelo francés.

Ese principio capital del derecho público iberoamericano, derivado de la interpretación más pura y ortodoxa de la división de poderes, se halla en la médula del constitucionalismo hispánico de raíz liberal, (25) conteniéndose en el art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 que prescribe: "Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos".

Con las modificaciones orgánicas que demandaba la adaptación del precepto al modelo republicano, la Constitución argentina de 1853 reprodujo el mismo principio (26), tomándolo, según BOSCH, del art. 108 de la Constitución de Chile de 1833 (27).

(24) Arts. 108, 109 y 116, CN.

(25) El término liberal tenía en el siglo XIX una connotación más inclinada a definir el movimiento o tendencia que ponía el acento en la defensa de las libertades políticas aunque también propugnaba la libertad económica.

(26) Art. 92 de la Constitución de 1853.

(27) BOSCH, Jorge T., *¿Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración Pública?*, p. 55, Zavallá, Buenos Aires, 1951.

De acuerdo con el pensamiento del máximo inspirador doctrinario de la Constitución Argentina, Juan Bautista Alberdi, expuesto al redactar las *Bases* y presentar al Congreso el proyecto de texto constitucional que finalmente se sancionó y que recogió la mayor parte de los artículos proyectados (28), resulta evidente que esa interdicción tuvo por objeto compensar el peso de un sistema presidencialista fuerte (al que se atribuyó un poder reglamentario de origen monárquico) con relación a los otros poderes del Estado, principalmente de cara al Poder Judicial. Y no es casual que frente a una situación en la que se jugaba la aplicación del principio de separación de los poderes (29), sobre bases semejantes, la fórmula que finalmente se aprobó haya sido la misma en España y en los países de hispanoamérica que dictaron sus constituciones tiempo después, como la chilena en 1833 y la argentina en 1853.

La fórmula que finalmente adoptó la Constitución Argentina, cuya trascendencia histórica constitucional estriba en el hecho de hallarse plenamente vigente, desde 1853, en su redacción original, dispone que:

Art. 109 CN: "En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas".

Interesa puntualizar que un precepto semejante se hallaba también en el Reglamento Provisorio del 22 de octubre de 1811 de la Junta Conservadora (30) pero nos parece, por demás probable, que el origen del

(28) Conf., entre otros, MAYER, Jorge M., *La influencia de Alberdi, Gorostiaga, Campillo y Gutiérrez en la Constitución de 1853*, Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, N° 19, Buenos Aires, 1981, p. 3 y sigtes.; GARCIA BELSUNCE, Horacio A., *Homenaje a la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario*, p. 7 y sigtes., Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 41, La Ley, Buenos Aires, 2003.

(29) Véase: FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, *La formación histórica...*, cit., ps. 93-94.

(30) Art. 7° del Reglamento del 22 de octubre de 1811. Interesa señalar que, entre los antecedentes del citado principio, que hace a la separación e independencia del poder judicial, se encuentra —como lo recuerda Luis V. Varela— (véase, VARELA, Luis V., *Historia Constitucional de la República Argentina*, t. I, edición del autor, Taller de Impresiones Oficiales, La Plata, 1910, p. 307), el Reglamento dictado el 25 de mayo de 1810, cuyo punto VII prescribía que los integrantes de la Primera Junta quedaban "excluidos de ejercer el poder judicial" el cual se refundía "en la Real Audiencia a quien pasarán todas las causas contencioso-administrativas que no sean del gobierno". Sin embargo, este precepto, anterior a la sanción de la Constitución de Cádiz de 1812 y dictado antes que se reunieran

principio provenga del Reglamento preconstitucional (31) que dictaron las Cortes de Cádiz para el funcionamiento del Consejo de Regencia que es de fecha anterior (16 de enero de 1811).

A este respecto, también es del caso destacar que la concepción que se desliza en el *Discurso Preliminar* de Arguelles (algo así como la exposición de motivos que fundamenta la Constitución de Cádiz de 1812) es la idea de un poder judicial independiente originado en el derecho aragonés, como efectivamente ha sido recogido por los historiadores del antiguo derecho español (32).

Así fue como quedó perfilado uno de los grandes preceptos básicos del derecho constitucional iberoamericano que constituye la base de nuestros sistemas judicialistas al prescribirse el principio del “juez natural”, esto es —como reza el *Discurso Preliminar*— que “nadie pueda ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal establecido con anterioridad a la ley” (33), principio éste que ha sido la fuente indubitable del art. 18 de la Constitución Argentina (34).

las Cortes (setiembre de 1810) no es la fuente en que abrevó el ex art. 95 CN (actual art. 109 CN) como lo señalamos en el texto. En cambio, de la mera comparación entre ambos textos surge que el citado precepto de 1810 se basó en el artículo primero del Capítulo V, sección tercera, de la Constitución francesa de 1791, el cual establecía que “El poder judicial no puede, en caso alguno, ser ejercido por el cuerpo legislativo ni por el Rey”.

(31) Debemos advertir que el mencionado precepto del Reglamento Provisorio no fue una creación vernácula, por cuanto reproduce el principio que figura en el reglamento provisional dictado por las Cortes de Cádiz el 16 de enero de 1811 para reglamentar las atribuciones del Consejo de Regencia (art. 1º del Cap. III).

(32) Este principio de origen hispánico no encuentra símil en el derecho anglosajón. Sus antecedentes se remontan al antiguo derecho aragonés, vid: LOPEZ DE HARO, Carlos, *La Constitución y Libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Reus, Madrid, 1926, p. 191 y sigtes. Entre los artículos básicos inherentes a la formación del reino de Sobrarbe, según el texto de Blancas, el art. III prescribe: “No podrá el Rey juzgar por sí causa alguna sino con intervención del Consejo de sus súbditos” —confr. op. cit., p. 192—; (este libro, que se encuentra agotado, llegó a mis manos por gentileza de un librero de Marcial Pons). Llama la atención que en España, con posterioridad a la Constitución de 1978, los textos constitucionales no hayan recogido este antiguo principio en que se funda el sistema judicialista español, base de los hispanoamericanos, lúcidamente desarrollado en el “*Discurso Preliminar*” de Arguelles.

(33) Confr. *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de mayo de 1812*, p. 64, con prólogo de GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, Civitas, Madrid, 1999.

(34) Cuya primera parte prescribe: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...”.

En algunos de los ordenamientos iberoamericanos tal principio aparece contemplado en forma expresa mientras que, en otros, llega a traslucirse o se encuentra implicado ya sea en forma implícita o por el principio de la especialidad. Efectivamente, un repaso sobre las fuentes constitucionales de los países iberoamericanos revela que el principio que consagra la prohibición de ejercer funciones judiciales en cabeza del Poder Ejecutivo fue adoptado o bien, se encuentra en vigencia en el actual derecho positivo constitucional de dichos países.

Esta situación acontece, de manera expresa o implícita, en los ordenamientos constitucionales de diversas repúblicas hispanoamericanas (aparte de Chile y Argentina) como Perú (35), Paraguay (36), Nicaragua (37),

(35) Constitución de Perú. Art. 139: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación. 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno...".

(36) Constitución de Paraguay. Art. 248. "De la independencia del Poder Judicial: Queda garantizada la independencia del Poder Judicial. Sólo éste puede conocer y decidir en actos de carácter contencioso. En ningún caso los miembros de los otros poderes, ni otros funcionarios, podrán arrogarse atribuciones judiciales que no estén expresamente establecidas en esta Constitución, ni revivir procesos fenecidos, ni paralizar los existentes, ni intervenir de cualquier modo en los juicios. Actos de esta naturaleza conllevan nulidad insanable. Todo ello sin perjuicio de las decisiones arbitrales en el ámbito del derecho privado, con las modalidades que la ley determine para asegurar el derecho de defensa y las soluciones equitativa. Los que atentasen contra la independencia del Poder Judicial y la de sus magistrados, quedarán inhabilitados para ejercer toda función pública por cinco años consecutivos, además de las penas que fije la ley".

(37) Constitución de Nicaragua. Art. 158: "La justicia emana del pueblo y será impartida en su nombre y delegación por el Poder Judicial, integrado por los Tribunales de Justicia que establezca la ley. Art. 159: "Los tribunales de justicia forman un sistema unitario, cuyo órgano superior es la Corte Suprema de Justicia... Las facultades jurisdiccionales de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponden exclusivamente al Poder Judicial. Los tribunales militares sólo conocerán las faltas y delitos estrictamente militares, sin perjuicio de las instancias y recursos ante la Corte Suprema de Justicia".

Panamá (38), Guatemala (39), Costa Rica (40), e incluso se refleja en otros países tal el caso de México (41), Brasil (42) y Venezuela (43),

(38) Constitución de Panamá. Art. 199: "El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca". Art. 203: "La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de la Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona. Cuando en un proceso público el funcionario encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir. Las partes sólo podrán formular tales advertencias una vez por instancia. 2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país. Las decisiones de la Corte en el ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial".

(39) Constitución de Guatemala. Art. 203: "Independencia del Organismo Judicial y potestad de juzgar. La justicia se imparte de conformidad con la Constitución y las leyes de la República. Corresponde a los tribunales de justicia la potestad de juzgar y promover la ejecución de los juzgados. Los otros organismos del Estado deberán prestar a los tribunales el auxilio que requieran para el cumplimiento de sus resoluciones. Los magistrados y jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y únicamente están sujetos a la Constitución de la República y a las leyes. A quienes atentaren contra la independencia del Organismo Judicial, además de imponérseles las penas fijadas por el Código Penal, se les inhabilitará para ejercer cualquier cargo público. La función jurisdiccional se ejerce, con exclusividad absoluta, por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que la ley establezca. Ninguna otra autoridad podrá intervenir en la administración de justicia".

(40) Constitución de Costa Rica. Art. 155: "Ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro. Únicamente los tribunales del Poder Judicial podrán solicitar los expedientes ad affectum videndi".

(41) Constitución de México. Art. 49: "El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos

donde el proceso de evolución constitucional las llevó a apartarse del modelo norteamericano, al menos en este punto que hace a la irreducibilidad del principio judicialista puro.

En la misma línea que la Constitución Argentina y los precedentes constitucionales transandinos, la Constitución de Chile actualmente en vigencia (sancionada en 1980) ha continuado la tradición histórica del principio judicialista puro hispánico en los siguientes términos:

Art. 73: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos".

IV. Un punto de partida en el antiguo derecho hispánico: el concepto de ley fundamental. Observaciones sobre la concepción normativa de las constituciones

En iberoamérica se utilizó, como es sabido, el concepto de ley fundamental (44) de una manera similar al que se recoge en el Discurso

Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a los dispuesto en el art. 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar". Art. 94: "Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito. La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal en los términos que, conforme a las bases que señala esta Constitución, establezcan las leyes".

(42) Arts. 92 y 102.I.a) de la Constitución de Brasil.

(43) Art. 259 de la Constitución de Venezuela.

(44) En el texto del Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos se declara que "siendo una ley fundamental de la República Argentina el Tratado celebrado el 4 de enero de 1831 entre las Provincias de Buenos Aires, Santa Fe y Entre Ríos, por haberse adherido a él todas las demás Provincias de la Confederación, será religiosamente observado en todas sus cláusulas..." (Cláusula 1ª). Más tarde, al sancionarse la Constitución de 1853 ésta hace referencia a esa ley fundamental en el Preámbulo resaltando que ésta se sanciona "en cumplimiento de pactos preexistentes", en clara alusión a dicho Pacto Federal.

Preliminar de la Constitución de Cádiz de 1812, en el que se alude a “un sistema de ley fundamental y constitutiva, en el que estuviese contenido con enlace, armonía y concordancia cuanto tienen dispuesto las leyes, fundamentales de Aragón, de Navarra y de Castilla (45)”, penetrándose sus autores más de su “índole y espíritu” que del tenor literal de las leyes fundamentales (46).

Esa misma idea de la Constitución histórica o si se quiere interna (47) va a ser desplazada más tarde durante el siglo XX por la concepción formal de la Constitución que prevalece sobretudo a partir de Kelsen y del positivismo constitucional que encuentra sólo en la norma la fuente de todo el derecho hasta confundirse con él. Esto acarrea el desplazamiento de la distinción entre ley y derecho o justicia, lo cual significa que toda norma positiva se supone verdadera y justa por el hecho de haber sido sancionada conforme al procedimiento legal e impide dar cabida dentro del sistema constitucional y administrativo, a los principios generales del derecho, borrando su diferenciación con las normas.

Pero, al terminar prevaleciendo la distinción entre normas y principios (llámense estos estándares o directivas) se ha provocado el quiebre radical del positivismo. Ello impide también generalizar la concepción de la Constitución como norma, habida cuenta que revistiendo aquella la condición de suprema resulta ser, al propio tiempo, solo una parte de la ley fundamental, la que se encuentra concebida como un complejo compuesto tanto por valores y principios integrados con elementos históricos y reales, como por normas (en el sentido de fórmulas preceptivas que definen el deber ser).

Por esta razón, hay que tener cuidado en no confundir el valor normativo de una constitución como fuente del derecho con el principio de supremacía (consagrado en el art. 31 de la Constitución Argentina y en el art. VI de la norteamericana) ya que esta última característica se deriva, además de las normas positivas, de los principios generales contenidos en el Preámbulo, en las declaraciones de derechos y sin perjuicio de que

(45) Confr. *Constitución Política...*, cit., p. 2.

(46) Confr. *Constitución Política...*, cit., p. 20.

(47) MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, ps. 32-33, Iustel, Madrid, 2004.

también surgen de los usos y costumbres constitucionales que, para Hau-riou, conforman una suerte de "superlegalidad" constitucional.

Esta peculiar complejión de la constitución histórica-normativa, con principios pétreos (48), hace que no todos los tratados puedan ser superiores a las leyes, pues como lo prescribe el art. 27 de la Constitución Argentina, ellos deben ser compatibles con los principios de derecho público establecidos en la Constitución y aún por encima de ella, o que surgen de su propia naturaleza, como la división de poderes.

V. La Constitución de Cádiz y la fuente hispánica de otras instituciones fundamentales del derecho iberoamericano y europeo

Del propio Discurso Preliminar se desprende el origen hispánico de muchos principios e instituciones del derecho público iberoamericano y europeo, nacidos con anterioridad al derecho anglosajón, bastante poco desarrollado en la época medieval. Pero no sólo se trata de la opinión de Arguelles sino que ello ha sido sostenido también por autores ingleses, europeos continentales y argentinos (49).

Las Cortes de Cádiz de 1812 fueron, sin duda, un escenario único e irrepetible, para la recopilación positiva de esos principios, no obstante lo cual, quizás por considerarlos parte del concepto de ley fundamental, ellos no tuvieron recepción expresa en el texto de la Constitución. En su seno, la labor de los constituyentes americanos, (50) aunque menores en número a los peninsulares (51), no fue menos trascendente pues, en definitiva, se prescribió la ciudadanía española para los

(48) Véase: BIDART CAMPOS, Germán J., *Derecho Constitucional*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1964, p. 118.

(49) Confr. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Rafces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001, p. 9, especialmente, p. 12 y sigtes. y sus citas.

(50) Al respecto puede verse: DEL VALLE IBERLUCEA, Enrique, *Los diputados de Buenos Aires en las Cortes de 1810*, Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, t. segundo, Segunda Serie, Coni Hermanos, Buenos Aires, 1912, p. 382 y sigtes.

(51) Según Solís, los diputados que asistieron a las Cortes de Cádiz fueron 63, es decir, el 21% del total, habiendo ejercido diez de ellos la Presidencia. Luego de destacar la importancia de su actuación en la defensa de los intereses americanos coincidente con la opinión de Arguelles (confr. SOLIS, Ramón, *El Cádiz de las Cortes*, Silex, Madrid, 1987, p. 362).

nacidos en ambos hemisferios (52) como integrantes todos de una única España, derogándose el sistema del régimen absolutista anterior (aun cuando se mantuvo el centralismo borbónico, mal visto por los españoles americanos) estableciéndose el modelo de libertad económica extensivo a los habitantes del territorio americano y los del territorio español, como límite al poder político-administrativo (53).

Tenemos la impresión de que el análisis jurídico de las fuentes del derecho hispánico, interpretando y armonizando los estudios llevados a cabo por los historiadores del derecho o los que se realicen en el futuro con la dogmática administrativa y constitucional, constituye una tarea pendiente de los juristas (entre los que nos incluimos). Como se verá, de la sola cita de las instituciones que pasamos a mencionar, se desprende la necesidad de amalgamar al menos dos de los clásicos y principales enfoques doctrinarios (el histórico y el dogmático).

Por de pronto, la Constitución gaditana, votada tanto por liberales agnósticos como por los sectores liberales y absolutistas que profesaban la religión católica, comienza por reconocer a Dios como autor y legislador supremo de la sociedad (54). Esta expresión que luce en el Preámbulo de Cádiz, a diferencia de la Constitución norteamericana, resulta opuesta a la concepción absolutista francesa de la época borbónica que propugnaba la tesis del origen divino de la monarquía, a la cual se opusieron, como es sabido, las tesis de Suárez y de Mariana, entre otros (55).

En efecto, por poco rigor científico con que se examine la doctrina de la Constitución de Cádiz sobre el origen de la monarquía se advierte

(52) Art. 18 de la Constitución de Cádiz.

(53) GONZALEZ SALINAS, Jesús, *La Constitución de Cádiz: su modelo económico-administrativo*, Cap. III, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, Cádiz, 1994.

(54) Una idea semejante se halla en el Preámbulo de la Constitución Argentina de 1853 (actualmente en vigencia en esta parte) cuyos constituyentes (es decir, los representantes del pueblo) invocan la protección de Dios proclamando que es "fuente de toda razón y justicia".

(55) Ampliar en RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *La neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, p. 7 y sigtes., esp. ps. 14-26.

que ella proclama que el monarca es "Rey de las Españas" por la Constitución, cuyas Cortes generales y extraordinarias, sin distinción de estamentos ni de clases, representaban la unidad del pueblo español de ambos hemisferios.

De ese modo, desde una perspectiva histórica, la Constitución gaditana, aunque tardíamente (56), vino a reinsertar las instituciones en su matriz histórica al enmarcarse en el espíritu de las antiguas leyes fundamentales de la monarquía, limitando el poder de ésta y estableciendo el principio de división de poderes como sistema básico de la nueva organización política instituida (57). Entre otras cosas, prescribe, enfáticamente, que España "no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona" (en obvia alusión al monarca y su familia) y si bien se conservan resabios absolutistas en materia religiosa (como el art. 12 que prohíbe el ejercicio de cualquier otra religión que la católica) lo cierto es que se declara el deber de la Nación de proteger las libertades civiles, la propiedad y los demás derechos de las personas (art. 13).

El balance final de la Constitución de Cádiz, pese a la crítica que ha recibido de distintos sectores del pensamiento jurídico e histórico español, resulta favorable al equilibrio de poderes y, consecuentemente, a las libertades de los ciudadanos. Su limitada vigencia (al ser abrogada por Fernando VII en 1814) en el territorio peninsular no impide que su proyección en la América española haya sido realmente extraordinaria, influenciando, de un modo directo o indirecto, todos los ordenamientos constitucionales de nuestras jóvenes repúblicas.

Pero lo que realmente asombra a cualquier estudioso de las instituciones del derecho hispanoamericano (también debería asombrar a quienes consideran que, en general, éste es un producto totalmente derivado de las concepciones de la Revolución Francesa) lo configura el hecho de que trascendentes conquistas del derecho público occidental moderno encuentran su origen no tanto en la Carta Magna, en Locke o

(56) Se ha dicho que fue un intento fracasado de llevar la paz a América: PEREZ GUILHOU, Dardo, *La opinión pública española y las Cortes de Cádiz frente a la emancipación americana*, p. 192, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires, 1981.

(57) Confr. FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, *La formación histórica...*, cit., p. 93, afirma que la Constitución de Cádiz supone la "sujeción del poder del Rey al imperio de las leyes".

en Montesquieu (y menos en las ideas de los jacobinos o girondinos) sino en el antiguo derecho español (anterior al absolutismo) (58).

Al frente de ese catálogo de garantías y de derechos se encuentra la institución del Justicia de Aragón, funcionario independiente encargado de dirimir las controversias, entre otros casos, en que eran parte el Rey y los caballeros y, posteriormente, los habitantes de las ciudades (la burguesía). Y aunque no haya precisión en cuanto a la fecha en que se instauró la figura (desaparecida tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, bajo el reinado de Felipe II) lo cierto es que su prestigio traspasó las fronteras españolas muchos siglos después ya que esa denominación ("Justice" y no "Judge") es la que han tenido, y actualmente tienen, los jueces de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Porque en el derecho español previo al proceso constitucionalista, con las consabidas limitaciones de las diferentes épocas históricas, hay que trazar una raya bastante ancha entre el sistema del absolutismo (sobre todo a partir de la dinastía borbónica) y el derecho del antiguo régimen español (de Aragón, Castilla y Navarra) que, siendo favorable a las libertades y estando más próximo a la división de poderes, fue configurando su verdadera ley fundamental, en el sentido antes explicado (que recoge el Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz), con anterioridad a las concepciones que animaron la Revolución Francesa, las cuales recién comenzaron a abrirse paso por el mundo tras las conquistas militares de los ejércitos napoleónicos.

En efecto, entre las instituciones más arraigadas en ese antiguo derecho español, aparte de una concepción embrionaria de la división de poderes (59), se encuentran desde las variadas hipótesis el derecho de resistencia a la opresión (Vitoria) (60), la declaración de nulidad *ipso*

(58) Según lo ha destacado acertadamente Arriño, es conocido el empeño de los grandes liberales españoles de la primera parte del siglo XIX (Arguelles, Martínez Marina) por exponer sus ideas "como la continuación de una constitución histórica de nuestros reinos, y no como secuela de Rousseau o Montesquieu" (confr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Derechos del Rey, derechos del pueblo*, Instituto de Estudios Administrativos - Colección Estudios de Historia de la Administración, p. 7, Madrid, 1969).

(59) Sobre la influencia de la neoescolástica en Locke y en la división de poderes, RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *op. cit.*, p. 30 y sigtes. En los fueros de Aragón, véase: LINARES QUINTANA, Segundo V., *op. cit.*, p. 17.

(60) RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *op. cit.*, p. 12.

foro (61), el principio de legalidad e igualdad en materia tributaria (62), hasta nada menos que el juicio o recurso de manifestación que, según los antecedentes y estudios realizados (63) equivale al *habeas corpus* del derecho anglosajón (64); habiéndose instituido con anterioridad al nacimiento de la institución similar en Inglaterra. Otro antecedente está representado por el concepto mismo de "ciudadano", que aparece en los derechos de Aragón, Castilla y Navarra, todo lo cual demuestra que siglos de absolutismo no pueden borrar la historia ni el hecho de que la cultura jurídica de los pueblos españoles (en general toda su cultura), durante la edad media, haya sido superior a la existente en Inglaterra.

Otro paradigma que destaca el *Discurso Preliminar* se vincula con el moderno principio de la tutela judicial efectiva el cual, aunque sin las actuales proyecciones, fue también enunciado por Arguelles en los siguientes términos: "La justicia, Señor, ha de ser efectiva y para ello su curso ha de estar expedito (65)", habiendo dicho antes que "uno de los principales objetos de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial (66)".

En fin, no se puede desconocer que, antes del advenimiento del absolutismo, se perfilan en España, las raíces de numerosos principios y técnicas de derecho público, tales como el carácter electivo del monarca (como actualmente se encuentra regulado el órgano Ejecutivo en las repúblicas iberoamericanas), la responsabilidad de los jueces, la

(61) Significa que ella surge del propio foro cumpliendo una función similar a la violación de derechos y garantías constitucionales por arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, cuya formulación se encuentra en la regulación de los procesos de amparo de los países iberoamericanos (vg. Argentina y México).

(62) Cuyos orígenes se remontan a los ordenamientos de Castilla y Aragón; véase: *Constitución Política...*, cit., p. 12; ampliar en ARIÑO ORTIZ, Gaspar, op. cit., ps. 51-56.

(63) LINARES QUINTANA, Segundo V., op. cit., p. 23 y sigtes.

(64) Confr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 1999, ps. 66-67.

(65) *Constitución Política...*, cit., p. 65.

(66) *Constitución Política...*, cit., p. 57.

autonomía de los gobiernos de las ciudades, el juicio de residencia y el privilegio de unión (67), que era un derecho y un procedimiento para destituir al Rey que no difiere mucho del llamado actualmente “juicio político”, regulado en las constituciones de latinoamérica, merced al cual el Congreso puede destituir al Presidente de la República.

En tal sentido, la riqueza del antiguo derecho español es inagotable y merece la realización de investigaciones mayores y profundas. La que hemos hecho sea, quizás, contando con la benevolencia de los lectores, un ensayo que intenta una primera aproximación a un tema clásico, pero siempre vigente, con la idea de suscitar nuevas reflexiones alrededor de un punto de partida distinto, cuya proyección, en el derecho público moderno, sobre todo en el hispanoamericano, nos parece que no ha sido hasta ahora encarada con la profundidad que merece, particularmente en lo que atañe al sistema judicialista que nos rige.

Por este motivo, sin desdeñar los avances logrados por la dogmática moderna, el mayor desafío quizás consista en armonizar la interpretación de nuestras instituciones con los principios, usos y costumbres vigentes con los principios tradicionales de nuestro derecho público de origen hispánico, donde se ubican las fuentes de muchas de las libertades que actualmente gozamos los ciudadanos de Iberoamérica. ♦

(67) Recuerda Arguelles en el *Discurso Preliminar* que “además de la reunión periódica y frecuente de las Cortes, tenían los aragoneses el privilegio de la unión, institución tan singular, que ninguna otra nación conocida ofrece ejemplo de esta naturaleza. Su objeto era oponerse abiertamente a la usurpación que hacía el Rey o sus Ministros de los fueros o libertades del reino, hasta poderlo destronar y elegir otro en su lugar...” (confr. *Constitución Política...*, cit., p. 12).

PODERES INHERENTES DEL PODER JUDICIAL

POR JORGE A. AJA ESPIL (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Removal Power (Facultades propias del órgano ejecutivo para dimitir a funcionarios). — III. Poderes no delegados (enmienda X). — IV. La Sweeping clause (cláusula elástica). — V. Doctrina judicial de los poderes implícitos. — VI. Resulting Powers (poderes inherentes). — VII. Fallos de nuestra Corte Suprema. — VIII. Doctrina argentina contemporánea. — IX. Derecho Civil Constitucional. — X. La distinción en el Código Civil Argentino. — XI. Caso "Chambers c. Nasco Inc." (Certiorari).

I. Introducción

Un reciente fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos me ha llevado a renovar la cuestión constitucional sobre la competencia de los tres poderes y sus atribuciones o facultades inherentes o implícitas.

Me permito recordar algunos conceptos extrayéndolos de mi libro "Historia y teoría de los poderes implícitos y de los poderes inherentes" (1).

El interrogante que se plantea dentro de la teoría constitucional es si los poderes implícitos son los medios adecuados para poner en ejercicio las atribuciones expresas asignadas al gobierno federal, entendido este como compresivo de los tres poderes (2), o se refieren también al

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Jorge A. Aja Espil, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27 de noviembre de 2003.

(1-2) AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y Poder. Historia y Teoría de los Poderes Implícitos y de los Poderes Inherentes*, TEA, 1987.

“residuo de poder” que la ley fundamental no ha atribuido expresamente a ninguno de los tres poderes.

Es en Estados Unidos donde se plantea inicialmente la cuestión de las competencias inherentes y las competencias implícitas. Tanto en la Constitución Norteamericana como la Argentina se ha organizado un gobierno de poderes limitados, enumerando las facultades de cada uno de los órganos gubernativos.

Toda facultad conferida expresamente a uno de los tres poderes conlleva una facultad implícita que es el modo idóneo de hacer efectiva aquella.

Pero también hay un residuo de poder que no se ha atribuido expresamente a ninguno de los tres poderes y de los cuales en alguna oportunidad hay que echar mano.

De aquí resulta la distinción entre lo implícito que resulta de las cláusulas expresas de la Constitución, de lo inherente que resulta del sistema propio de un conjunto de cláusulas constitucionales que organizan el gobierno federal y tripartito.

Nos vamos a circunscribir al Poder Judicial y al control de la constitución federal de las leyes. La gravedad de poner el control en el ámbito del Poder Judicial no escapó a los congresistas de Filadelfia, que prefirieron se le diera cabida en la “Judiciary Act” de 1789. El instituto del control implica que la Constitución acuerda al Poder Judicial la facultad de interferir entre ella y el Poder Legislativo (3).

II. Removal Power (Facultades propias del órgano Ejecutivo para dimitir a funcionarios)

En la cuestión que nos ocupa hay una diversidad de términos (implícitos, inherentes, resultantes) cada uno de los cuales encierra un concepto propio, lo que por cierto crea una gran disparidad doctrinaria.

La primera oportunidad en que se plantea en el Congreso Federal de los Estados Unidos —abril de 1789— la cuestión de los poderes inherentes o

(3) AJA ESPIL, Jorge A., *Origen y Desarrollo del Control Jurisdiccional en los Estados Unidos de Norteamérica*, Revista Jurídica de Buenos Aires, 1958/2.

implícitos, es al debatir las facultades propias del Poder Ejecutivo para remover funcionarios de la administración, o sea los "removal powers".

Madison presenta un proyecto de Ley en el que propicia la creación del Departamento (Ministerio) de Asuntos Exteriores y en el que se disponía que el titular del mismo podía ser removido del cargo por el presidente. Para el arquitecto de la Constitución norteamericana, James Madison, la facultad de revocación era inherente al Poder Ejecutivo por su obligación de velar "para que las leyes sean fielmente ejecutadas". En cambio, para Roger Sherman de Connecticut era facultad conjunta del Presidente y Senado como secuela implícita de la facultad de nombrar. Volveré sobre el tema.

La conclusión del debate fue que el Poder Ejecutivo dispone de poderes resultantes, propios del órgano y puede ejercerlo mientras no se los prohíba expresamente. Se instalaba así la distinción con los poderes implícitos.

Pasaron 140 años antes de que la Corte tratara la cuestión. Hasta entonces eran "political questions" ajenas a la competencia del Tribunal, o sea aquellas en que los jueces se abstienen del ejercicio de su control, reconociendo la competencia excluyente de los órganos políticos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo). En el caso "Myers versus U.S." (año 1926) el Chief Justice Taft sentó la teoría de que el poder de remoción (removal power) era poder inherente del ejecutivo. El Congreso no puede participar en el proceso de dimisión, ya que el control administrativo del ejecutivo incluye "the power of appointment and removal". El Congreso no puede restringir tal facultad sujeta a calificaciones expresas de la Constitución. Trata el punto Edward Corwin en su "Removal Power of the President" quien recuerda que ello arranca con la prerrogativa de la Corona Británica de nombrar y remover funcionarios (4).

III. Poderes no delegados (Enmienda X)

La cuestión se suscita también cuando el artículo II de la Constitución Norteamericana—más conocido como el de los poderes no delegados—es modificado por la Enmienda X, lo que ocurre en Agosto de 1789.

(4) AJA ESPIL, Jorge A., *En los Orígenes de la Tradición Constitucional*, Abeledo Perrot, 1968.

Art. II

Cada Estado retiene su soberanía, libertad e independencia y cualquier poder, jurisdicción o derecho que no haya sido expresamente delegado por esta Confederación al Congreso de los Estados Unidos.

Enmienda X

Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por ésta a los Estados están reservados a los Estados respectivamente o al pueblo.

(El proyecto decía: “Los poderes no delegados expresamente”).

La primera moción de incorporar “expressly” en la X Enmienda fue hecha en la Cámara de Representantes, y la misma fue rechazada. Los que insistían en su inclusión buscaban excluir los poderes implícitos en el orden nacional. Quiero destacar aquí que el art. 121 (anterior 104) de nuestra Constitución Nacional tiene una redacción que obvia el problema.

En los debates que tuvieron lugar en el Congreso, en 1791, sobre el alcance de la redacción de la X Enmienda se presentaron tres tendencias: a) la de James Madison: “Nunca ha existido un gobierno que no haya necesitado ejercer “powers by implications”. Es necesario admitir poderes por implicancia, a menos que la Constitución se reduzca a una enumeración de casos”. También propuso sustituir el vocablo “retener” por el de “reservar”. b) la de Roger Sherman: “Debe suponerse en toda corporación la posesión de poderes incidentales que hacen a su capacidad ya que no existe sabiduría humana que pueda prever toda contingencia”; para él la facultad de remoción era otorgada al Poder Ejecutivo y al Senado conjuntamente, como una secuela implícita de su nombramiento. c) la de George Tucker: opuesta a las dos, “Sólo hay una diferencia: lo que está dicho claramente y lo que es ambiguo. Sostenía que cualquier poder expresamente otorgado podía ser claramente comprendido dentro de cualquier definición precisa de poderes generales”; sostenía que era facultad propia del Congreso que al crear las leyes nuevas y apropiadas, debe conferir la facultad de remoción al órgano del gobierno que entienda le corresponde.

No está de más insistir en que la no inclusión del vocablo “expresamente” en la Enmienda X de la Constitución Norteamericana, fue lo

que permitió elaborar toda una doctrina sobre los poderes federales implícitos. Idéntico proceso ocurrió con nuestra Constitución Nacional cuando los constituyentes de Santa Fe redactaron el art. 104 (hoy 121, C.N. 1994), eliminando el vocablo “expresamente” que contenía el art. 99 del proyecto de Alberdi (“Las provincias conservan todo el poder que no deleguen expresamente a la Constitución”).

IV. La *Sweeping Clause* (Cláusula elástica)

A fines del año 1790 y comienzos de 1791, al discutirse en el Congreso Federal su facultad para crear el Banco de los Estados Unidos surge la primera interpretación legislativa sobre la cuestión del alcance de los poderes implícitos del Congreso.

Allí se discutió la llamada “sweeping clause”, o sea la cláusula “elástica” de la Constitución contenida en el artículo I, sección VIII, cláusula 18, similar aunque no igual a nuestro antiguo artículo 67 inciso 28, hoy artículo 75 inciso 32 de la Constitución de 1994.

Art. I Sec. VIII Cláusula 18

“... Dictar todas las leyes que fueran necesarias y apropiadas (necessary and proper) para poner en ejecución los poderes antecedentes y todos los otros poderes investidos por esta Constitución en el gobierno de los Estados Unidos o en alguno de sus departamentos o funcionarios”.

Artículo 75, inciso 32 Const. 1994

(ex Art. 67 inc. 28)

“...Para hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros conferidos por la presente constitución al gobierno de la nación argentina.

Curiosamente, Madison, que desde El Federalista (1788) había sostenido la “sweeping clause” y que en las primeras sesiones del Congreso había defendido la tesis de que el artículo II de la Constitución implicaba la concesión al Ejecutivo de la facultad de remover a funcionarios, aunque no estuviera específicamente enunciada, difiere ahora en el caso del Banco Nacional. Según Madison, el punto consistía en saber si el poder de crear un Banco Nacional se hallaba entre los “poderes expresos”

del Congreso, de no ser así la conclusión era irrefutable: la Constitución no lo autorizaba.

Fue Madison quien impulsó en el Congreso la reforma del artículo I, sección VIII cláusula 18. El alcance de los vocablos “necesarios y apropiados” motivó una intensa controversia sobre el alcance de la cláusula 18 del artículo I. Joseph Story (5) expresa que “la Constitución limita al Congreso a emplear los medios “necesarios” (absolutamente necesarios) sin lo cual los poderes expresos pasarían a ser ilusorios...”. Contra esta interpretación rigurosa ha prevalecido la calificación de “apropiados” o “convenientes” que permitió al Congreso valerse de los medios “implícitos” o “poderes derivados”.

Joaquín V. González tras señalar la supresión del vocablo “necesarias” sostiene que la cláusula de la Constitución argentina es más limitada y restringida que la de Estados Unidos ya que los poderes implícitos otorgados por el entonces artículo 67, inciso 28 de la Constitución argentina al Congreso, no avanzan sobre los poderes del Ejecutivo o Judicial (Obras completas, tomo V, pág. 113).

V. Doctrina judicial de los poderes implícitos

En 1819 el Chief Justice Marshall en el caso *McCulloch versus V. Maryland* desarrolló la doctrina de los *poderes implícitos*, dándole con ello una flexibilidad a la Constitución, que ha hecho viable su bicentennial existencia. Reconociendo que entre los poderes enumerados no se hallaba el de establecer un banco, enfatiza que tampoco hay en la constitución una frase que excluyera los poderes implícitos desde que la Enmienda X omitió la palabra expresamente.

Joseph Story en sus “Comentarios” (1891) (6) señala: 1) Es imposible encerrar a un gobierno en los poderes expresos y es necesario admitir ciertos poderes implícitos. Por ello se eliminó la palabra “expresamente” del art. II. Las Corporaciones poseen todos los poderes implícitos que resultan dentro de su esfera aun cuando no hayan sido enunciados. 2) Menciona también otra especie de poderes implícitos que han sido

(5) STORY, Joseph, *Comentarios sobre la Constitución Federal de los Estados Unidos* (Traducción de N. Calvo)

(6) STORY, Joseph, *Commentaries on the Constitution of the U.S.*, Ed. Boston 1891.

llamados con gran precisión "resulting powers" y que resultan del conjunto de poderes del Gobierno Nacional; inseparable de la esencia misma del órgano.

Story, llegado al Superior Tribunal en 1811, impulsó la interpretación elástica de la Constitución.

VI. Resulting Powers (poderes inherentes)

William W. Crosskey, profesor de la Universidad de Chicago (7) vincula la teoría de los poderes implícitos con la interpretación de vocablos complejos y en el desarrollo de conceptos multívocos.

Identifica los "resulting powers" con los poderes inherentes, propios de la soberanía y que escapan al ámbito de los poderes implícitos. Es la línea que seguía Hamilton para quien los "resulting powers" no derivan de poderes expresamente enumerados sino "from the whole mass of the powers of the government" o sea de la totalidad de los poderes con que el Gobierno Federal ha sido investido.

Son pues atribuciones *propias y originarias* de cada uno de los órganos que crea la Constitución. La Suprema Corte aborda el tema de los poderes resultantes en el caso Knox vs. Lee, en donde habla de "poderes resultantes surgidos de la suma de poderes del gobierno".

VII. Fallos de nuestra Corte Suprema

Alinearemos sólo tres decisiones de la Corte Suprema argentina, separadas en el tiempo, pero que ilustran bien la evolución jurisprudencial de la cuestión que tratamos.

A) En el caso Lino de la Torre (1877), la Corte con la firma de Gorostiaga, Barros Pazos y Domínguez discutió la facultad de los órganos legislativos de adoptar medidas represivas contra los que afectan, en alguna forma, su funcionamiento.

En el fallo sostuvo que, *si como sucede en los Estados Unidos, no tenemos disposición constitucional ni ley que confiera el poder cuestionado,*

(7) CROSSKEY, William W., *Politics and the Constitution in the History of the U.S.*

es ya doctrina fuera de discusión la de los poderes implícitos necesarios para los que han sido expresamente conferidos.

El nudo de la cuestión radica en que tanto la facultad disciplinaria como la de investigación de cualquiera de las Cámaras, no tiene apoyo en el artículo 67 inciso 28 (hoy artículo 75 inciso 32), por cuanto ellas no están, ni directa ni indirectamente, entre los poderes antecedentes del referido artículo 67. Parece razonable aceptar, como lo sostiene Bielsa, que no se trataría ni de un poder expreso ni de un poder implícito. Sostiene Joaquín V. González, que hay una regla según la cual *concedida por la Constitución una facultad o un poder, se consideran concedidas todas las demás necesarias para darle efectividad*. En rigor de verdad, toda la argumentación al respecto se apoya en las funciones propias del Congreso, en la facultad inherente a la función legislativa.

B) Contemporáneamente, en el caso "Bianchi y Cía. contra Nación Argentina (1960)", la Corte integrada por Villegas Basavillbaso, Araoz Lamadrid, Julio Oyhanarte, P. Aberastury, Colombres y Imaz) hace una interpretación extensiva de los *poderes implícitos* que alcanzan a lo que nosotros caracterizamos como "resulting powers" o poderes inherentes de un órgano del Estado.

Se lee en el fallo que "En cuanto hace a su actual composición, el Tribunal *ejerciendo facultades implícitas que son inherentes a todo poder estatal* (Se aleja del 67 inc. 28 y la ubica en las facultades propias del Poder Judicial) y que lo habilitan para juzgar la validez constitucional de los títulos de sus miembros en oportunidad de los juramentos a que se refiere el art. 98 de la Constitución Nacional".

C) Cabe mencionar, finalmente, la decisión de nuestra Corte Suprema con la adhesión de Fayt, en el caso de la "Acordada N° 47/86" declarando la inconstitucionalidad de la ley 23.362 (Adla, XLVI-D, 3990) (modifica la jerarquía funcional y presupuestaria de los funcionarios de la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal). Para el Tribunal, esta ley "aparece como ajustada al ejercicio de la potestad que le asigna al Congreso, art. 67 inc. 17 (hoy art. 75 inc. 20) de la Constitución Nacional, que lo faculta expresa y formalmente a crear empleos y fijar sus atribuciones". Sin embargo, el Tribunal invocando "una interpretación contextual y teleológica, criterio siempre seguido por esta Corte", señala que "la atribución de dictar el propio reglamento interior y económico que tiene la Corte Suprema, art. 99 (hoy art. 113) de la

Constitución Nacional, que permanece incólume para establecer la normatividad general”.

El fallo transcribe la opinión de Joaquín V. González (Manual de la Constitución Argentina, 1897, p. 632) “en cuanto la Corte Suprema es la representación más alta del Poder Judicial y tiene *facultades o privilegios inherentes* a todo poder público”.

VIII. Doctrina argentina contemporánea

Alberto B. Bianchi tiene un excelente estudio sobre los poderes implícitos del gobierno (8), en el que incluye una copiosa y seleccionada jurisprudencia norteamericana. Los casos judiciales que atentan a la “necessary and proper clause”, han sido minuciosamente enumerados y analizados. También se estudian los poderes resultantes “definidos por el juez Story en sus “Comentarios” y recogidos en el caso Knox c. Lee” (1871). Recuerda también que Willoughby Westel Woodbury, en su “Constitutional Law” (1910), distingue entre poderes implícitos, poderes inherentes y poderes resultantes.

Pese a la autoridad de estas citas, Bianchi recoge la desconfianza que Oyhanarte predicaba hacia “la manía clasificatoria”, al distinguir entre poderes delegados, poderes conservados y poderes reservados (9). Curiosamente el propio Oyhanarte formula una distinción entre “Constitución en abstracto” y “Constitución en concreto” que le permite echar mano a un método actualizado del texto constitucional “que pone a los principios y preceptos en relación directa con las circunstancias actuales de la vida argentina” (10). Más aún, en sus disidencias como juez de la Corte Suprema, se advierte que están latentes ciertas distinciones dentro de lo que él califica como poderes implícitos. Su idea central es que las normas genéricas sólo determinan un “contorno o marco” que permiten —vía interpretación— soluciones distintas.

(8) BIANCHI, Alberto B., *El Derecho*, 25 de agosto de 2000.

(9) OYHANARTE, Julio, *Poder Político y Cambio Estructural en la Argentina*, Paidós, 1969.

(10) OYHANARTE, Julio, *El Derecho y la Política de Crecimiento Agropecuario*, JA, 1966-IV-249.

Así en su disidencia en el caso Kot Samuel (Fallos 241-291), del año 1958, al señalar la diferencia con la doctrina volcada en el "caso Siri" sostiene Oyhanarte que mientras en este último el amparo es un "medio defensivo *implícito en la Ley Fundamental*" para la tutela de "garantías constitucionales", lo que se pretende en el caso "Kot" es una acción sumarísima creada por los jueces al margen de toda norma legal autorativa".

Finalmente, en el caso "Agustín Caldo" (Fallos 245-258) Oyhanarte se acerca más aún a nuestra distinción, cuando expresa "habida cuenta de que no se haya reglada, en la acción de amparo no debe verse sino una de las garantías implícitas que nacen de la forma republicana de gobierno (art. 33 de la Constitución Nacional). Esta afirmación muestra que el amparo emerge no de una deducción *implícita* de una cláusula de la Constitución, sino del sistema republicano, o sea que es *inherente* a este dogma político.

El juez Carlos S. Fayt, en un artículo periodístico (Diario La Nación, 29 de agosto, 1995), sostiene que "con las palabras "poder implícito" se expresa la idea de facultades que, sin estar enumeradas en la Constitución, se encuentran incluidas como propias de los órganos encargados del cumplimiento de las funciones estatales. Estas facultades están imbricadas a las explícitas, para la plena y efectiva realización de los fines que deben cumplir los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial". Son facultades —concluye— destinadas a la preservación de sus funciones como poder del Estado.

Nuestro colega el doctor Bidegain roza el tema al referirse al "per saltum", cuando dice "de modo pretoriano, sin tener base explícita constitucional o legal, la Corte ha admitido pronunciarse a pedido de parte obviando el cumplimiento íntegro de las etapas procesales previas" (Caso Dromi s/avocación in re Fontenla) (11). Admite los "poderes implícitos" en las Convenciones Constituyentes.

También quiero traer a colación, la reflexión de Bidart Campos —en su comunicación sobre Amparo en la Academia de Ciencias Morales y Políticas (1996)— a propósito de la inclusión en la Reforma de 1994 del art. 43 con el recurso de amparo. Para Bidart Campos el amparo —como creación jurisprudencial— tenía rango constitucional nacido del cam-

(11) BIDEGAIN, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional I*, ps. 131, 1994.

po de las *implicitudes*. “No hace falta —que para reconocer un derecho— tengamos que tener una norma escrita que la defina” (positivismo legal).

Nuestro prestigioso constitucionalista, el profesor S. Linares Quintana recalca que “dentro del sistema constitucional argentino, únicamente el Congreso posee poderes implícitos, contrariamente a lo que algunas sentencias de la Corte Suprema han establecido a nuestro juicio erróneamente”. Apoyado en el art. 75 inc. 32 de la Ley Suprema, sostiene Linares Quintana que ninguna otra de sus disposiciones otorga potestades similares ni al Poder Ejecutivo como tampoco al Poder Judicial (12). Por cierto que también resalta el principio de “unidad sistemática” que exige contemplar la totalidad del sistema jurídico recogido por la Constitución.

IX. Derecho Civil Constitucional

En la comunicación que hizo el doctor Félix Trigo Represas (13), con motivo del sesquicentenario de la Constitución, abordó el tema de los derechos personalísimos, con un enfoque que definió como Derecho Civil Constitucional. Desarrolló así lo que había adelantado en su anterior comunicación (1996) “Protección Constitucional de los Derechos Personalísimos”. Mencionó en aquella ocasión una reflexión de Jorge A. Carranza en el IV Congreso Nacional de Derechos Civil, Córdoba, septiembre de 1969 y donde expresó: “los derechos de la personalidad existen con absoluta prescindencia del reconocimiento que de ellos haga de una manera expresa el legislador... amparado por la Constitución Nacional ... constituyen presupuestos lógicos de la personalidad”.

Para Trigo Represas el Derecho Civil Constitucional es un sistema de normas y principios integrados en la Constitución, relativos a la protección de la persona y sus dimensiones civiles.

Rotular Derecho Civil Constitucional a la recíproca influencia entre la Constitución y el Código Civil, importa tanto como traer a colación a

(12) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, Abeledo-Perrot, p. 799 y sigtes., 1998.

(13) TRIGO REPRESAS, Félix, *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 22 de mayo de 2003.

Dalmacio Vélez Sarsfield. Don Carlos A. Tagle pone de manifiesto los principios de orden constitucional desarrollados en el Código Civil, señalando que “siendo en el fondo una la ciencia del Derecho, no podía faltar en la legislación civil la penetración del derecho público y siendo la Constitución la ley suprema, los principios sobre la persona, la autoridad y el orden público deben condicionar a las leyes civiles” (14).

No hay duda de que el gran mérito de Vélez es haber hecho una simbiosis entre esas dos ramas del Derecho. Admirador de la Constitución de los Estados Unidos, Vélez plantea interrogantes emblemáticos en el Prólogo al Tratado de George Curtis, entre ellos la creación del Poder Judicial de los Estados Unidos (15).

Y bien, es el Código Civil el que permite esclarecer la distinción latente en la Constitución sobre los poderes inherentes y los poderes implícitos. Inspirado en estas ideas, Julio Olivera (16), resalta el concepto de que derechos personalísimos son definidos por la doctrina como los derechos inherentes a la persona. Los derechos personalísimos son *inherentes a la persona* en cuanto tal, ya sea física o jurídica.

Marco Aurelio Risolía también desarrolla el tema de los efectos resolutorios implícitos frente a la contradicción ostensible de la Ley. Sostiene que la derogación implícita o tácita que se produce cuando hay un conflicto entre normas generales y especiales, resulta de la incompatibilidad del antiguo texto con el orden de cosas establecido en la nueva Ley. Risolía limita los efectos formales de la “lex posterior” para dar prelación a la conexión con las normas que integran el sistema legal completo (17).

(14) TAGLE, Carlos A., *Conferencia en Homenaje a Vélez Sársfield*, pronunciada el 15 de diciembre de 1969. Ver Colección Homenaje al doctor Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

(15) AJA ESPIL, Jorge A., *Vélez Sársfield y el Derecho Público*, año 2000, Colección Homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, t. V, p. 9.

(16) OLIVERA, Julio, *Los derechos personalísimos de las personas jurídicas*, mayo 1998, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, N° 36.

(17) RISOLIA, Marco Aurelio, *Sobre la derogación tácita o implícita de una norma particular*, 1975, ED, 62-3786.

Juan Carlos Cassagne, con una visión administrativista-constitucional sigue cuidadosamente el hilo de una correcta interpretación constitucional, señala que el concepto de “*poder inherente*” se conecta con el principio de la especialidad de la competencia de los órganos o entes administrativos, lo que constituye la regla general, salvo en materia sancionatoria o de derecho penal administrativo (18).

No podemos dejar de mencionar, el impacto que la Constitución de 1994 produjo con la creación, en el nuevo texto, del Consejo de la Magistratura. A este respecto menciono la opinión de Ricardo Haro. Expresa que mientras nuestros constituyentes dispusieron que la función jurisdiccional estaba investida en uno de los poderes del Estado, con un perfil y diseño político institucional —inclusive con funciones administrativas— las atribuciones que hoy le otorga el art. 114 de la C.N. al Consejo de la Magistratura (potestades administrativas y presupuestarias) el Tribunal pierde el “gobierno del poder” (19).

X. La distinción en el Código Civil Argentino

Sin duda que la terminología utilizada en la interpretación constitucional encuentra buena luz en el Código Civil. Comencemos con el art. 498 del Código Civil, donde se definen a los llamados derechos inherentes, y los caracteriza por no ser transmisibles a sus herederos.

Eduardo Busso explica que “son inherentes a las personas, aquellos derechos a cuya naturaleza repugna la idea de que pueda separárselos del sujeto”. Concluye Busso diciendo que es un tema muy complejo y de carácter filosófico (20).

Otros autores los llaman derechos “innatos” y que corresponden a los derechos personalísimos.

También el art. 1445 del Código Civil es categórico al establecer que las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas no son cesibles, por la razón de que el ejercicio de esos derechos es inseparable de la individualidad de las personas.

(18) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 24, Buenos Aires, 1986.

(19) HARO, Ricardo, *Constitución, poder y control*, p. 16 y sigte., Ed. UNAM, 2002.

(20) BUSSO, Eduardo, *Código Civil Comentado*, t. III, p. 52.

Como puede verse, estos derechos inherentes definidos en el Código Civil son potestades propias de la persona, y coinciden conceptualmente con las potestades propias y originarias de cada uno de los órganos que crea un sistema constitucional.

También nuestro Código Civil arroja luz a los presupuestos conceptuales que delimitan el ámbito del art. 75 inc. 32 (ex art. 67 inc. 28). Se trata de precisar el alcance de la atribución expresa y de la atribución implícita, y ello lo encontramos en los artículos 914 a 918 del Código Civil (expresiones positivas o tácitas) y en los artículos 1145 y 1146 del Código Civil (consentimiento expreso o tácito).

Por mi parte concluyo que potestad o facultad implícita deriva siempre del enunciado de una norma explícita (relación de conexidad); es aquella que está inserta en la voluntad que el legislador ha manifestado en alguna norma; o sea que: 1. una potestad implícita requiere de una norma expresa de la cual emana; 2. una facultad implica otra si la segunda requiere necesariamente de la primera.

En cambio los "poderes inherentes" emergen de la naturaleza misma del sistema federal y de la teoría tripartita de gobierno, o sea del núcleo del órgano creado por un determinado sistema constitucional (construcción jurídica).

XI. Caso "Chambers c. Nasco Inc." (Certiorari)

A) *El modelo norteamericano*

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha tenido oportunidad recientemente de discutir el tema de los poderes inherentes, en el caso "Chambers c. Nasco" (501 — U.S. 32) resuelto en junio del año 1991, en donde los ha definido y precisado claramente y al que me referiré enseguida.

Debo recordar aquí la tradicional dicotomía de los fallos de la Corte americana según la inspiración "liberal" o "conservadora" de sus integrantes. Es lo que los americanos llaman el debate del "texto", apegado a las rules, versus el "contexto", apegado a los estándares, arraigado en el Tribunal desde la época de Roosevelt. La interpretación constitucional gira pues entre los jueces aferrados a la doctrina del propósito original de la Constitución y los partidarios de la Constitución vigente "adaptable a las diferentes crisis del acontecer humano" (Juez Marshall).

Hoy día es el Justice Antonin Scalia —a quien conocí en Estados Unidos y tuve ocasión de invitarlo a nuestra Academia, lo que hizo el 19 de octubre de 1988 y abordó una amplia temática— quien expresa la posición literalista de estricto apego a la letra de la ley, mientras el Justice Stephen Breyer lidera la línea pragmática o de acomodación de la ley a las circunstancias.

B) Antecedentes del caso

Con esta aclaración entremos ahora al análisis del caso Nasco, donde el fallo está dividido entre la mayoría conducida por Byron White (moderado liberal) y las disidencias de Scalia y Kennedy (conservadores). El juez White fue designado en la Suprema Corte por el presidente Kennedy. Recuerda Rehnquist que sus penetrantes interrogatorios en las audiencias donde alegaban los abogados de las partes, descolocaban a estos dejándolos mal parados (21).

El actor Chambers, único accionista y director de una compañía que operaba una estación de televisión de Luisiana, acordó vender las instalaciones y la licencia a la firma Nasco Inc. Pronto se arrepintió de la operación y, tanto antes como después que Nasco Inc. presentara el reclamo ante la Corte de Distrito, llevó a cabo una serie de acciones destinadas a frenar la operación acordada, no sólo ante la Comisión Federal de Comunicaciones sino ante la Corte de Distrito y la Cámara de Apelaciones.

Confirmados en segunda instancia, por la Cámara de Apelaciones, los derechos de Nasco Inc. y vuelto el expediente a la Corte de Distrito, esta resolvió imponer sanciones contra el actor Chambers en forma de "attorney fees and expenses" (honorarios de abogado y gastos) que representaban todos los costos de litigación en que incurrió Nasco.

La Corte de Distrito sostuvo que la conducta sancionable de Chambers había consistido en: 1) intentar privar al tribunal de su jurisdicción mediante actos de fraude, casi todos realizados fuera de los confines del tribunal; 2) haber presentado alegatos falsos y frívolos; 3) haber intentado por otras tácticas de retardo, opresión, acoso y gastos masivos, que NASCO terminara por rendirse.

(21) REHNQUIST, William H., *The Supreme Court*, p. 287, 1987.

Ahora bien, la Corte de Distrito estimó que la Regla Federal de Procedimientos Civiles 11, que “dispone la imposición de honorarios como sanción por presentar documentación impropia al Tribunal”, era insuficiente ya que sólo alcanzaba a la conducta enunciada en el punto 2, pero no los contemplados en los puntos 1 y 3. El Tribunal declinó también imponer sanciones bajo la Ley 28 USC, 1927, porque tampoco alcanzaban a cubrir los actos que degradan el sistema judicial.

Fue así que, finalmente, el Tribunal invocó su poder inherente para imponer las sanciones al litigante de mala fe. El actor Chambers impugnó tal decisión afirmando que la Corte de Distrito debe actuar según la Ley estadual para sancionar la conducta del litigante y no acudir a poderes inherentes del Tribunal.

Apelado ante la Corte de Apelaciones, ésta rechazó el argumento de Chambers de que la Corte de Distrito debía actuar según la ley estadual, y no por los poderes inherentes del Tribunal, para sancionar a los litigantes por su mala conducta. Agregó que el poder inherente no es “un amplio reservorio de poder puesto en una mano imperial, sino una fuente limitada”, que se traduce en un poder implícito exprimido de la necesidad de que el Tribunal funcione.

C) Fallo de la Suprema Corte. Opinión de la mayoría

Finalmente llega el expediente a la Suprema Corte y al Justice Byron White le corresponde fundamentar la opinión de la mayoría integrada por los jueces Marshall, Blackmun, Stevens y O'Connor. Comienza por afirmar que “ciertos poderes de nuestras Cortes de justicia deben resultar necesariamente de la naturaleza de sus instituciones, es decir poderes que no pueden ser dispensados por el Tribunal porque son los que le permiten ejercer todos los otros”. White cita el caso “US vs. Hudson” del año 1812, en donde los Justices Marshall y Stone defienden los poderes implícitos del Tribunal contra la posición del Justice William Johnson que se aferraba a los poderes explícitos de la ley. Por ello —agrega White— “las Cortes de Justicia son reconocidas universalmente por estar investidas desde el momento de su creación, con el poder de imponer silencio, respeto y decoro, en su presencia, además de sumisión a sus mandatos legales”. Continúa White diciendo que el poder para castigar por desacato es inherente a todas las Cortes y alcanza no sólo a la conducta observada ante la Corte sino que va más allá de los confines del tribunal. El poder judicial no solo sanciona el desacato que interrumpe

el procedimiento del tribunal sino también la desobediencia a las órdenes impartidas por el propio Tribunal más allá de que ellas interfieran la conducta del juicio.

Es cierto que el ejercicio del poder inherente de una Corte federal inferior está limitado por el estatuto y la ley, ya que estas Cortes fueron creadas por ley del Congreso. Reconoce White que en ciertos casos la Suprema Corte ha aceptado que el poder inherente puede ser invocado incluso si existen reglas de procedimientos que sancionan la misma conducta. Esto ha sido cuestionado largamente, no sólo por los diversos tribunales estatales, sino también por el propio Supremo tribunal (*Redfield c. Istalyfera Iron*).

Al igual que la Corte de Apelaciones —dice White no encontramos abuso de discreción en recurrir al poder inherente en el caso que nos ocupa. Es verdad que el Tribunal de Distrito pudo haber empleado la Regla 11 para sancionar a Chambers por presentar “alegatos falsos y frívolos” (124 FRN) y que parte de su comportamiento podría haber sido castigado por medio de otras reglas.

Empero, gran parte de la conducta de mala fe de Chambers estaba fuera del alcance de las los estatutos y leyes, de tal modo que su conducta sancionable mediante las reglas estaba entrelazada dentro de la conducta que sólo podía ser sancionada con el poder inherente.

En el caso —agregaba White— donde todo el proceder del litigante es sancionable, exigir que el Tribunal aplique primero reglas y estatutos que contenga provisiones parciales para sancionar la conducta punible y recién entonces invocar el poder inherente para completar la sanción de lo no alcanzado por aquellos estatutos y reglas, sólo serviría para alargar sin necesidad la aplicación de la sanción.

La sentencia de la Corte reconoció que la conducta de Chambers fue parte de un esquema sórdido traducido en el mal uso deliberado de los procesos judiciales, por lo que se lo condenó al pago de la totalidad de los honorarios de los abogados de Nasco, ya que nada impide que un Tribunal federal pueda recurrir a sus poderes inherentes para imponer el pago de las costas y determinar el pago de los honorarios de los abogados. Si bien la denominada “regla americana” prohíbe el traslado de los honorarios, la Corte puede hacerlo para sancionar la desobediencia intencional a una orden del Tribunal.

El Justice White recordó que en el caso "Alyseka v. U.S"., invocado por Chambers, la Corte vinculó los poderes inherentes del Tribunal para otorgar honorarios, con la coexistencia de una ley estatal que acuerde igual facultad pero señalando que el Congreso no había repudiado las excepciones a la Regla Americana, fundadas en el poder inherente de ese Supremo Tribunal.

En el caso Chambers la *Corte Federal* no le aplicó sanciones por rompimiento de contrato sino por el fraude que perpetró en la Corte. El poder inherente de imponer honorarios por esa conducta no puede ser subordinado a ninguna regla.

Concluye White sosteniendo que no hay base para afirmar que las sanciones previstas en los estatutos y las reglas puedan desplazar el poder inherente que faculta para imponer sanciones por la conducta de mala fe no alcanzado por aquellas. Esos mecanismos, cada uno o todos juntos, no son sustitutos del poder inherente porque este poder es, al mismo tiempo más amplio y más limitado que los otros medios de imponer sanciones.

Recoge White finalmente, el argumento de Chambers de que el tribunal no puede imponer sanciones por la conducta desarrollada ante otros tribunales y que el juez sólo puede sancionar la conducta del litigante ante su presencia. Para White, el abuso del proceso puede sancionarse aun cuando ocurra más allá de la sede del tribunal.

Por cierto que el poder inherente de una Cámara federal baja puede ser limitado por el estatuto y las leyes, ya que estos tribunales fueron creados por una ley del Congreso. Pero advierte White, "no asumimos fácilmente que el Congreso busque apartarse de los principios establecidos", como el campo del poder inherente de la Corte Suprema.

Concluye White expresando que el Congreso puede, hasta cierto grado, especificar la manera en la cual el Presidente puede ejercer los poderes inherentes o asignados constitucionalmente, mientras que no afecte la efectividad de esos poderes (Myers v. US, 1926). De igual manera el Congreso puede prescribir la manera en la cual la Corte Suprema puede proteger la integridad de sus procedimientos. El Tribunal debe usar los medios prescriptos por la ley, salvo que por alguna razón sean inadecuados o insuficientes.

D) Opinión disidente

El juez Scalia concuerda con la mayoría de la Corte en el alcance del Artículo III, y es que los tribunales, como una rama del gobierno independiente y recíproca, derivan de la propia Constitución, una vez que hayan sido creados y establecidas sus jurisdicciones. Algunos elementos de esta autoridad inherente son tan esenciales al "Poder Judicial" (art. III, 1, Constitución de Estados Unidos) que son irrevocables ya que entre ellas está la capacidad de la Corte de establecer órdenes que protejan la integridad de sus procedimientos.

Expresa Scalia que ciertos poderes implícitos necesariamente derivan de nuestros tribunales de justicia por la naturaleza de su institución. Multar por desacato —encarcelamiento por contumacia— instaura la observancia del orden, son poderes de los que no se puede prescindir en un Tribunal, porque son necesarios para el ejercicio de todos los otros; y hasta ahora nuestro Tribunal sin duda posee poderes que no derivan inmediatamente de su estatuto" y cita el *leading case* *United States v. Hudson*, 7 Cranch 32, 34 (1812), que también menciona el voto de la mayoría.

El Congreso puede hasta cierto grado especificar la manera en la cual puede ejercer los poderes el Presidente, inherentes o asignados constitucionalmente, mientras que no afecte la efectividad de esos poderes (cf. *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 128, 1926), caso citado por la mayoría. Así también el Congreso puede prescribir la manera en la cual la Corte Suprema puede proteger la integridad de sus procedimientos. Un tribunal debe usar los medios prescritos salvo que por alguna razón sean inadecuados. En el caso presente, lo eran indudablemente.

Disiente sin embargo, con la afirmación de la mayoría de que el poder inherente de la Corte alcanza la conducta "más allá de los confines de la Corte" aunque no "interfiera con el proceder del juicio" ante, en 10 (citando *Young v. United States ex rel. Vuitton et Fils S.A.*, 481 U.S. 787, 798 (1987). Ver *id.*, en 819-822 (Scalia J. concurrente). Concuerdo enfáticamente con el juez Kennedy, expresa Scalia, en que la Corte de Distrito aquí no tenía ningún poder para imponer sanción alguna por demandante flagrante, ruptura de contrato de mala fe; y concuerdo con él en que parece haberse hecho eso. Por esa razón no acompaña al voto de la mayoría.

E) Disidencia de los jueces J. Kennedy, C. J. Rehnquist y J. Souter

Los efectos de la decisión mayoritaria, importan una vasta expansión de los poderes de las Cortes Federales, no autorizados por la ley ni por estatuto.

No tengo dudas sobre la conducta del reclamante que justifica medidas correctivas severas. Pero ello no debe llevarnos a oscurecer los límites de las categorías legales establecidas.

Expresa Kennedy que con todo respeto estima que la Corte comete dos errores fundamentales:

1) permite el ejercicio de poderes inherentes para sancionarlo, sin recurrir previamente a las leyes y estatutos vigentes, con lo que se atribuyen a los tribunales federales el poder del Congreso de regular honorarios y costos.

2) La Corte eleva la carga total de los honorarios del abogado del demandado (y que recaen sobre el demandante).

Sostiene que la extensión de la autoridad inherente para sancionar la conducta anterior al litigio mismo (pre-litigación), subvierte la Ley Americana. El ejercicio de los poderes inherentes requiere el agotamiento de las sanciones expresas (explícitas) y mucho más cuidado en su aplicación cuando se trata de sancionar la conducta pre-litigante. Hay toda una familia de medidas sancionatorias expresamente previstas por el Congreso a la que debieron acudir.

Luego Kennedy enumera otros errores de la sentencia de la Corte, a saber:

1) Olvidó que la Ley Americana prohíbe a las Cortes Federales imponer el pago de los honorarios de los abogados en la ausencia de estatuto o contrato que prevea el "fees award". Por acción directa y delegación, el Congreso ha ejercitado su prerrogativa constitucional para proveer a los Tribunales de Distrito con un arsenal de leyes y estatutos federales para que se protejan a sí mismos de los abusos, y procede a hacer una enumeración exhaustiva de casos. La Ley Americana reconoce que el poder legislativo, no el poder judicial, posee responsabilidad constitucional para definir sanciones y multas, Los tribunales pueden aplicar

multas no previstas por el Congreso pero en circunstancias específicamente definidas por la ley.

2) Kennedy agrega que según la Suprema Corte un tribunal federal puede ignorar estas previsiones (leyes y estatutos) y ejercer el poder inherente de sancionar la conducta de mala fe. La Suprema Corte describe las relaciones entre las sanciones expresas que establece la ley y el poder inherente como sanción por mala conducta, pero no encuentra el estándar que indique cuál de ellas debe aplicarse.

Cuando la Suprema Corte reitera que “mientras cada uno de los otros mecanismos (leyes y estatutos) alcanza solo a determinadas conductas, el poder inherente se extiende a un amplio rango de abusos en litigaciones”, retruca Kennedy que estamos obligados a las leyes en sí, no a su propósito, y las leyes requieren ser aplicadas de acuerdo a sus términos. No debemos dejar que las consideraciones políticas sobre los efectos de la litigación, distorsionen sus claras disposiciones.

Mi disenso —concluye— no debe ser interpretado como una aprobación de la conducta del demandante y su abogado, en el caso que nos ocupa. Todo lo contrario. Nuestras leyes permiten las sanciones que calzan exactamente en el tipo de conducta definida en autos.

Al ejercer el poder inherente para sancionar la conducta previa a la litigación, el Tribunal de Distrito ejerció autoridad donde el Congreso no se la dio y, en cambio, no aplicó aquellas que sancionan exactamente conductas que degradan la profesión y no sirven a la justicia.

F) Conclusión

Quisiera resaltar que tanto el voto de la mayoría como el de la minoría reconocen los poderes inherentes del Poder Judicial. Esto asoma bien nítido en ambas posiciones. Pero mientras la primera llega a dar prevalencia —en ciertos casos— al poder inherente sobre el poder expreso; la segunda —las disidencias— anteponen la atribución expresa —en todo caso— frente al poder inherente. Parece importante señalar que diez años después, la doctrina del caso Nasco fue nuevamente aplicada por la Corte Federal de Apelaciones en el caso “Pickholtz vs. Rainbow Technologies”, con fecha 3 de abril de 2002. La Corte Federal revirtió el fallo del Tribunal de Distrito, y reiteró que los “poderes inherentes de la Corte incluyen la atribución de otorgar al litigante pro-se (“pro-se

litigants”) los honorarios del abogado (attorney fees). Pickholtz era un litigante “pro-se” (actúan por sí mismos y se autopatrocinan), que gana el juicio luego de sufrir abusos procesales practicados por el demandado Rainbow.

La Cámara Federal sostuvo que si bien los honorarios de los abogados en el caso de litigantes “pro-se” no pueden ser impuestos según la Regla Federal de Procedimientos Civiles N° 37 ya que ésta se limita a los gastos incurridos, pueden serlo si se aplica el poder inherente de la Corte.

El caso fue devuelto al Tribunal de Distrito para considerar que el actor Pickholtz tiene derecho bajo la esfera del poder inherente, a una compensación por su representación “pro-se” frente a los abusos de Rainbow Tech. ♦

EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

SUMARIO: I. Filiación histórico-constitucional de nuestra justicia administrativa y su comparación con el modelo norteamericano. — II. Acceso a la justicia: evolución del sistema procesal administrativo argentino. — III. Los retrocesos posteriores en el acceso a la Justicia. — IV. Algunos avances en medio de otros retrocesos. — V. Conclusiones.

I. Filiación histórico-constitucional de nuestra justicia administrativa y su comparación con el modelo norteamericano

1. Introducción

Suele afirmarse que nuestro sistema constitucional es judicialista al igual que el norteamericano. Esta afirmación es parcialmente cierta, especialmente en lo que atañe a la organización de la justicia federal y a la determinación de la competencia de la Corte Suprema (1), entraña, por otra parte, una visión errónea acerca del funcionamiento del sistema constitucional de ambos países, cuyas bases y puntos de partida (para utilizar una fórmula tan significativa como la del título de la obra del gran Alberdi), así como su posterior evolución en los respectivos derechos, resultan radicalmente diferentes (2).

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Juan Carlos Cassagne, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 27/05/2004.

(1) Comparar nuestros arts. 116 y 117 de la CN con el Artículo III, Secciones 1 y 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.

(2) Con una expresión gráfica para la época Alberdi sostuvo que decir que son iguales es algo así como confundir un huevo con una castaña.

Varias son las cuestiones que entran en juego a la hora de analizar las diferencias o aproximaciones que existen entre el sistema constitucional argentino y el norteamericano, pero ningún análisis podrá arribar a un resultado cierto si no parte del núcleo de principios que integran las fuentes de la justicia administrativa y del saber histórico (3).

Nadie discute que el sistema de justicia administrativa, contencioso-administrativo, derecho procesal administrativo o como se lo quiera denominar convencionalmente, constituye, en realidad, un subsistema perteneciente a un sistema que lo engloba, el cual constituye el eje de nuestra Constitución y también de la norteamericana.

Este sistema no es otro que el denominado de la separación de poderes, el cual hunde sus raíces históricas en el conocido trabajo de Montesquieu (4), aunque existen antecedentes aristotélicos del principio (sin una formulación tan orgánica ni moderna) y, lo que es menos conocido, en las instituciones del derecho visigodo, particularmente el que rigió en España desde finales del Imperio Romano de Occidente.

En rigor, son muchas las instituciones del derecho público occidental que encuentran su fuente en el derecho de los visigodos (entre ellas el poder judicial independiente, los embriones del sistema federal y la autonomía de las ciudades) lo cual implica reconocer que las raíces de importantes instituciones y principios de derecho público desarrollados más tarde en Inglaterra y en los países de Europa Continental tienen origen germánico.

Precisamente, en las instituciones visigodas se encuentran los antecedentes de muchas figuras y concepciones que más tarde la Revolución Francesa reprodujo como originales y nuevas como si el derecho no fuera la obra decantada de instituciones que van evolucionando y perfeccionándose con el paso del tiempo.

Así aconteció, entre otras figuras, con el concepto de "ciudadano" que aparece en el derecho medieval y con el principio que asignaba valor de

(3) Cfr. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián, *Fragmentos de Derecho Administrativo*, p. 114, ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

(4) Un estudio exhaustivo sobre la teoría se encuentra en el trabajo de BOSCH, Jorge Tristán, *Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes*, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, p. 35 y sigtes., Buenos Aires, 1944.

ley suprema a los Fueros medievales, los que estaban “por encima de la voluntad real” (5). La consecuencia era que lo que se hacía contra el fuero se consideraba nulo “ipso foro”.

En cambio, la obra de la Revolución Francesa, al crear una monarquía constitucional dependiente del Poder Legislativo, dejó al Ejecutivo a merced del poder parlamentario, lo que condujo, en pocos años, a la destrucción del régimen que pretendió instituir, claramente violatorio de la separación de poderes. Por eso, la principal consecuencia no fue tanto la afirmación de la supremacía de la ley sobre la voluntad del Rey sino la sumisión de éste al poder del Parlamento.

Ahora bien, la búsqueda de las bases y puntos de partida nos lleva, a su vez, a desentrañar algunos equívocos que han ido deslizándose, sostenidos incluso por prestigiosos autores, en torno a las fuentes de nuestro derecho público, los orígenes de la justicia administrativa, la evolución del sistema norteamericano (basado hoy día en un sistema de jurisdicción administrativa con control judicial posterior, generalmente concentrado en las Cortes de Circuito, que son tribunales colegiados) y las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista.

2. Las fuentes del derecho público argentino

Una visión sumaria acerca de las fuentes del derecho público argentino muestra que el modelo norteamericano constituyó una de las bases sobre las que se edificó nuestra Constitución, particularmente en cuanto a la forma de gobierno federal adoptada por los constituyentes de 1853.

De allí algunos autores han pretendido extraer la conclusión de que las instituciones de nuestro derecho procesal deben adaptarse a dicho modelo y a su evolución jurisprudencial, consecuencia que extienden para sostener la inconstitucionalidad o constitucionalidad, según el caso, de determinadas instituciones o características del proceso (vgr. efectos *erga omnes* de la anulación de reglamentos) (6).

(5) GOROSTIAGA, Norberto, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, p. 71 y sigtes., Buenos Aires, 1944, cit. por LINARESQUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, p. 17 y sigtes., Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2001.

(6) Vid: MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, t. I, p. 95 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984.

Sin embargo, como creemos haberlo demostrado en otras oportunidades (7), esa conclusión reposa en la creencia errónea, originada en Sarmiento y en la opinión del convencional Gorostiaga, en el sentido que nuestra Constitución constituye un calco o copia de la norteamericana. De allí, algunos autores han deducido (8), en forma puramente dogmática y sin tener en cuenta los estudios históricos y doctrinarios efectuados sobre las fuentes constitucionales de nuestra ley suprema que desmienten esa tesis que, en realidad, fue sólo una simplificación realizada con fines didácticos o políticos (en el caso de Sarmiento).

Hay que advertir que la circunstancia de que el Derecho Administrativo argentino, en sus principales construcciones legales, doctrinarias y jurisprudenciales, no haya mantenido una total fidelidad al modelo norteamericano no implica contradicción alguna, no sólo por razones que hacen a la diversidad de sus fuentes, sino también porque no existe en la Constitución norma ni principio que se oponga a la construcción de un sistema propio y original, basado en la yuxtaposición de fuentes vernáculas, hispano-americanas y europeas, en el marco del molde constitucional que consagra el sistema presidencialista, la forma federal de gobierno (9) y las reglas de distribución de competencias entre la Nación y las provincias, que los constituyentes abrevaron en la fuente

(7) Entre otras, en nuestro "*Derecho Administrativo*, 7ª ed., t., p. 170 y sigtes., Ed. Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

(8) MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. I, p. 95, sostiene que el modelo fue la Constitución norteamericana con cita de la obra de Joaquín V. González (*Manual de la Constitución Argentina*, ps. 37 y sigtes., Buenos Aires, 1983). Lo cierto es que en la época en que MAIRAL sostuvo esta postura buena parte de los publicistas habían arribado a la conclusión de que la fuente principal fue el proyecto de Alberdi, basado en una yuxtaposición o diversidad de fuentes (hispanoamericanas, europeas y norteamericanas). La tesis que criticamos entraña una simplificación sobre el modelo judicialista adoptado en ambos países así como su evolución posterior sin darle relevancia al artículo 109 de la CN (ex art. 95 CN) ni a sus fuentes.

(9) La fórmula del art. 3º de la Constitución es la de un federalismo atenuado por el reconocimiento de los antecedentes unitarios (junto a los federales) que Alberdi venía señalando desde sus primeros trabajos en El Nacional de Montevideo y que después reprodujo en las Bases de 1852, entre los que se destacan la unidad de legislación y la unidad financiera. En tal sentido, Alberdi indicó que "la Federación argentina debía ser mixta, compuesta, federal y unitaria a la vez" (véase: DEMICHELI, Alberto, *Génesis de las Bases*, p. 22, Buenos Aires, 1966).

constitucional norteamericana (lo cual, obviamente, nadie ha puesto en duda), siguiendo la propuesta que Alberdi formuló en las Bases (10).

Fuera de ello, la tesis según la cual la Constitución argentina es una reproducción de la norteamericana constituye un equívoco histórico doctrinario y lo cierto es que no resulta sustentable, como surge de la interpretación del propio Alberdi, quien al refutar tal postura en un trabajo dedicado especialmente al tema titulado *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*, comienza diciendo nada menos que: "para falsear y bastardear la Constitución Nacional de la República Argentina, no hay sino que comentarla con los comentarios de la Constitución de los Estados Unidos" (11).

Y si tal como se ha demostrado, a través de los numerosos estudios hechos en el siglo que acaba de finalizar, que el proyecto de Alberdi ha sido la fuente más importante de nuestra Constitución (12), nada mejor que acudir a las Bases y al proyecto de Constitución que tuvieron a la vista los convencionales para interpretarla y aclarar los errores que se vienen repitiendo en algunos sectores del Derecho Público argentino.

Con una frase que no admite dudas acerca de la filiación de su proyecto que, en gran parte, sirvió de base para la Constitución de 1853, Alberdi nos advierte en dichos *Estudios* que: "todo es diferente en las dos Constituciones argentina y americana respecto a la organización del gobierno, por más que la forma federal que les es común las asemeje al ojo inatento y superficial" (13).

En efecto, el examen atento de las fuentes y preceptos de la Constitución revela que son varios los aspectos de interés para el desarrollo del

(10) AJA ESPIL, Jorge A. sostiene que "el federalismo argentino es distinto al estadounidense, ya que existen diferentes raíces históricas y sociales entre ambos países" (*Constitución y Poder*, Ed. Tea, p. 30, Buenos Aires, 1987); véase también: GONZALEZ CALDERON, Juan Antonio, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, 2ª ed., p. 6, I. Lajouane y Cía Editores, Buenos Aires, 1923.

(11) ALBERDI, Juan Bautista, *Obras completas de J. B. Alberdi*, t. V, "Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853", p. 148, Buenos Aires, 1886.

(12) Véase: DÍAZ ARANA, Juan J. (h.), *Influencia de Alberdi en la Constitución Nacional*, p. 37 y sigtes., Buenos Aires, 1947.

(13) *Op. cit.*, p. 156.

Derecho Público en los que el apartamiento del modelo norteamericano resulta ostensible, a saber:

(i) el diseño del Poder Ejecutivo como Jefe de la Administración y titular de la administración general del país (ex art. 83 inc. 1° de la CN de 1853), lo cual veda la creación de entes o agencias de la Administración dependientes del Congreso (14) norma que, en su esencia, ha mantenido la Constitución de 1994 (15), si bien la respectiva atribución resulta ahora también ejercida por la híbrida figura del Jefe de Gabinete, que depende jerárquicamente del Presidente;

(ii) la atribución al Ejecutivo de la facultad de dictar reglamentos de ejecución y la interpretación constitucional consecuente que admitió que, bajo determinados límites, el Presidente podía dictar reglamentos con fuerza de ley, lo cual se encuentra en la misma línea de un precepto del Proyecto de Alberdi que concedía al Congreso la atribución de "*dar facultades especiales al Poder Ejecutivo para expedir reglamentos con fuerza de ley en los casos exigidos por la Constitución*" (art. 67, inc. 7°, del Proyecto de Alberdi). Esta tendencia interpretativa de la Constitución histórica ha sido finalmente recogida en la Constitución de 1994 al instituir positivamente las figuras de los reglamentos delegados, para materias de Administración o situaciones de emergencia pública (art. 76, CN), y de los reglamentos de necesidad y urgencia, contemplados expresamente a partir de la reforma constitucional, en el artículo 99, inciso 3° de la CN;

(iii) mientras la Constitución norteamericana mantuvo el *common law* la atribución de los Estados para legislar respecto de materias que, para el pensamiento continental europeo y argentino integran el Dere-

(14) Al respecto, señala ALBERDI: "Ha resultado de ahí que el Poder Ejecutivo argentino, que forma la facción prominente de la Constitución de 1853 y determina toda su fisonomía, es completamente diferente del Ejecutivo de los Estados Unidos de Norte-América. No hay más que colocar uno enfrente de otro y contar sus atribuciones, para ver que se asemejan tanto como un huevo a una castaña. Y así debía de ser. Era nuestro ejecutivo en cierto modo, y en especial respecto de los medios de acción, una especie de reconstrucción del gobierno central, que había existido por dos siglos. Mil veces más se asemeja al de Chile que al de Estados Unidos, a pesar de la diversidad de nombres; y debía preferirse la imitación de lo que era más análogo y adaptable a nuestra condición de ex colonia española y de habitantes de la América del Sur" (op. cit., p. 157).

(15) CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, p. 323 y sigtes., 6° ed. (reimpresión), Buenos Aires, 2000.

cho Privado, la Constitución argentina operó una verdadera revolución legislativa al unificar en el Congreso la potestad de dictar la nueva legislación de fondo en materia civil, comercial y penal, entre otras (ex art. 67, inc. 11 y actual 75, inc. 12, CN) lo cual ha permitido aplicar analógicamente en el Derecho Público las normas del Código Civil y Comercial, en forma uniforme en todo el país, incluso al Derecho Público local;

(iv) el federalismo argentino es menos descentralizado que el norteamericano en el Proyecto de Alberdi y en la Constitución de 1853 y si bien esta orientación fue en parte atenuada en la reforma constitucional de 1860, los poderes del gobierno federal en la letra y en la realidad siguen siendo mayores que los de su equivalente en Estados Unidos (vgr., en materia legislativa).

El cuadro expuesto, con mayor o menor influencia sobre la conclusión que venimos sustentando, revela, sin embargo, hasta qué punto son diferentes ambas constituciones y da razón a quienes han destacado la importancia de los antecedentes patrios (16), de distintas constituciones provenientes del derecho comparado, especialmente la de Chile de 1833 y de diversas constituciones europeas (como la española de 1812) (17) y de los Estados norteamericanos.

Así, el pluralismo que caracteriza a las fuentes en que abreva nuestro derecho público se extiende al derecho procesal, rama ésta que una parte de la doctrina pretendió, en su momento, hacer dependiente del derecho francés, olvidando la influencia que han tenido otros derechos, como el español y el italiano, en la conformación de sus principales instituciones.

(16) Véase: CASSAGNE SERRES, Blanca A., *La Constitución Nacional. Filiación Histórica del Preámbulo Argentino*, p. 57, El Ateneo, Buenos Aires, 1945.

(17) Cfr. LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 41 y sigtes., Buenos Aires, 2001; ver también: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, p. 81 y sigtes., Buenos Aires, 1958, quien anota que, habida cuenta de las diferencias existentes entre la Constitución argentina y la norteamericana, tales diferencias "demuestran que, en principio, no son aplicables en nuestro país la doctrina y la jurisprudencia de EE.UU." (p. 83) y que el método constitucional utilizado por los constituyentes argentinos se base en el modelo francés de 1791 (p. 89); ver también VANOSSI, Jorge Reynaldo, *El carisma de una Constitución perdurable*, publicación de los Institutos de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 708, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2003.

En el caso del derecho administrativo, los principales juristas que nos precedieron, Marienhoff, Diez y Linares, tenían muy claro el panorama de las fuentes de nuestro derecho administrativo. En particular Linares (18), de quien podía suponerse lo contrario por algunas expresiones incidentales y el buen manejo que hizo siempre de los principios de derecho norteamericano, llegó a decir, luego de señalar la relatividad de la aplicación del derecho europeo, que “también difiere nuestro derecho administrativo del sistema iuspublicista vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, pese a cierta similitud de nuestra Constitución con la de aquel país, porque: 1) el sistema federal es distinto; 2) el common law americano, pese a regir casi exclusivamente para el derecho privado, imprime a su derecho administrativo objetivo, legislado y científico, ciertas valoraciones y criterios interpretativos singulares de difícil aplicación al nuestro”.

3. Sobre los orígenes de la justicia administrativa

La perspectiva, como figura vinculada al fenómeno jurídico inserto en toda institución, parte de una situación determinada en el tiempo y se proyecta hacia el futuro como un conjunto de visiones distantes.

Por tal causa, esa visión a distancia de las cosas requiere como punto de partida un conocimiento acabado del saber histórico cuidando no olvidar —como nos ha advertido Sebastián Martín Retortillo— que “la historia de un sistema no se agota con la referencia más o menos completa a un sistema normativo” (19).

Y si bien no es nuestro propósito realizar un estudio histórico exhaustivo acerca del origen de la justicia administrativa en el derecho comparado nos parece necesario desbrozar algunos equívocos, como aquel que, sobre la base de la descripción formal y lógica de un producto revolucionario, atribuye el nacimiento de la jurisdicción administrativa a la Revolución Francesa (20), como si fuera una operación quirúrgica

(18) LINARES, Juan Francisco, *Derecho Administrativo*, p. 20, Buenos Aires, 1986, cuyo pensamiento ha sido tergiversado por algunos autores.

(19) MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Fragments de Derecho Administrativo*, p. 116, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

(20) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Problemas de derecho público a comienzo de siglo*, p. 27 y sigtes., Ed. Civitas, Madrid, 2002.

que creó un derecho nuevo y no la obra decantada de un largo proceso histórico.

Ese largo proceso histórico, originado en el Antiguo Régimen francés, que se basaba en el principio de separación entre las autoridades administrativas y las judiciales, alcanzó a establecer la judicialidad de los conflictos entre los particulares y la Administración, asignando la respectiva competencia a órganos administrativos separados de la Administración activa (Intendentes y Consejo del Rey) (21).

La circunstancia que la jurisdicción administrativa naciera bajo la monarquía, al mismo tiempo que la judicial, ha sido subrayada nada menos que por Tocqueville (22) y por Laferrière (23) encontrándose referencias en numerosos estudios jurídicos realizados por autores franceses durante el siglo pasado (vgr. Viollet, Esmein, Chenon, etc.).

La Revolución Francesa, aunque partió del reconocimiento del mismo principio de dualidad de jurisdicciones prescripto por el Antiguo Régimen, consagró una solución radicalmente distinta, suprimiendo los Intendentes y el Consejo del Rey y transfiriendo la titularidad de la función de juzgar a la Administración a los propios órganos de la Administración activa (24), que de esa manera eran a la vez jueces y partes de un mismo conflicto (25).

(21) La trascendencia del conflicto que, durante años, enfrentó a los funcionarios del Rey con los Parlamentos que ejercían funciones judiciales fue muy grande, al igual que su duración, pues abarca prácticamente desde el reinado de Luis XIV hasta el de Luis XVI, inclusive.

(22) TOCQUEVILLE, Alexis de, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Oeuvres complètes, t. II, vol. 1°, p. 123 y sigtes., Ed. Galimard, 2ème edition, Paris, 1952.

(23) LAFERRIERE, Edouard, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, especialmente ps. 10 y 139, 2° ed., Paris, 1896.

(24) Ley 16 del 24 de agosto de 1790.

(25) BENOIT, Francis Paul, *Le droit administratif français*, p. 282-283, Ed. Dalloz, Paris, 1968, apunta que "las soluciones revolucionarias constitufan un retroceso considerable con relación a las del Antiguo Régimen. La disociación operada por la Monarquía entre la Administración activa, que era susceptible de ser juzgada y los cuerpos administrativos de carácter jurisdiccional, que la juzgaban, desaparecía. En adelante, la propia Administración activa era su juez: nada ilustra mejor este estado del derecho que la misma noción de "ministro-juez" (op. cit., p. 282, parág. 498).

Resulta obvio, entonces, colegir que en la realidad del sistema instituido por la Revolución Francesa se encontraba una suerte de inmunidad de la Administración y sus funcionarios. Como es sabido, éstos fueron libres de cometer toda suerte de sucesos aberrantes que afectaron la vida y la propiedad de los franceses, en aras de una proclamada y formal igualdad y de libertades inexistentes, mediante conductas fundadas en el inexplicable dogma de la voluntad general y de su primacía, como una razón absoluta que excluye la razón individual.

Un sistema tan regresivo no podía durar mucho tiempo y a los nueve años (es decir, en 1799) Napoleón terminó dando una vuelta de tuerca hacia un modelo similar al del Antiguo Régimen mediante el establecimiento, en cada departamento, de un "Consejo de Prefectura" con competencia para conocer en determinados asuntos administrativos y, finalmente, con la creación del Consejo de Estado que vino a desempeñar funciones similares a las que cumplía el Consejo del Rey (26).

Como sostuvo Benoît, ese proceso significó "la reaparición de la jurisdicción del Intendente" completada más tarde con la creación del Consejo de Estado, a partir del cual la historia del extraordinario desarrollo que llegó a alcanzar el derecho administrativo francés es bien conocida.

La conclusión que se desprende de todo ello es que la justicia administrativa es el producto de un dilatado proceso histórico que va decantando sus principios y soluciones. Es cierto que ha recorrido a veces un camino equivocado, pero también resulta posible que a través de un golpe de timón pueda recobrar el equilibrio de poderes, que es la base para el funcionamiento armónico de cualquier sistema político.

En otras palabras, la justicia administrativa va amoldándose a los principios que una determinada sociedad considera justos y legítimos en una circunstancia histórica determinada (igualdad, libertad, propiedad, defensa y promoción de la competencia, seguridad física y jurídica, independencia, etc.).

Cabe entonces preguntarse si, en la actualidad, la justicia administrativa argentina, responde a esos valores que los ciudadanos consideran

(26) Cfr. GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, t. I, Ed. Instituto de Estudios Políticos, p. 280, texto y nota 32, con apoyo en la doctrina francesa, 2ª ed., Madrid, 1963.

como parte de los bienes comunes y de los derechos que merecen ser protegidos de la arbitrariedad proveniente de los diferentes órganos del Estado así como de personas que, siendo de naturaleza privada o pública no estatal, son parte o intervienen en calidad de terceros en los procesos administrativos.

No hay que olvidar que la significación ideológica de la justicia administrativa consiste en matizar el carácter individualista que ella tiene como producto del Estado de Derecho en los ordenamientos positivos (27).

Es que, básicamente, el problema de la justicia administrativa pasa por limitar el poder, el cual “es siempre por esencia, en cualquier situación, capacidad de dominación” (28). La novedad actual radica en que el ejercicio del poder público ante la jurisdicción administrativa se ha transferido —en algunos sistemas como el nuestro— tanto hacia organismos públicos (ej. órganos extra—poder como el Defensor del Pueblo) como hacia organizaciones de defensa de los consumidores y usuarios, a través de verdaderas acciones populares que ponen en grave riesgo el equilibrio del sistema de protección de los derechos de los particulares que no tienen cabida en los mecanismos de acciones colectivas, a menos que se reglamenten las denominadas acciones de clase.

4. Tipología básica de los sistemas judicialistas, de tribunales administrativos o mixtos en relación al principio de separación de poderes

Cuando un sistema recibe el calificativo de judicialista se da por sobreentendida la circunstancia de que la calificación no se refiere al juzgamiento de las causas entre particulares (justicia civil-comercial o penal), dado que éstas, en los países civilizados donde rige la división de poderes, se ventilan ante jueces, separados orgánicamente de los poderes ejecutivos, que gozan de independencia frente a estos últimos.

(27) Con razón, GARRIDO FALLA anotó que “Los intereses y las situaciones individuales son, en si mismos respetables y su sacrificio ante las exigencias del interés general sólo puede producirse dentro del marco de la legalidad. En definitiva, aquí se encuentra la radical diferencia entre el Estado de Derecho subjetivista y las ‘garantías de legalidad’, que a veces se establecen en los Estados totalitarios y de los cuales hemos tenido ejemplos que, afortunadamente, han pasado a ser históricos” (cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, p. 20, Ed. Tecnos, Madrid, 2001).

(28) FERNANDEZ, Tomás Ramón, *Entre el Derecho y la Política*, Ed. Abella, p. 12, Madrid, 1987.

Lo que caracteriza a cualquier sistema judicialista es el hecho de atribuir a un poder judicial independiente el conocimiento de las causas en que el Estado, o los Estados y/o Provincias, según los diferentes modelos constitucionales, son parte en el litigio.

En la vereda opuesta a un sistema judicialista puro se encuentran los sistemas de tribunales administrativos, los cuales actúan en el ámbito de la Administración, aun cuando sus jueces se desempeñen con independencia funcional, como ha sido en la tradición francesa que exhibe la labor del Consejo de Estado.

Pero, se admite que puedan coexistir con la división de poderes, formas mitigadas del sistema judicialista reconociendo excepcionalmente, sin instituir una cláusula general, determinados tribunales administrativos, por razones de especialización, con control judicial posterior limitado, o bien, los llamados sistemas de jurisdicción administrativa primaria con control judicial amplio o simplemente revisor, o incluso excepcionalmente prohibido, como acontece en el sistema norteamericano.

En estos últimos sistemas, que podrían denominarse mixtos, la clave para determinar cuál es el que mejor se concilia con el principio de separación de poderes se encuentra en el alcance del control o revisión judicial, siendo evidente que aquel que cumple con mayor rigor los postulados en que se apoya es el que consagra el control judicial más amplio posible (entre nosotros, el denominado "control judicial suficiente"). Aquí aparece una tensión (señalada, entre otros, por el jurista alemán Pielow) entre justicia y eficiencia, donde el funcionamiento de los sistemas muestra que a mayor justicia menor eficiencia del sistema y viceversa.

5. Las bases constitucionales de nuestro sistema judicialista

La configuración del sistema judicialista consagrado en la Constitución de la Nación Argentina, estructurado sobre la base de la división de poderes, se apoya en un cúmulo de principios prescriptos en preceptos constitucionales. Ellos son:

- (a) la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18 de la CN;
- (b) la institución de un poder judicial independiente en cabeza de la Corte Suprema, integrado por los demás tribunales inferiores que establezca el Congreso (art. 108 CN) a los que les corresponde juzgar las

“causas” que se sometan a su jurisdicción (art. 116 CN) (entre otros, en que la Nación sea parte o que se susciten entre dos o más provincias);

(c) la interdicción del ejercicio de funciones judiciales por parte del Poder Ejecutivo (art. 109 CN) y

(d) la cláusula que permite promover el amparo judicial contra los actos u omisiones de los poderes públicos que lesionen, restrinjan, alteren o amenacen, derechos o garantías constitucionales (art. 43 CN).

Sin embargo, de todo ese cuadro de principios constitucionales, es evidente que el de mayor singularidad para la tipología judicialista del sistema se encuentra articulado por el precepto contenido en el art. 109 de la CN (ex art. 95 CN) el cual prescribe que “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

La fuente más próxima de esta cláusula constitucional es el art. 108 de la Constitución chilena de 1833, que, a su vez, se inspira en el art. 243 de la Constitución liberal de Cádiz de 1812 (29) y en el art. 7 del reglamento de la Justicia Conservadora del 22 de octubre de 1811.

Un análisis superficial, bajo el influjo del nacionalismo que a veces nubla la visión jurídica de los argentinos (que suelen ubicarse también en el extremo opuesto queriendo importar cuanta institución extranjera los atraiga), nos hubiera deparado una conclusión que, aun apelando a la certidumbre cronológica, fuera realmente tan notable como absurda (30). Pero al bucear en las fuentes españolas más inmediatas comprobamos que un precepto similar se encontraba en el Reglamento Provisional del Poder Ejecutivo, dictado por las Cortes españolas (generales y extraordinarias) estableciendo las funciones, facultades y atribuciones del Consejo de Regencia (31), el cual es anterior a la sanción del Reglamento de la Junta Conservadora.

(29) El art. 243 de la Constitución de Cádiz de 1812 prescribe que “Ni las Cortes ni el Rey podrán ejercer en ningún caso las funciones judiciales, avocar causas pendientes, ni mandar a abrir los juicios fenecidos.”

(30) Nos preocupaba el hecho de que los juristas argentinos sostuvieran que el Reglamento de 1811 hubiera sido la fuente de la Constitución de Cádiz.

(31) Decreto XXIV de 16 de enero de 1811, Cap. III, art. 1.

Por su parte, esa línea marca el principio que debía reinar, por razones históricas, en nuestra justicia administrativa, sobre la base de un sistema típicamente judicialista que hunde sus raíces en las instituciones hispánicas, primordialmente en Aragón y más tarde, en Castilla. Fueron precisamente dichas instituciones las que supieron crear un poder judicial independiente, con anterioridad a los sistemas de división de poderes que mucho tiempo después desarrolló primero Inglaterra y, luego, los demás países europeos.

El Justicia Mayor de Aragón constituye el símbolo quizás de mayor trascendencia histórica y jurídica en cuanto representa la independencia judicial frente al rey, al punto que continuó rigiendo hasta el reinado de Felipe II, cuya política absolutista transformó la institución, tras la muerte de Juan de Lanuza en 1591, quedando sujeta, desde entonces, a la autoridad real.

La tesis que venimos sosteniendo acerca de la influencia de las instituciones visigodas en nuestra Constitución histórica de 1853 ha sido propugnada por autores de la talla de Estanislao S. Zeballos y Segundo V. Linares Quintana.

Al respecto, Zeballos señaló en 1916 que al realizar el estudio comparativo de la Constitución Argentina con las instituciones visigodas, había llegado a un resultado sorprendente en el sentido de que nuestra Constitución "¡tiene en las instituciones de la Monarquía visigoda de los siglos V, VI, VII, VIII y IX de la era cristiana, raíces profundas que no se nutrieron en las instituciones de Inglaterra, porque no existían!" (32).

Entre esos principios, el que separa el poder judicial del poder ejecutivo y legislativo y prohíbe a éste el ejercicio de funciones jurisdiccionales traduce la continuidad de la doctrina jurídica española secular, representada por las antiguas leyes de Aragón y de Castilla (como se reco-

(32) Cfr. ZEBALLOS, Estanislao S., *Influencia de las instituciones visigodas en las argentinas*, en Revista de Derecho, Historia y Letras, Año XVIII, t. LV, p. 379, Buenos Aires, 1916, con citas del "Fuero Juzgo" que, como es sabido, constituye la recopilación del "Liber iudiciorum" (principal cuerpo legal visigótico). Este trabajo de Zeballos es la reproducción de una conferencia pronunciada por el autor en el Club Español de Buenos Aires, el 12 de octubre de 1916, cuya trascendencia para esa época ha sido recientemente reconocida en el libro Ortega en La Nación, de Marta M. CAMPOMAR, p. 72, Ed. El elefante blanco, Buenos Aires, 2003.

noce en los fundamentos del discurso preliminar con que se acompañó el texto de la Constitución de Cádiz).

Así, pudo decir Bielsa del Justicia de Aragón que fue una “admirable institución, cuya esencia es la de las más altas cortes de justicia defensoras de las leyes, empezando por la ley fundamental que es la Constitución” (33).

Por todo ello no puede extrañar que un antecedente hispánico similar al Hábeas Corpus anglosajón, el juicio de manifestación, haya influido también en nuestra tradición jurídica constitucional (34) ni menos aun que la Constitución de Cádiz de 1812 constituya una de las fuentes nutricias de la Constitución Argentina como lo han destacado Linares Quintana (35) y otros juristas (36).

La prescindencia de las fuentes constitucionales es muchas veces causa de graves errores de interpretación sobre el sistema judicialista de la ley suprema, el cual requiere —para una cabal hermenéutica— partir de sus bases históricas para captar su finalidad y su articulación con los demás principios constitucionales.

En esta materia, los trasplantes de instituciones exógenas, así como las llamadas transmigraciones, encierran el peligro de introducir fórmulas incompatibles con nuestra idiosincrasia, que desconocen el piso de realidad o experiencia sobre el que transitan nuestras principales instituciones.

Por eso, hay que reconocer que el sistema judicialista que instituye la Constitución Argentina configura un conjunto articulado y armónico

(33) BIELSA, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, p. 126, Buenos Aires, 1936; LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, t. I, p. 35 y sigtes., Buenos Aires, 1953.

(34) LINARES QUINTANA, Segundo V., *Raíces hispánicas del constitucionalismo*, Separata de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, p. 23 y sigtes., Buenos Aires, 2001.

(35) Op. cit., p. 33 y siguientes.

(36) Cfr. RODRIGUEZ VARELA, Alberto, *Génesis del constitucionalismo argentino*, JA, 1962, t. VI, sección doctrina, p. 117; SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, p. 218 y sigtes., Buenos Aires, 1943 y MATIENZO, José Nicolás, *Lecciones de Derecho Constitucional*, ps. 415-416, Buenos Aires, 1921.

de premisas y consecuencias que, aun cuando no sea del caso desarrollar en forma pormenorizada, no pueden dejar de ponerse de relieve, tales como:

(a) en principio, el juzgamiento de las leyes y de los actos administrativos y reglamentarios provenientes de los tres poderes del Estado compete a los jueces;

(b) sólo excepcionalmente, las leyes pueden crear tribunales administrativos para juzgar los actos de la Administración, por razones de especialización y nunca con jurisdicción general. En tales casos, para salvar la constitucionalidad de la atribución de funciones jurisdiccionales a órganos del Ejecutivo (nunca al titular del Poder Ejecutivo) aparte de los requisitos inherentes a la independencia del órgano, ha de existir la posibilidad de un control judicial suficiente, con amplitud de debate y prueba;

(c) la tutela judicial efectiva aparece como un principio que completa y amplía la garantía de la defensa en juicio, el cual se afirma gracias al "status" constitucional (art. 75 inc. 22 CN) que adquiere el Pacto de San José de Costa Rica, cuyos artículos 8 y 25 lo contemplan (Adla, XLIV-B, 1250).

De este principio, se desprenden una serie de consecuencias:

1) la superación de la doctrina de la jurisdicción meramente revisora que acotaba el alcance del control y su sustitución por la teoría del control judicial amplio y suficiente, como lo ha establecido la Corte Suprema en numerosos precedentes (37);

2) la ampliación del círculo de legitimados al extenderse el campo de protección de los derechos tutelados (vgr. consumidores y usuarios, en general, los derechos de incidencia colectiva que encuentran un cauce judicial expeditivo y sumario en el proceso de amparo —arts. 42 y 43, CN—);

3) la eliminación o relativización del principal requisito de admisibilidad de la pretensión procesal basado en el agotamiento de la vía ad-

(37) El criterio de la revisión judicial posterior sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales de la Administración se afirmó en la jurisprudencia de la Corte, aunque en forma casuista, a partir del caso "Fernández Arias" (Fallos 247:646).

ministrativa, lo cual también reafirma la necesidad y conveniencia de erradicar el carácter revisor de la jurisdicción administrativa (38);

4) la supresión o reducción de los supuestos en que se aplican plazos de caducidad perentorios, como carga procesal de promover la acción judicial dentro de lapsos tasados por la ley, vencidos los cuales, los justiciables pierden incluso el derecho de fondo, como si hubiera ocurrido la prescripción los respectivos derechos.

6. La evolución del sistema judicialista en el modelo constitucional norteamericano no ha sido igual a la argentina. Consagración de un sistema mixto que parte del reconocimiento generalizado de una jurisdicción administrativa primaria y el carácter limitado y concentrado del control judicial de la actividad administrativa.

En el sistema que rige en los Estados Unidos de América no existe, para el control de los actos de la

Administración Pública, una tradición judicialista tan fuerte como la de la Constitución Argentina, habiendo evolucionado hacia la adopción generalizada de una jurisdicción administrativa primaria que incluso, en algunos casos excepcionales, no es judicialmente revisable (39).

En tal sentido, con meridiana claridad el Profesor Bernard Schwartz ha sostenido que la jurisdicción primaria administrativa y el principio que exige el agotamiento de la instancia administrativa son como dos caras de la misma moneda. Mientras la jurisdicción primaria determina si un tribunal judicial o un ente administrativo tienen jurisdicción inicial, la doctrina del agotamiento define si se puede revisar lo actuado por un ente administrativo que no es la última instancia en el ámbito de la Administración (40).

(38) Una fundada crítica al carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa ha hecho TAWIL, Guido Santiago en *Los grandes mitos del derecho administrativo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa, la inactividad de la administración y su fiscalización judicial*, ED, 125-958.

(39) SCHWARTZ, Bernard, *Administrative Law*, p. 481, 3° ed., Little Brown and Company, Boston, Toronto, Londres, 1991.

(40) *Op. cit.*, p. 533.

De ese modo, lo que aconteció tras la evolución del sistema judicialista norteamericano fue el reconocimiento de una nueva forma de jurisdicción, distinta a la judicial.

Esta circunstancia, bastante atípica, terminó por convertir a dicha jurisdicción primaria administrativa en una verdadera instancia del proceso administrativo, sustituyendo, en los hechos, a los tribunales federales de primera instancia (denominados tribunales de distrito), ya que las leyes que rigen el procedimiento ante la jurisdicción federal prescriben, contra las decisiones de diversos órganos o agencias administrativas, un recurso directo de apelación ante las Cortes de Circuito (41).

El principal efecto que ello produjo, no suficientemente señalado ni advertido por la doctrina norteamericana ni la vernácula, es que el control judicial no constituye un control difuso sino concentrado en un número restringido (no son más de catorce) de tribunales colegiados de segunda instancia.

Desde luego, que el control difuso sigue manteniéndose a favor de la exclusiva competencia judicial para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, cuya fuerza expansiva se encuentra limitada al caso, por el carácter de "inter partes" de la sentencia.

(41) En los Estados Unidos, el sistema jurisdiccional que rige los procesos judiciales en que se impugnan actos de la administración y de las agencias federales, está lejos de concebirse como un sistema de control difuso, tal como sucede en nuestro país. Se trata de un sistema bastante complejo, el cual puede sintetizarse en las siguientes reglas: a) en general, rige el principio según el cual la forma de procedimiento para la revisión judicial se encuentra determinada en los respectivos estatutos o marcos regulatorios, que prevén procedimientos especiales ante cortes federales expresamente asignadas (APA, Sección 703); b) en la mayoría de los casos, los estatutos o marcos regulatorios disponen remedios específicos "statutory revision" que importan recursos directos ante las cortes federales de apelaciones de circuito; c) asimismo, para los supuestos en que no haya remedios específicos, sea por la inexistencia de marco regulatorio que los contenga o cuando éste no los prevea, existe la regla residual por la cual la acción judicial de revisión podrá ejercerse mediante cualquier acción legal admitida, y podrá interponerse ante los tribunales de primera instancia, contra los Estados Unidos, las agencias administrativas o contra el funcionario apropiado; d) a su vez, el USCA consagra una norma especial que atribuye jurisdicción exclusiva a las cortes federales de apelaciones de circuito para entender en la revisión judicial de los actos de numerosas administraciones y agencias taxativamente enunciadas, regla especial que prevalece sobre las anteriores (USCA, t. 28, cap. 158, sec. 2342); y e) por otro lado, también puede ocurrir que el marco regulatorio específico expresamente prohíba que determinada acción de la agencia administrativa pueda ser revisada judicialmente.

En resumidas cuentas, en el orden de la realidad, el sistema norteamericano evolucionó de un modo diferente al sistema judicialista argentino, caracterizándose por una combinación, basada en el pragmatismo y en la eficiencia, entre diversos elementos propios de los sistemas judicialistas con aquellos que rigen en los sistemas de tribunales administrativos, aunque orgánicamente no sean iguales por el hecho que constituyen, simplemente, órganos o entes de la Administración.

Por ese motivo, al tratarse de dos sistemas bien diferenciados en sus orígenes, estructura y funcionamiento, mal pueden extrapolarse sin más las fórmulas procesales del derecho norteamericano, las cuales deben pasar por el tamiz representado por los principios de nuestro sistema constitucional y por el juicio prudencial sobre la compatibilidad de cualquier institución o regla jurídica, con la tradición y las costumbres de nuestro pueblo.

II. Acceso a la justicia: evolución del sistema procesal administrativo argentino

1. *La venia legislativa*

El llamado "contencioso administrativo", en la primera etapa de su evolución histórica, recepcionó, a través de la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal (42) (basado en la teoría de la inmunidad soberana, que estaba vigente en los Estados Unidos) el sistema de la venia legislativa, para impugnar o reclamar contra los actos en que el Estado actuaba como poder público.

Este sistema, al no articular plazos para resolver las reclamaciones ni reglar los procedimientos garantísticos necesarios para la tutela de los derechos de los administrados, operó como una fórmula que, en los hechos, al bloquear o impedir el acceso a la justicia, generó continuos supuestos de denegación de esta última, puesto que los ciudadanos o empresas lesionadas no estaban habilitados (al faltarles la autorización del Congreso) para promover las respectivas acciones judiciales.

En síntesis, el sistema condujo a la indemandabilidad del Estado, ya fuera que actuara en ejercicio del poder público o como persona jurídica en el ámbito del derecho privado.

(42) "In re" *Seste y Seguich*; Fallos 1:317 de 1864.

Ante esa situación, el Congreso sancionó la ley 3952, conocida como ley de demandas contra la Nación (Adla, 1889-1919, 490), admitiéndose parcialmente la demandabilidad del Estado cuando se tratase de "acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica" (43). Finalmente, años más tarde (en 1932), el requisito de la venia legislativa se eliminó en su totalidad en la ley 11.634 (Adla, 1889-1919, 490) (44).

2. La reclamación administrativa previa y la exigencia de una denegatoria

A su vez, tanto la ley 3952 como la ley 11.634 prescribieron, en el orden nacional, el requisito de la reclamación administrativa previa y su denegatoria por parte de la Administración para poder acceder a la justicia.

Obsérvese que en este punto de la evolución de nuestro contencioso administrativo la ley, en vez de recepcionar el sistema del agotamiento de la instancia administrativa para acceder a la justicia, como era el seguido en el régimen norteamericano (45) y en el español de la ley de Santamaría de Paredes, generalizó la institución de la reclamación administrativa previa, que aun cuando no se aplicaba entonces a los procesos administrativos tenía sus raíces en el derecho hispánico, sin perjuicio de que en el derecho francés regía una regla similar que era la decisión "preable" (46).

El último requisito para acceder a la justicia estaba determinado por la necesidad de que se configurase la denegatoria expresa de la reclamación administrativa previa, o bien, la denegatoria tácita por el transcurso de un plazo de 6 meses y un procedimiento para instar la resolución (denominado pronto despacho) al que se adicionaba un plazo adicional de 3 meses, a favor de la Administración, antes de dar por habilitada la instancia judicial.

(43) Art. 1º, ley 3952.

(44) Art. 1º, ley 11.634.

(45) MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. I, p. 307.

(46) Ver DEBBASCH, Charles, *Contentieux administratif*, p. 921, París, 1981.

Este régimen de demandabilidad, que suponía la vigencia supletoria del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial Federal, insumía en total unos nueve meses como mínimo para que los particulares o empresas estuvieran en condiciones de promover acciones judiciales.

Pero aun así creemos con Mairal (47), que el sistema era de avanzada, muy superior al norteamericano, ya que no existían plazos de caducidad ni el Estado mantenía privilegios procesales.

De otra parte, al no exigirse la regla del agotamiento de la vía administrativa (o sea, que el recurso jerárquico era opcional como en Francia) la Administración ganaba en eficiencia y no se inundaba de expedientes en los que los particulares interponían recursos administrativos, ya que su promoción (a los efectos del agotamiento) no constituía un presupuesto de la demandabilidad del Estado. Los únicos plazos que hacían caer la acción judicial eran los plazos de prescripción de los derechos de fondo que fundamentaban la pretensión procesal.

La principal crítica que puede hacerse sobre este período, que se extendió hasta el año 1972 en que se sancionó la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Adla, XXXII-B, 1752), se circunscribe a que la protección jurisdiccional se acordaba sólo a los titulares de derechos subjetivos, quedando fuera del marco procesal garantístico los llamados intereses legítimos o directos, los cuales, conforme a la evolución mundial operada en esa época, contaban con dicha protección en los países considerados de avanzada en este aspecto, como Francia e Italia.

III. Los retrocesos posteriores en el acceso a la Justicia

La sanción de la LNPA (ley 19.549) de procedimientos administrativos significó un verdadero retroceso en la posición de avanzada que había alcanzado nuestro derecho procesal administrativo. Veamos los principales puntos que marcan ese retroceso que afecta, fundamentalmente, el principio de la tutela judicial efectiva.

1. Generalización de la regla del agotamiento

A raíz del dictado de la LNPA, se generalizó la regla del agotamiento de la instancia administrativa (lo correcto sería decir "vía", como prescribe

(47) Cfr. MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. I, p. 99.

el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, puesto que no se trata de una primera instancia asimilable a la judicial) instituyendo un requisito innecesario, que alarga sin sentido el trámite previo a la demandabilidad del Estado, demorando consecuentemente los plazos para que los ciudadanos puedan obtener tutela efectiva de sus derechos.

2. El establecimiento de plazos de caducidad para demandar al Estado

A su vez, la LNPA prescribió plazos de caducidad, siguiendo al derecho español (aunque también existen en el derecho norteamericano) que operaban como verdaderos plazos de prescripción de los derechos de fondo, por el mero transcurso de un breve lapso (48) cuando el particular no promueve la acción judicial.

Estos plazos de caducidad, sólo serían constitucionales, si no impiden después deducir una reclamación administrativa previa, ya que, en estos supuestos, el particular evidencia su voluntad de promover la acción judicial, pero carece de sentido aplicarlos a partir de cualquier decisión que resuelva la clausura del estado administrativo, dado que, en estos supuestos, se afecta la tutela judicial efectiva al bloquearse el acceso del particular a la justicia interpretando que su voluntad es la de renunciar a este derecho.

Por ello, los plazos de caducidad para accionar contra el Estado debieran reputarse inconstitucionales (49), en cuanto cercenan el acceso a la jurisdicción, el derecho de propiedad y el derecho a una tutela judicial efectiva

(48) HUTCHINSON, Tomás, *Proceso Administrativo*, t. I, p. 20, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, considera innecesario establecer plazos fugaces de caducidad para acceder a la justicia y propone una reforma legislativa que consagre plazos más amplios.

(49) Aunque la jurisprudencia, hasta ahora, ha sostenido su constitucionalidad ("Gypobras S.A. c. Estado Nacional - Ministerio de Educación y Justicia", La Ley, 1995-E, 478); sobre el punto en la doctrina contraria a esta postura véase: CASSAGNE, Juan Carlos, *Acerca de la caducidad y prescripción de los plazos para demandar al Estado*, ED, 45-285 y *El plazo de caducidad del art. 25 de la ley 19.549 y su inaplicabilidad a los actos unilaterales vinculados a contratos administrativos*, ED, 118-377; MAIRAL, Héctor A., *op. cit.*, t. I, p. 380 y sigtes.; BIANCHI, Alberto B., *¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?*, La Ley, 1995-A, 397; TAWIL, Guido S., *Los plazos para accionar en la instancia contencioso administrativa: primera aproximación, Régimen de la Administración Pública*, n° 133, p. 11 y sigtes., Buenos Aires, 1989 y *Administración y Justicia*, t. II, p. 178 y sigtes., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993.

(arts. 17 y 18 CN y arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, de rango constitucional conforme el art. 75 inc. 22 de la CN) protegidos en lo que se ha denominado el "contencioso de los Derechos Humanos" (50).

De otra parte, la circunstancia de aceptar los plazos de caducidad como perentorios y fatales, implica, en nuestro derecho, atribuir a la función judicial una certeza y valor de cosa juzgada equivalente a la función judicial, alterando, de ese modo, la interdicción prescripta en el art. 109 de la CN.

Otra posibilidad, para evitar que no sean inconstitucionales, sería la de admitir el replanteo de la cuestión en sede administrativa a través del reclamo administrativo previo, al menos cuando se trata de actos afectados de nulidades absolutas. En tales casos, para no caer en la asistematización de establecer plazos de caducidad para el administrado (breves y perentorios) y plazos de prescripción para el Estado, una correcta hermenéutica de la LNPA conduce a interpretar que el reclamo administrativo previo es una vía opcional a favor del particular, que éste puede promover después de vencidos los plazos de caducidad para deducir la acción prevista en los arts. 23 y 24 de dicha ley. Con esta interpretación que hicimos (51) en su momento junto con Linares (52) y que recibiera la adhesión de Escola (53), una vez resuelto el reclamo puede demandarse al Estado, salvo que se hubiera operado la prescripción (54).

(50) Que surge de los Pactos Internacionales; la expresión pertenece a SALOMONI, Jorge Luis, *El control de la Administración pública por las organizaciones no gubernamentales*, en el libro *Control de la Administración Pública*, p. 447 y sigtes., Ed. RAP, Buenos Aires, 2003.

(51) CASSAGNE, Juan Carlos, *La ley nacional de procedimiento administrativo 19.549*, ED, 42-845 y *Acerca de la caducidad...* cit., p. 829.

(52) LINARES, Juan Francisco, *Fundamentos de derecho administrativo*, cap. XVI, núm. 4, § 372, ps. 418-419, Buenos Aires, 1975 y *Sistema de recursos y reclamos en el procedimiento administrativo*, p. 27 y sigtes., Buenos Aires, 1974.

(53) ESCOLA, Héctor J., *Tratado General de Procedimiento Administrativo*, p. 398, Buenos Aires, 1975: "Esta circunstancia le da un valor preponderante para los administrados, ya que aun cuando hayan vencido los plazos previstos para interponer otros recursos, siempre será procedente esta reclamación, salvo que se hubiera producido la prescripción, según las normas de derecho común, de la acción".

(54) Véase el lúcido trabajo de GORDILLO, Agustín A., *El reclamo administrativo previo*, ED, 89-785 y sigtes. en el que comparte nuestra posición y la de Linares y Escola.

3. Combinación de técnicas diversas e incompatibles

De otra parte, la LNPA pretendió combinar dos técnicas procesales que responden a principios diversos y que resultan incompatibles en su funcionamiento como consecuencia de mantener simultáneamente la regla del agotamiento de la vía administrativa con la institución del reclamo administrativo previo. Como la regla del agotamiento estaba conectada con plazos de caducidad para acceder a la justicia (a través de la denominada vía impugnatoria) mientras que la acción judicial promovida después de haber interpuesto un reclamo administrativo previo (llamada vía reclamatoria) sólo estaba alcanzada por los plazos de prescripción, surgieron una serie de conflictos que llevaron a la jurisprudencia a inclinarse por la supremacía de la acción impugnatoria (con plazos de caducidad), exigiéndose (por ejemplo en materia de los actos dictados durante la ejecución de contratos administrativos) el agotamiento de la vía administrativa y la promoción de la demanda judicial dentro de unos breves plazos de caducidad (55).

(55) Así lo sostuvo la mayoría de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en el conocido fallo "Petracca" (La Ley, 1986-D, 10). La Corte Suprema marcó una línea diferente en el caso "Mevopal" (La Ley, 1993-D, 51) que, según algunos, rectificó posteriormente en el caso "Gypobras". En nuestra opinión, la jurisprudencia de "Mevopal" —que no exige recurrir y agotar la vía administrativa respecto de los actos unilaterales de ejecución contractual— no ha sido rectificada por el caso "Gypobras", cuyo objeto procesal versaba sobre un acto de extinción mientras que en el precedente "Mevopal" se trataba de una de las operaciones complejas que integran el ciclo de actos de cumplimiento, previo a la finalización o terminación del contrato. (Cfr. con esta interpretación que hicimos con anterioridad en nuestro libro "El contrato administrativo", ps. 184-185, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1999, véase: GARCIA PULLES, Fernando, *Tratado de lo Contencioso Administrativo*, Ed. Hammurabi, t. I, p. 527, Buenos Aires, 2004). Cabe acotar que, con anterioridad (1989) el Alto Tribunal adoptó, en el caso "Pensavalle" un criterio opuesto a la solución del plenario "Petracca" sosteniendo que el acto que resuelve un reclamo administrativo previo, en el que se reclamaban daños y perjuicios derivados de la ejecución de un contrato administrativo no se halla sujeto a los plazos de caducidad del art. 25 ni a los requisitos del art. 23 de la LNPA y que, incluso, frente a un reclamo mal dirigido, no existe inconveniente en replantearlo en sede administrativa (Cfr. ESTRADA, Juan Ramón, *Agotamiento de la vía administrativa y habilitación de la vía judicial: dos importantes fallos de la Corte Suprema*, REDA n° 4, p. 330, Buenos Aires, 1990). Tampoco pensamos que la jurisprudencia de la Corte haya cambiado con motivo de la reforma introducida al art. 7 de la LNPA por el decreto 1023/2001 (Adla, LI-D, 4144) habida cuenta de que esta norma dispone solamente la aplicación directa de las prescripciones del Título III de la ley (que regula el acto administrativo) a los contratos administrativos "en tanto fuere pertinente" y nada dice acerca de la aplicación a los contratos de los requisitos procesales que rigen la impugnación de los actos administrativos (que se encuentran en el Título IV).

O sea que, mediante una técnica formal, el acceso a la justicia resulta denegado por los jueces, cuando los particulares no cumplen estrictamente con la carga procesal de promover las acciones judiciales dentro de los perentorios y cortos términos que establecen las leyes (56), sin importar la sustancia ni la estabilidad de los derechos de los ciudadanos afectados por actos de los poderes públicos.

4. El carácter revisor de la jurisdicción

En este período, subsistió la tendencia hacia la consideración de la justicia administrativa como una mera jurisdicción revisora de lo actuado en el ámbito de la Administración.

Esta tesis, que organizó el contencioso-administrativo como un proceso al acto administrativo y que, además, limitó el control de éste último a la actividad reglada (57) y a la revisión del derecho, ha sido objeto de fundadas críticas en la doctrina tanto comparada (58) como nacional (59). En la actualidad, comienza a declinar en el orden provincial (60), donde había echado sus raíces más profundas.

(56) Una salida inteligente para superar la generalización en que incurre la jurisprudencia es la figura de los "meros pronunciamientos administrativos" que no tornan exigible la impugnación; ver y ampliar: MAIRAL, Héctor A., *Los meros pronunciamientos administrativos*, en *Derecho Administrativo*, obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff (Director: Juan Carlos Cassagne), p. 651 y sigtes., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

(57) COVIELLO, Pedro J. J., *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en *Control de la Administración Pública* cit., p. 627 y siguientes.

(58) FERNANDEZ TORRES, Juan Ramón, *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, p. 51 y sigtes., Ed. Civitas, Madrid, 1998.

(59) TAWIL, Guido Santiago, *Administración y Justicia*, cit., p. 154 y sigtes.; URRUTIGOI-TY, Javier, *¿Hacia dónde va (o debiera ir) el proceso administrativo, tras la reforma constitucional?* en el libro "Protección del Administrado", p. 84 y sigtes., Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

(60) Los arts. 15 y 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo provincial amplían la jurisdicción a cualquier clase de pretensiones, superando la concepción revisora y sus conocidas secuelas, véase: D'ARGENIO, Inés, *El acceso a la justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires*, en la obra *Proceso administrativo*, t. I, dirigida por Tomás HUTCHINSON, cit., p. 302 y sigtes., especialmente ps. 303-304.

Lo cierto es que el postulado de la jurisdicción revisora no sólo implica, en los hechos, atribuir a la actividad administrativa el mismo grado de estabilidad de las sentencias de los jueces que hacen cosa juzgada sino que conculca la regla del control judicial suficiente (base de la defensa en juicio) y el moderno principio de la tutela judicial efectiva (61).

IV. Algunos avances en medio de otros retrocesos

Con todo, en el escenario de los retrocesos han coexistido una serie de fórmulas procesales, que han ido creciendo en forma inorgánica, amparadas en la jurisprudencia y en la legislación, así como en las normas que consagró la reforma constitucional de 1994.

Esta situación, al par que entraña una serie de ventajas evidentes para los justiciables, lleva consigo sus riesgos, en cuanto puede también provocar la desnaturalización del propio sistema procesal en el caso que prevalezcan los criterios populistas que ven, en el proceso, un arma política para destruir los valores de la economía social de mercado y del consecuente principio de subsidiariedad.

El avance más trascendente, a nuestro juicio, radica en la consagración del principio general de la tutela judicial efectiva, el cual, como antes señalamos, se encuentra contemplado en los arts. 8.1 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica (62) que posee rango constitucional superior a las leyes (63).

1. La amplitud de la legitimación

Un primer punto entre esos avances radica en la ampliación del círculo de legitimados para acceder a la justicia, unificando el concepto de legitimación en un criterio más amplio que engloba toda suerte de in-

(61) Ampliar en CASSAGNE, Juan Carlos, *La tutela judicial efectiva. Su incompatibilidad con el dogma revisor y con la regla del agotamiento de la vía administrativa*, REDA n° 32, año 11, p. 525 y sigtes., Buenos Aires, 1999.

(62) Sobre el contenido del principio: PERRINO, Pablo E., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativo*, en *Proceso Administrativo*, t. I, cit., ps. 261-262.

(63) Art. 75 inc. 22 CN.

tereses que le proporcione alguna ventaja o beneficio (64), para la satisfacción de una pretensión sustantiva o adjetiva, ya fuere el interés subjetivo u objetivo, siempre que concurren los requisitos de la ilegalidad y del perjuicio en un proceso concreto (65). En esta línea, el nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires prescribe que toda persona que alegue "una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico" (66) posee legitimación para hacer valer sus pretensiones en el proceso contencioso administrativo, lo cual, como ha señalado Soria "permite comprender en su ámbito de protección, con arreglo a lo dispuesto por las normas materiales aplicables, a los intereses colectivos, difusos o los derechos de incidencia colectiva" (67), sin caer en el extremo de la acción popular.

Otro círculo de nuevos legitimados para deducir acciones en el proceso administrativo es el de los asociados a las diferentes cajas profesionales (68), cuyos actos, por configurar personas públicas no estatales, están, en una importante porción, regidos por el derecho administrativo.

No cabe duda de que el desafío más grande que traduce esta ampliación de la legitimación como aptitud para ser parte en un proceso concreto (69) consiste en que la nueva categoría de derechos de incidencia colectiva no se transforme en una suerte de acción popular (70), con un

(64) JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, *La legitimación del afectado, del Defensor del Pueblo y de las asociaciones. La reforma constitucional de 1994 y la jurisprudencia*, La Ley, 2003-B, 1333.

(65) Cfr. ROCHA PEREYRA, Gerónimo, *La interpretación judicial de la legitimación del Defensor del Pueblo*, ED, Suplemento de Derecho Administrativo, p. 4 y sigtes., 29/04/04.

(66) Art. 13 del CPCABA.

(67) SORIA, Daniel Fernando, *Consideraciones sobre la legitimación y el procedimiento administrativo*, en el libro *Procedimiento Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, p. 468, Ed. Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

(68) Ver: ANDREUCCI, Carlos, *El control de las personas públicas no estatales*, en el libro *Control de la Administración Pública*, cit., p. 585 y siguientes.

(69) Según esta clásica definición inspirada en la obra de Guasp, véase: GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, p. 160, Ed. Civitas, Madrid, 1992.

(70) Al respecto, ver los requisitos propuestos por ROCHA PEREYRA para que resulte admisible la actuación del Defensor del Pueblo en sede judicial (ROCHA PEREYRA, Gerónimo, op. cit., ps. 8-10).

sistema de acceso a la justicia más abierto y con menos trabas que el que tienen los portadores de derechos subjetivos. En este sentido, los procesos colectivos así como las medidas cautelares dictadas en ellos están reclamando una regulación orgánica (del tipo de las acciones de clase, la representación de las asociaciones y sectores intervinientes, la introducción de la técnica del emplazamiento de los terceros eventualmente interesados en intervenir en el proceso (71) y la reglamentación de los efectos de las sentencias (erga omnes o Inter.-partes).

Este concepto amplio de legitimación, en línea con la jurisprudencia norteamericana (72), que ahora compartimos, no implica el desconocimiento de las categorías tradicionales de derecho subjetivo y del interés legítimo (73). Significa simplemente que, a la luz de la evolución operada y los criterios de la jurisprudencia, ellas han perdido vigencia al ampliarse el círculo de legitimados y, consecuentemente, el propio concepto de legitimación para hacerlo jugar con el principio de la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, los problemas actuales del sistema procesal administrativo no se suscitan por la mayor apertura de la legitimación sino por la falta de regulación de los procesos colectivos (principalmente de la regla del emplazamiento) y de los efectos de las sentencias que anulan o suspenden actos de alcance general.

2. La aparición y posterior evolución de un remedio extraordinario de control de constitucionalidad: el amparo

La acción procesal de amparo nacida en forma pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema abrió una nueva puerta de acceso a la justicia para que ésta pudiera declarar la inconstitucionalidad, en un proceso breve y sumario, de los actos de la Administración que afectaren o amenazaren, con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, los derechos y

(71) Véase nuestro trabajo: *El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general*, La Ley, 2001-E, 1226, posición que comparte JEANNERET DE PEREZ CORTES, María, *op. cit.*, ps. 1352-1353.

(72) Cfr. SACRISTAN, Estela B., *Se amplía la legitimación en el Derecho Norteamericano: los electores pueden conocer el financiamiento del proceso electoral*, La Ley, 1999-E, 101.

(73) El cambio de nuestra postura no responde a una razón de fondo sino a la falta de consenso doctrinario y jurisprudencial. Lo cierto es que la mayor parte de la doctrina nacional no admite la distinción clásica entre ambas categorías pese a que se fundan en la realidad, como creemos haberlo demostrado; véase: *Derecho Administrativo*, 7ª ed., p. 213 y sigtes., Ed. Lexis Nexos-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

garantías constitucionales del demandante, incluso cuando se trate de normas de alcance general (74).

Pero el proceso de amparo, instituido como un proceso extraordinario, pronto se convirtió en un remedio ordinario (75) comúnmente utilizado por los ciudadanos y empresas desarrollando hasta tal punto —incluso en el campo de las medidas cautelares— sus posibilidades de aplicación que es susceptible de producir el desequilibrio de todo el sistema procesal.

Entre los problemas que plantea la generalización de esta especie procesal pueden señalarse: a) el derivado del principio que reconoce el control difuso de constitucionalidad según el cual, un juez federal de primera instancia, de cualquier circunscripción, puede ser competente para entender si los efectos del acto lesivo se producen en el ámbito territorial de su jurisdicción lo que amplía su competencia para decretar —por ejemplo— la suspensión de un Decreto de alcance general, ya sea mediante el dictado de una medida cautelar o de la sentencia estimatoria en una acción de amparo y b) la interpretación que concede legitimación a cualquier habitante sin estar directamente afectado en sus derechos con fundamento en el art. 43 de la CN (76), lo cual transforma al amparo en una suerte de acción popular.

3. El agotamiento de la vía administrativa y la reclamación administrativa previa

Otro avance trascendente que se advierte en el contencioso-administrativo provincial (77), es la declinación de la regla del agotamiento de la vía administrativa como condición para acceder a la justicia.

(74) Véase: BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, p. 226 y sigtes., Ed. Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992. Esta interpretación, que suponía la inconstitucionalidad del inc. d) del art. 2 de la ley 16.986 (Adla, XXVI-C, 1491) sustentada en precedentes anteriores de la Corte Suprema (casos "Outón" y "Mate Larangueira") se afirma, incuestionablemente, luego de la reforma constitucional de 1994, cuyo art. 43 no establece cortapisa alguna a la facultad de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de leyes o de reglamentos, en los procesos de amparo.

(75) Como lo advierte GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, en el libro *Medidas cautelares*, ps. 113-114, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1998.

(76) Un buen análisis de este problema ha hecho BARRA, Rodolfo C., en *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, La Ley, 1994-E, 1087 y sigtes.

(77) Un análisis crítico de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema Nacional (que rectificó la doctrina que sostenía que para

Esa línea ha sido adoptada por la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994 (78) mediante un principio de carácter operativo que no puede ser desnaturalizado por la ley, como lo hace el actual Código (79).

Por lo demás, se admite que dicha regla carece de sentido en las acciones declarativas en las que la pretensión principal del accionante procura hacer cesar una situación o estado de incertidumbre en el que el acto previo denegatorio no es una condición necesaria ni suficiente para el acceso a esta clase de acciones, pues, de existir, no se configuraría la situación de incertidumbre.

Finalmente, hay que anotar, sin embargo, dos grandes retrocesos en el procedimiento que rige el reclamo administrativo previo. El primero, a raíz de la eliminación del precepto que permitía acceder a la justicia directamente, sin necesidad de articular un reclamo administrativo previo, en varios supuestos, especialmente "cuando mediere una clara conducta del Estado que haga presumir la ineficacia cierta del procedimiento transformando el reclamo previo en un trámite inútil" (inc. e), ex art. 32 de la LNPA, texto según ley 25.344 —Adla, LX-E, 5547—).

considerar agotada la vía administrativa era necesario interponer un recurso de revocatoria) puede verse en el comentario hecho por ABERASTURY, Pedro al fallo "Sacoar" de octubre de 1988, que tituló El recurso de revocatoria y el agotamiento de la vía administrativa, REDA n° 1, p. 140, Buenos Aires, 1989. Apunta este autor (con referencia a los textos constitucionales anteriores a la reforma de 1994) que "el juego de los arts. 18 y 100 de la Constitución nacional, también requiere, como parte de la garantía de la defensa en juicio, que el acceso a la instancia judicial sea simple, rápido y eficaz. Sin control o con un control que en los hechos deviene inexistente, no podrá consolidarse el sistema democrático y sin éste se desconocerá la prohibición expresa prevista en el art. 95 de la Constitución Nacional, que veda al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales" (ABERASTURY, Pedro, *op. cit.*, p. 146).

(78) Art. 166 "in fine" de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que prescribe: "Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa".

(79) En efecto, el art. 14 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (texto según la ley 13.101 —Adla, LXIII-E, 5383—) invierte la regla establecida en el art. 166 de la Constitución provincial y establece, como principio general, salvo los casos taxativamente prescriptos en la norma, la necesidad de agotar la vía administrativa. Es obvio que se trata de un precepto inconstitucional.

Es evidente que, como ha anotado Perrino, esto implica una quiebra de las "modernas tendencias que predicán la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso a la justicia" (80). El segundo, se encuentra en el hecho de haber prescripto plazos de caducidad (81) para acudir a la instancia judicial cuando se produce la denegatoria por silencio en el reclamo administrativo previo pues aunque la norma diga "sin perjuicio de lo que fuere pertinente en materia de prescripción" impone al particular la carga de demandar judicialmente dentro de los plazos previstos en el art. 25 con lo que la ilegitimidad de los respectivos actos, una vez vencidos los plazos de caducidad, sólo podría ser alegada como defensa. Consideramos, por los fundamentos que señalamos en el texto, que esta norma debe reputarse inconstitucional por afectar el derecho a la tutela judicial efectiva (82) y cercenar, en rigor, el acceso a la justicia. Por lo demás, la reforma legislativa que criticamos no puede nunca basarse en una situación de emergencia que sólo se justifica cuando se comprimen transitoriamente los derechos de los particulares por razones de necesidad pública y no para bloquear el ejercicio de derechos constitucionales que hacen a la garantía de la defensa (art. 18, CN) como parte esencial de la efectividad de la tutela judicial.

V. Conclusiones

En suma, si bien no se pueden desconocer los avances operados en el sistema procesal de acceso a la justicia administrativa no dejan de advertirse nuevas tensiones en la medida en que el grado de apertura de los procesos conduzca a la prevalencia absoluta de unos valores sobre otros en vez de procurar su interrelación y coherencia para la seguridad jurídica así como la armonía entre los intereses públicos y los privados.

De continuar la tendencia actual el riesgo es que prevalezcan la justicia objetiva sobre la subjetiva, el interés del usuario sobre el interés público (que representa el interés del conjunto y el de las generaciones futuras), los plazos de caducidad sobre la tutela judicial efectiva, la judicialización de la política pueda afectar la eficacia y eficiencia de la justicia

(80) Cfr.: PERRINO, Pablo E., *La excepción del ritualismo inútil y su vigencia a pesar de su derogación por la ley de emergencia 25.344*, REDA año 13, p. 407 y sigtes., Buenos Aires, 2001.

(81) Art. 31 LNPA, texto según ley 25.344.

(82) En el mismo sentido: GARCIA PULLES, Fernando, *op. cit.*, t. I, p. 526.

y, por último, que el control difuso siga impidiendo el control concentrado de la legalidad administrativa.

Somos conscientes de que no es fácil resolver estas tensiones de un modo absoluto y menos acudiendo a fórmulas foráneas, sin la necesaria adaptación a nuestra realidad. Pero, quizás, en la reglamentación del acceso a los procesos colectivos y en la concentración de la jurisdicción, para que controle la constitucionalidad y la legalidad de la actuación de la Administración con amplitud de debate y prueba, atenuando la regla del agotamiento de la vía administrativa (o bien, reemplazándola por la reclamación administrativa previa como única condición de acceso a la justicia) y eliminando los plazos de caducidad, se encuentran las claves para solucionar los problemas existentes.

Todo ello, claro está, sin mengua del principio "pro actione" (83) para acceder a la jurisdicción ni de la amplitud de la legitimación para ser parte en los procesos concretos ni de los principios que hacen a la tutela judicial efectiva para que, a través de jueces independientes e imparciales (84), pueda cumplirse el objetivo constitucional de afianzar la justicia. ♦

(83) Cfr. BOTASSI, Carlos A., *Habilitación de instancia y derechos humanos, en el comentario al caso "Palacios"*, La Ley, 2000-F, 594.

(84) SARMIENTO GARCIA, Jorge H., *Introducción al Procedimiento y al Proceso Administrativo*, en el libro *Protección del Administrado* cit., p. 39, afirma que la independencia del juez significa que éste no se encuentra sujeto a órdenes (de ningún otro poder del Estado) y la imparcialidad "que no sacrifica la voluntad de justicia a ninguna otra consideración".

LA JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

POR LINO ENRIQUE PALACIO (*)

1. Con fundamento en la “autonomía” y, particularmente, en las “facultades propias” de “jurisdicción” que acuerdan a la Ciudad de Buenos Aires el art. 129 de la Constitución Nacional reformada en 1994 algunos funcionarios de la actual administración expresan periódicamente la necesidad de transferir, a dicha Ciudad, los órganos judiciales que ejercen en su territorio la denominada “competencia ordinaria”, previa derogación, naturalmente, del art. 8° de la ley 24.588 (Adla, LV-E, 5921).

En razón de que tales declaraciones se hallan por lo general unidas a la afirmación —errónea a mi juicio— de que la Ciudad de Buenos Aires es, con posterioridad a la reforma constitucional, asimilable a las provincias argentinas, antes de entrar de lleno en la materia que es objeto de esta comunicación resulta conveniente analizar previamente la naturaleza política e institucional de ese distrito.

2. Incluido parcialmente entre las cláusulas del llamado “Pacto de Olivos”, el nuevo art. 129 de la Constitución prescribe que “la ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de Gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad. Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la ciudad de Buenos Aires sea capital

(*) Comunicación efectuada por el Académico Dr. Lino Enrique Palacio en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de setiembre de 2001.

de la Nación. En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan al respecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones”.

3. Los parámetros excesivamente esquemáticos que suministra el mencionado art. 129 han desatado marcadas divergencias en torno a la naturaleza jurídica de la ciudad de Buenos Aires, a las que no han sido naturalmente ajenas las mezquinas motivaciones políticas que generaron la celebración del referido Pacto.

Aunque la polémica continúa, a esta altura ha quedado sin embargo clara una primera conclusión, y es que la ciudad de Buenos Aires, a pesar de la ubicación que se dio al art. 129 en el texto constitucional de 1994 (o sea en el Título destinado a regular los “Gobiernos de provincia”), *no es una provincia argentina más*.

Al margen, en efecto, de las declaraciones contenidas en una resolución de la Asamblea Estatuante aprobada con el voto de los representantes de la Unión Cívica Radical, el Frepaso y Nueva Dirigencia (1), en el precedente de Fallos: 322:2856 y en las causas E.139.XXXV y E.103.XXXVI del 7 de marzo y 16 de mayo de 2000, entre otras, la Corte Suprema de justicia de la Nación expresó que la ciudad de Buenos Aires *no es una provincia argentina* y en consecuencia no le corresponde la instancia originaria del Tribunal en los términos del art. 117 de la Constitución Nacional.

(1) En esa resolución se declaró “no conocer otros límites para su labor que no sean los que surgen de la Constitución Nacional en su art. 129 y concs.” y se rechazaron, por inconstitucionales, “las limitaciones impuestas a la plena autonomía de la ciudad de Buenos Aires por la ley 24.588, en cuanto imponga restricciones al régimen de gobierno autónomo con facultades propias de legislación y jurisdicción establecidas en la Constitución Nacional”. Asimismo, no obstante la claridad del art. 129 de la Constitución Nacional en cuanto alude, no a una Constitución, sino a un estatuto “organizativo”, es decir, como su nombre lo indica, un ordenamiento destinado a determinar la estructura de los órganos de gobierno de la Ciudad (confr. SAGÜES, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1996, p. 34), el estatuente frepasista ZAFFARONI llegó a afirmar que “hemos decidido hacer prácticamente una constitución provincial”. El equívoco ya había sido anticipado, en el seno de la Convención Constituyente, por el radical ALFONSIN, quien no titubeó en afirmar que la convocatoria para estatuyentes era “para que dicten la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, con plena autonomía legislativa y un Poder Judicial propio”. Se trata de un claro ejemplo del anacronismo de que adolece la denominada interpretación “auténtica” de las normas jurídicas, pues a pesar de las opiniones manifiestamente disímiles expresadas por los mencionados constituyentes y lo expresado, como se verá, por el miembro informante del despacho mayoritario, concluyeron votando un mismo texto.

De ello se deriva, asimismo, que, más allá de que ha perdido toda justificación el fuero federal por razón de distinta vecindad o extranjería contemplado por el art. 116 de la Constitución Nacional, aquél no podría ser invocado por el vecino de una provincia o por un Estado o ciudadano extranjero que es demandado ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires.

4. Pero si la ciudad de Buenos Aires no es una provincia, ¿qué carácter institucional reviste en la realidad?

Se han formulado al respecto diversas opiniones. García Lema (2), quien fue miembro coinformante del despacho mayoritario en la Convención Constituyente, expresó que la ciudad es *más* que un municipio, pero *menos* que una provincia: no puede dictarse una Constitución como están habilitados para hacerlo los Estados provinciales, sino un mero estatuto organizativo” y sus facultades están drásticamente limitadas por la ley de garantía de los intereses federales, aunque se halla parcialmente asimilada a una provincia en cuanto puede ser objeto de la intervención federal —art. 72, inc. 22— (3) y conservar los organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales —art. 125—.

Dromi y Menem (E.) adhieren a una solución similar —cuantitativa y no cualitativa— en cuanto caracterizan a la ciudad de Buenos Aires como una *semiprovincia* o una *cuasi provincia*, cuyo territorio se encuentra íntegramente federalizado (4). De esa idea participa, en lo sustancial, Sagiús (5), quien siguiendo el criterio de Lewandowsky (6) atribuye a

(2) *Diario de sesiones* de la Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 2221.

(3) Lo cual entraña una incongruencia porque, como lo destaca CREO BAY, el art. 6° de la Constitución Nacional no fue afectado por la reforma, no obstante que debería disponer también “en el territorio de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires” (*Nuevo régimen de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, en “Estudios sobre la reforma constitucional”, obra colectiva dirigida por Juan Carlos Cassagne). Por otra parte parece bastante lejana la posibilidad de que concurra, en dicha ciudad, alguna de las causales de intervención previstas en el mencionado art. 6°.

(4) *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1994, p. 420.

(5) “Elementos de derecho constitucional”, t.2, 2ª ed., Buenos Aires, 1999, En contra, BIDART CAMPOS considera que “el territorio de la ciudad no *está ya federalizado totalmente, sino sujeto a jurisdicción federal únicamente en lo que se refiere y vincula a los intereses que en ese territorio inviste el Estado federal*, en razón de residir allí el Gobierno federal y de estar situada su Capital Federal, de modo que dicha jurisdicción es sólo

Buenos Aires un "status" análogo a la Ciudad de Brasilia, que es un "ente autónomo tutelado", cuya primordial función consiste en servir de sede al gobierno federal. Pero quien con mayor acierto caracterizó a la ciudad de Buenos Aires conforme al "status" que le otorgó el art. 129 de la Constitución Nacional fue, a mi juicio, Alberto Natale, quien definió a esa ciudad como un ente insertado en el plano de la autonomía municipal (7).

5. Descartada, por consiguiente, la calidad provincial de la ciudad de Buenos Aires, y con mayor razón la de Estado que le confiere el art. 7° del Estatuto organizativo, en tanto que aquélla, como es obvio, carece de "soberanía", así como las tesis intermedias que nada explican, cabe concluir que la ciudad de Buenos Aires es, lisa y llanamente, una *municipalidad* y que la única diferencia que la separa del régimen legal vigente hasta 1994 radica en la circunstancia de que, conforme al art. 129 de la Constitución Nacional su jefe de gobierno es elegido por el pueblo de la ciudad (8) y los actos jurisdiccionales emitidos por sus tribunales no se hallan sujetos a control judicial ejercido por la justicia con competencia ordinaria (9).

Cuadra agregar que las autoridades de la ciudad de Buenos Aires ejercían asimismo facultades legislativas exteriorizadas mediante ordenanzas de contenido acotado por la ley orgánica municipal.

parcial. Entiende, sin embargo, que la ciudad de Buenos Aires es una entidad "sui generis" que si bien no alcanza la categoría de provincia, cuadra ubicar "entre medio" del tradicional de las provincias y el propio de la autonomía municipal en jurisdicción provincial ("Manual de Derecho Constitucional", t. I, p. 456). En sentido similar se expide CREO BAY, op. y loc. citados.

(6) LEWADOWSKY, Enrique R., *El distrito federal brasileño en el contexto del régimen federal*, en *Estudios de las capitales y áreas metropolitanas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 70.

(7) *Comentarios sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 185.

(8) SPOTA, *Naturaleza político-institucional de la Ciudad de Buenos Aires en el texto de la Constitución vigente a partir de agosto de 1994*, La Ley, 1995-A, 968/73.

(9) Es indudable, en efecto, que el ex-Tribunal de Faltas de la Ciudad ejercía facultades jurisdiccionales, aunque sujetas a revisión judicial.

No se trata empero, en honor a la verdad histórica, de una municipalidad más de las 2751 existentes en el país porque, como bien se ha observado, la ciudad de Buenos Aires es como dice Spota (10), “el más importante conglomerado urbano que la República ostenta, y uno de los primeros veinte en el planeta”, y agregaría, por mi parte, que de no hallarse sumida en el lamentable estado de suciedad, inseguridad y caos vehicular en la que la han dejado la deficiente administración de los jefes de gobierno soberanamente elegidos por el pueblo de la Ciudad debería exhibir —conforme a la terminología hotelera— el título de Municipalidad de “Cinco Estrellas”.

6. No alteran la mencionada conclusión ciertos aspectos diferenciales que fueron destacados por la doctrina y por algunos de los convencionales constituyentes.

Por supuesto que no es un rasgo distintivo de la ciudad de Buenos Aires su “autonomía”, pues el art. 123 de la Constitución Nacional reformada declara la “autonomía” de todos los municipios, conforme a la doctrina sentada por la Corte Suprema a partir del caso “Rivademar” (11), aunque tal calificativo puede prestarse a objeciones (12) cuando se parte de la base de que la autonomía supone la existencia de un poder normativo propio y originario como el que, en nuestro país, ejercen las provincias que lo integran (13).

(10) *Op. cit.* en la nota 8.

(11) Fallos: 312:326. En este precedente se modificó la línea jurisprudencial inaugurada en Fallos: 114:282 y ratificada en Fallos: 123:313 y 308:403, entre otros.

(12) Ver, al respecto, MARIENHOFF, *La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y la Constitución Nacional de 1994*, en ED, 164-1113/25.

(13) Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, la más calificada doctrina administrativa caracterizaba a las municipalidades como entidades autárquicas territoriales (confr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, t. I, ps. 220, 400 y sigtes.; BIELSA, Rafael Francisco, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1964, t. I, p. 446; LINARES, Juan, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1986, p. 275; MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 504; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, t. II, p. 407. Con posterioridad continuó manteniendo el mismo criterio MARIENHOFF (op. cit. en la nota precedente). GORDILLO, en cambio, considera que, en general, la distinción entre “autarquía” y “autonomía” resulta ociosa en tanto las entidades autárquicas, dentro del marco de sus estatutos, también dictan sus propias normas (*Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., t. I, p. 19 del Capítulo XIV, Buenos Aires, 1997).

7. Asimismo, no parece discutible que la ciudad de Buenos Aires carece de los poderes conservados por las provincias conforme a la cláusula residual del art. 121 de la Constitución Nacional, y que tampoco ha sido creada con sujeción a las prescripciones contenidas en los arts. 13 y 75, inc. 15 de esa Carta.

8. Si a ello se agrega el elocuente silencio que con respecto a dicha Ciudad guardan los arts. 75, inc. 12 y 116 de la Constitución, no cabe la menor duda de que aquélla se halla desprovista de jurisdicción en lo que concierne a la aplicación de los Códigos enumerados en la primera de las normas citadas, porque, además, el ordenamiento constitucional sólo contempla la competencia de la justicia federal y de la provincial, según los casos (normas citadas), y no ha creado una tercera categoría de órganos judiciales para ejercer ese tipo de competencia.

9. El referido silencio es por lo demás congruente con una interpretación armónica del régimen constitucional argentino y no puede por consiguiente atribuirse a un mero "olvido" o inadvertencia de los constituyentes, según se ha insinuado por alguna solitaria doctrina, pues como lo ha declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación la inconsecuencia o falta de previsión jamás se suponen en el legislador (menos aún en el constituyente), y por ello se reconoce como regla inconcusa que la interpretación de las leyes (y con mayor razón de la Constitución) debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas con las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (14).

(14) Fallos: 303:1041 (La Ley, 1981-D, 372); 304:794 (Adla, La Ley, 1982-C, 409) y 1820; 306:796, sus citas y muchos otros. Expresa GAUNA que "negarle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la posibilidad de aplicar los Códigos de fondo, cuando se le han otorgado expresamente facultades jurisdiccionales (la bastardilla me pertenece) como hemos dicho, resulta incomprensible. No se puede imaginar que la ciudad vaya a tener un Código Civil propio para legislar quién es persona, qué es domicilio, por poner sólo algunos ejemplos. Además, al haberse otorgado la jurisdicción contravencional y de faltas, la contencioso administrativa y tributaria y de vecindad, resulta impracticable que dichos tribunales puedan funcionar sin aplicar normas de fondo" ("Dos jurisdicciones distintas para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", en Diario La Ley del 10/08/01). Tales apreciaciones adolecen, a nuestro juicio, de un doble error. Por un lado, en efecto, confunden la jurisdicción con la competencia, pues parece indudable que los órganos judiciales que actúan y actuarán en la Ciudad de Buenos Aires ejercen funciones jurisdiccionales, pero dentro de una competencia acotada por la ley 24.588. Por otro lado, y más allá de que todo caso judicial se resuelve por la totalidad del ordenamiento jurídico, resulta elemental que no

10. La "autonomía" plena de la Ciudad de Buenos Aires se halla en todo caso supeditada al requisito esencial de que aquélla deje de ser Capital de la Nación. De allí lo prescripto en el art. 129, párrafo segundo, de la Constitución Nacional, y el claro fundamento de la ley 24.588, con arreglo a cuyo art. 8º, párrafo primero, "la justicia nacional ordinaria de la Ciudad de Buenos Aires mantendrá su actual jurisdicción y competencia continuando a cargo del Poder Judicial de la Nación".

La solución no podría ser otra si se tiene presente que la llamada "justicia ordinaria" con asiento en la Ciudad de Buenos Aires se encuentra comprendida entre los "demás tribunales inferiores" a que alude el art. 108 de la Constitución Nacional, y que se halla además superada, desde hace largo tiempo, la supuesta distinción entre jueces federales y locales de la Capital Federal. Todos ellos, en efecto, forman parte del Poder Judicial de la Nación, y si algunos ejercen competencia exclusivamente federal y otros la ordinaria (generalmente, empero, con parte de competencia federal), tal circunstancia no obedece a una razón constitucional sino a una elemental necesidad de división del trabajo. No mediaría por ende impedimento jurídico alguno para que todos los jueces con sede en la Capital Federal, *en tanto jueces de la Constitución*, ejerzan indistintamente las competencias federal y ordinaria, como ocurría con los jueces federales del ex Territorio Nacional de la Tierra del Fuego.

11. De lo expuesto se sigue, con evidencia, que las "facultades propias de jurisdicción" que el art. 129, párrafo primero de la Constitución otorga a la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser otras que las referidas a las causas "en materia de vecindad, contravenciones y de faltas, contenciosoadministrativa y tributaria locales", como con acierto lo expresa el ya citado art. 8º de la ley 24.588. Lo cual no es poco, como se verá más abajo, para colmar las más acentuadas apetencias "autonomistas".

12. No obstante que las precedentes consideraciones, y las más ilustradas que por cierto se han aportado al debate, bastan para refrendar una conclusión adversa al eventual traspaso, entiendo que, inclusive frente a la duda, la más elemental sensatez invita a abstenerse de concretar una solución que traerá aparejadas múltiples dificultades prácticas y ningún beneficio. Tanto más cuanto que —como la Corte Suprema lo tiene reite-

cabe negar a los tribunales de la ciudad la posibilidad de aplicar normas contenidas en los Códigos y leyes de fondo, por cuanto lo que les negó dicha ley fue una *específica* y primordial competencia, civil, comercial, penal, laboral, etc.

radamente resuelto—, uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de las normas jurídicas consiste en la consideración de sus eventuales consecuencias (15).

13. Una primera fuente de distorsiones se halla configurada por el importante número de recursos contra resoluciones administrativas que se hallan previstos en leyes federales y cabe actualmente interponer y sustanciar ante las Cámaras Nacionales de Apelaciones que, en la Capital Federal, ejercen como regla la competencia ordinaria. Si bien no media óbice constitucional a la viabilidad de tales recursos en razón de revestir dichas Cámaras el carácter de tribunales nacionales (16), frente a la eventualidad de que ellas sean transferidas a la órbita de la Ciudad de Buenos Aires —como en parte lo ha hecho la aún no vigente en ese aspecto ley 7 (Adla, LVIII—A, 718) de la legislatura local— las correspondientes impugnaciones deberán necesariamente tramitar ante alguna de las Cámaras federales con sede en dicha Ciudad, lo que incidirá en un grave desequilibrio funcional derivado, por una parte, de una indeseable devaluación de la experiencia adquirida por los magistrados actualmente habilitados para conocer en los temas pertinentes (particularmente los de índole laboral y comercial) y, por otra parte, de la acumulación de causas que se producirá en desmedro del adecuado rendimiento de la justicia federal, circunstancia que, por lo demás, no descarta la creación de nuevos órganos judiciales y el consiguiente refuerzo presupuestario (siempre a la postre insuficiente) que ello entraña.

14. Parejos inconvenientes generará también, ante la referida eventualidad, la reducción de la competencia que sufrirá la Cámara Nacional de Casación Penal, pues más del cincuenta por ciento de las causas que llegan a sus estrados provienen de tribunales que ejercen en la Capital Federal la competencia criminal ordinaria. La transferencia implicaría, por ende, el virtual “vaciamiento” de un tribunal cuando han transcurrido apenas cinco años desde su instalación, por cuanto el art. 29 de la recordada ley 7 dispuso la creación de una nueva Cámara de Casación Penal, integrada por siete miembros, para conocer (se supone) en las causas penales comunes, con el agravante de que, en un mismo

(15) Fallos: 310:267 y 464; 312:156, entre otros.

(16) Cuando se trata de resoluciones dictadas por organismos que funcionan en el interior de la República, las leyes a que se alude en el texto confieren competencia, para conocer de los recursos judiciales pertinentes, a las Cámaras federales con asiento en las provincias.

distrito, coexistirían dos tribunales de casación cuyas respectivas doctrinas jurisprudenciales podrían ser contradictorias.

15. Interesaría preguntar, asimismo, cuál será la suerte de la justicia en lo Penal Económico, a la que esa ley no alude y cuya competencia federal es, a la inversa, mayor que la ordinaria. Supuesta la transformación de ese fuero en otro sector de la justicia federal, ¿será necesaria la creación de nuevos tribunales para entender en los procesos que versan sobre delitos ordinarios (libramiento de cheques sin provisión de fondos, publicación de balances falsos, etc.), o aquellos pasarán a acrecentar el volumen de tareas correspondiente a órganos judiciales ya existentes pero desprovistos de especialización en esos temas?

16. Finalmente, y como si tales dificultades fuesen pocas, en el caso de concretarse la transferencia quienes litiguen ante los tribunales de la Ciudad Autónoma y deban eventualmente acceder activa o pasivamente a la instancia del art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364), deberán hacerse de infinita paciencia para aguardar el dictado de la sentencia final. Porque, en efecto, si se repara en el hecho de que la denominada "Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" instituye, en su art. 116, inc. 3 —al igual que el art. 26, inc. 4° de la ley local referida—, un recurso de inconstitucionalidad para ante un "Tribunal Superior de Justicia", es fácil predecir que la Corte Suprema, por aplicación de la doctrina consagrada en el caso "Strada" (17), impondrá, como presupuesto de admisibilidad del recurso extraordinario, el previo agotamiento de la máxima instancia local, lo que se traducirá en una prolongación de los juicios en un lapso no inferior a los dos años (18).

17. Los inconvenientes, como se advierte, afloran por doquier (19), y ni el más optimista de quienes propician la tesis que aquí se refuta se

(17) Fallos: 308:490.

(18) Tal vez ello no ocurra durante los primeros meses de instalado el Tribunal, pero sucederá fatalmente después, tanto más si se tiene en cuenta que aquél se compone de sólo cinco miembros (art. 111) y tiene competencia originaria en los conflictos de poderes y acciones de inconstitucionalidad, ordinaria de apelación en las causas en que la Ciudad sea parte cuando el monto reclamado exceda del establecido por ley y extraordinaria de inconstitucionalidad sin limitaciones por la materia o por el monto.

(19) Ver los fallos de la CS citados en la nota 15.

encontraría en condiciones de avizorar el más minúsculo beneficio ¿Para qué, entonces, insistir en el dichoso traspaso jurisdiccional cuando, además, él ha merecido, a través de sendas acordadas, la repulsa unánime de las Cámaras Nacionales de Apelaciones?

18. Anticipé más arriba que la competencia judicial reconocida a la Ciudad de Buenos Aires por el art. 8° de la ley 24.588 es suficientemente amplia y satisface, por consiguiente, las "facultades propias de jurisdicción" que confiere a aquélla el art. 129, párr. 1° de la Constitución Nacional.

Erigida en efecto la Ciudad de Buenos Aires, por razones económicas, políticas, demográficas y culturales, en la más importante de las municipalidades argentinas, no va a la zaga de aquellas razones la importancia de las materias incluidas en el marco de dicha competencia.

A pesar del manifiesto exceso en que incurrieron los estatuyentes en la redacción del art. 106, acaso no haya sido aún suficientemente resaltada la favorable perspectiva que se abre a los habitantes de la Ciudad frente al funcionamiento, en sustitución de los deficientes y desacreditados tribunales municipales de faltas, evento ya ocurrido tal como lo prevé la decimosegunda, inc. 1°, subinc. b) disposición transitoria de la Constitución local, una justicia contravencional y de faltas jerarquizada por magistrados con incompatibilidad profesional y dotados de una amplia competencia en la materia, comprensiva incluso de la que en la actualidad corresponde parcialmente a la justicia en lo correccional (Cód. Proc. Penal, art. 27, inc. 3), y a cuyo fin ya se han dictado, por la Legislatura, un Código Contravencional (ley 10 —Adla, LVIII-A, 724—) y las normas regulatorias del respectivo procedimiento (ley 12 —Adla, LVIII-A, 729—).

19. Tampoco ha sido encarecido, como corresponde, el desprendimiento que se operará entre la justicia municipal y la justicia civil en materia tributaria y contenciosoadministrativa, como tampoco el hecho de que tal fractura redundará en una mayor fluidez en el trámite de las ejecuciones fiscales y contribuirá, asimismo, a la formación de una magistratura especializada en aquellas materias (20).

(20) La legislatura local ya sancionó el Código Contencioso Administrativo y Tributario (ley 189) y organizó (ley 7) la justicia de ese fuero.

Y así como, por lo demás, la Corte Suprema ha reconocido, desde antiguo (21), la posibilidad de que el Congreso detraiga de la competencia federal el conocimiento de aquellos asuntos que, en virtud de su escasa importancia civil o penal, o por otros motivos, son ajenos a los propósitos que informan dicha competencia, resulta con mayor razón atendible el hecho de que la ley 24.588 haya otorgado al poder judicial de la Ciudad el conocimiento de los conflictos derivados de las relaciones de vecindad en cuanto ellos, si bien se hallan fundamentalmente sujetos a un sector del ordenamiento jurídico de fondo (22) (vgr., arts. 2717 a 2745, Cód. Civil) también lo están a numerosas normas municipales (particularmente edilicias) y resulta en consecuencia razonable excluirlos de la competencia de la justicia civil. Lo mismo ocurre con los tribunales vecinales cuya creación en cada comuna prevé la cláusula décimo segunda, inc. 5 del mencionado Estatuto para conocer en las llamadas "pequeñas causas" y las referentes a la "prevención en materia de violencia familiar y protección de personas", porque el correcto desempeño de tales tribunales, además de descomprimir el exceso de causas que debe atender la justicia ordinaria, contribuirá, mediante la aplicación de un procedimiento que garantice la intermediación, la informalidad y la celeridad de los trámites, a alentar la confiabilidad del pueblo en la administración de justicia (23).

20. Si, por fin, aparte de tales perspectivas llega a funcionar adecuadamente el Consejo de la Magistratura que reglamentan, con particular esmero, los arts. 115 a 117 del Estatuto organizativo local, cabe sin duda augurar, a la nueva justicia porteña, un futuro promisorio y en coexistencia armónica con la actual justicia nacional. ♦

(21) Fallos: 99:383; 119:161; 152:344; 248:740 y muchos otros.

(22) Corresponde sin embargo puntualizar, como lo hizo COSSIO, que "un caso judicial siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento jurídico y no por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie en que yace, aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto" ("La valoración jurídica y la Ciencia del Derecho", Ed. Arayú, p. 90). Lo que en cambio puede afirmarse es que un caso se halla *principalmente* regido por tal o cual norma civil, comercial, penal, etc. Por otra parte debe repararse en el hecho de que cuando al juez tributario, vgr., le incumbe interpretar una norma en cuya virtud determinado impuesto grava, por ejemplo, "la venta de cosas muebles", debe necesariamente recurrir a las normas del Código Civil relativas, respectivamente, al contrato de compraventa y a la clasificación de las cosas.

(23) Un ejemplo de cuanto se dice en el texto fue, entre otros, la singular eficacia con la que se desarrollaron los juzgados de paz legos de la provincia de Buenos Aires.

PROTECCION DE USUARIOS Y CONSUMIDORES

POR FÉLIX A. TRIGO REPRESAS (*)

I. Advertencia previa. Debo comenzar por señalar que ya nos habíamos ocupado de este tema en el N° 3 de las publicaciones del "Instituto de Derecho Civil" de esta "Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales", de reciente aparición, bajo el título *La Protección al consumidor en nuestro país, a la luz de los nuevos textos constitucionales* (1); razón por la cual, pese a que ahora se ha encarado la temática con una visión más amplia y renovada, ha resultado inevitable incurrir en muchas reiteraciones.

II. Introducción. Se ha dicho que "el derecho del consumidor es... la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo", ya que regula la producción y la comercialización de productos y servicios a través del prisma del consumo, y "éste... tiene un lugar cierto: es la vida cotidiana" (2).

Pero no obstante tratarse de actividades que los hombres siempre han realizado, los conceptos de consumidor y de consumo recién han co-

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Félix A. Trigo Represas, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de noviembre de 1996.

(1) *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil*, N° 3 de la Serie IV "Instituto de Derecho Civil", de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, ps. 107 y sigtes., Buenos Aires, 1996.

(2) BENJAMIN, Antonio H. V., *Derecho del consumidor*, trad. del Instituto Nacional del Consumo (España), en la obra comunitaria *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, dirigida por Gabriel Stiglitz, p. 87, n° I, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1994.

menzado a asomarse en la legislación en los últimos años. Ello sin embargo encuentra su explicación en los principios jurídicos surgidos después de la Revolución Francesa, que fueran seguidos por muchos países del mundo y también, en general, en Latinoamérica. En efecto, si los hombres son libres e iguales, es lógico que la contratación esté regida por el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que sean ellas libremente quiénes decidan contratar, y que de tal acuerdo nazca la *ley* que habrá de regir a las mismas; lo cual presupone, entre otras cosas: "que el contrato es un acto excepcional en la vida de las personas, que éste es un acto negociado, discutido y —finalmente— acordado, que el legislador sólo debe intervenir para velar que la voluntad manifestada sea realmente libre (de allí todo el capítulo relativo a los vicios del consentimiento), que el conflicto entre las partes será la excepción y se le deberá rodear de las mayores garantías procesales". Pero hoy la sociedad nos muestra una realidad muy distinta: "La circulación masiva de bienes y de servicios hacen de la contratación una actividad cotidiana, que exige rapidez, que es ofrecida simultáneamente a un numero indefinido de co-contratantes. En estas condiciones, la negociación es casi imposible, sustituyéndose el acuerdo de partes por la formulación de cláusulas predisuestas por una de ellas, *por quien ofrece el bien o el servicio*. Adquieren, entonces, particular relevancia las etapas precontractuales, signadas por la oferta publicitada en múltiples formas. A su vez, se tornan inoperantes los medios tradicionales de solución de las controversias: ni la cuantía de los asuntos ni las urgencias de los adquirentes justifican los largos procedimientos. En estas condiciones, la igualdad de las partes ya no corresponde a la mayor parte de los contratos cotidianos, en los que quien ofrece es quien conoce y quien propone, cuando no es un mero intermediario en una larga cadena de contratos que hacen del fabricante, muchas veces, un tercero en relación con el contrato que celebra el consumidor final". Y, obviamente, el derecho debe reconocer las relaciones sociales que se producen, si pretende regularlas (3).

En suma, podemos denominar "derecho del consumidor", a la disciplina jurídica que "se propone tutelar al consumidor en sus relaciones con los proveedores" (4). Debiendo señalarse que la idea base que late

(3) ARRIGUI, Jean M., *Comercio internacional y protección del consumidor (Mercosur)* en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., ps. 369 y sigte., n° I.

(4) BENJAMIN, ob. cit., en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 89, n° 2.

en todo este nuevo derecho es la protección de la parte débil, ya que: “en la médula del concepto de consumidor están las ideas de debilidad de una de las partes y de desigualdad entre los contratantes. Debilidad por falta de conocimientos técnicos, por falta de información veraz, por falta de opciones. Desigualdad por la imposibilidad de negociar los términos contractuales, sobre todo cuando sólo puede adherir a un contrato pre-dispuesto, comúnmente denominado contrato de adhesión” (5); máxime, teniendo en cuenta que: “aun en el marco de un mercado libre y competitivo, el consumidor queda igualmente sometido, en los hechos y habitualmente, a cláusulas contractuales abusivas; a publicidades engañosas; a técnicas de comercialización que presionan sobre su poder de decisión, restringiendo la espontaneidad de la elección; a hipótesis de productos o servicios defectuosos; a obstáculos para el acceso a la justicia, etcétera” (6).

III. El derecho comparado. El derecho anglosajón del “*common law*” ya se había ocupado de esta temática desde mediados del siglo pasado, cuando se registraron los primeros casos de responsabilidad por daños causados al consumidor de productos defectuosos: en Inglaterra a partir de 1851, con el caso “*Longmeid v. Hollyday*” (7), y un año más tarde en los Estados Unidos con el caso “*Thomas v. Winchester*” (8). Pero la jurisprudencia del *common law* evolucionó con mucha mayor rapidez hacia la responsabilidad objetiva del fabricante en los Estados Unidos,

(5) ARRIGHI, ob. cit., en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 371, n° 2; MOSSET ITURRASPE, Jorge - LORENZETTI, Ricardo Luis, *Defensa del consumidor. Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1993, p. 64, n° 1; REICH, Norbert, *El mercado interno de la Comunidad Europea y la protección al consumidor en las relaciones contractuales*, trad. de STIGLITZ, Rosana, en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 395, n° 4; Stiglitz, Gabriel, *la función del Estado para la protección del consumidor*, en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., ps. 115 y sigte., n° 1.

(6) STIGLITZ, ob. cit. en nota anterior, p. 116, n° 1.

(7) CUETO RUA, Julio, *El common law. Su estructura normativa. Su enseñanza*, ps. 202 y ss., ed. La Ley, Buenos Aires, 1957; LEVI, EDWARD H., *Introducción al razonamiento jurídico*, trad. Genaro R. Carrió, Bs. As., Eudeba, 1971, ps. 23 y sigtes.; ROJO y FERNANDEZ RIO, Angel, *La responsabilidad civil del fabricante*, publicación del Real Colegio de España, Bolonia, 1974, p. 54, núm. 7, COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Daños causados por productos elaborados*, en *Temas de responsabilidad civil en honor al Dr. Augusto M. Morello*, La Plata, ed. Platense, 1981, ps. 257 y sig., núm. V.

(8) Fallo transcripto en CUETO RUA, *Ob. cit.*, ps. 233 y sigtes., Apéndice A.

fundándose en la circunstancia de ser él quien se encuentra en mejores condiciones de prevenir el daño y de distribuirlo a menor costo; puesto que en punto a lo primero puede hacer lo necesario para diseñar productos menos riesgosos, fabricarlos seguros y realizar un efectivo control de su calidad, asegurándose al lanzarlos al mercado de que sean usables o consumibles sin peligro, y con relación a lo segundo puede contratar un seguro y repartir adecuadamente ese gasto entre los proveedores y consumidores (9).

En los países del derecho escrito en general no existían, hasta no hace mucho tiempo, normas específicas sobre la responsabilidad civil del fabricante. Sin embargo en la "Carta Europea del Consumidor" (resolución número 543 del 17 de mayo de 1973 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa), se estableció concretamente el derecho al resarcimiento del daño, y se adoptaron medidas complementarias en la legislación interna de los países de ese continente, como ser: la ley italiana 426 del año 1971, sobre venta directa al público por correspondencia y seguro obligatorio para el fabricante de protección al consumidor; la francesa de protección al consumidor número 92-60 del 18 de enero de 1992, destinada a "reforzar la protección del consumidor" y en parte a reformar la anterior ley 88-14, que prevé en su art. 12 el dictado de un "Code de la consommation"; y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (L.C.U.) de España de 1984 (10).

En América Latina: México desde 1975, Venezuela desde 1976 y Colombia desde 1979, poseen preceptivas sobre la materia; mereciendo destacarse la Ley Federal de Protección al Consumidor de México del 18 de diciembre de 1975, cuyo art. 33 sexto párrafo impone el deber de indemnizar los daños causados por deficiencias del producto en su fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, que determinen que el mismo no sea apto para el consumo al cual estuviese

(9) Disidencia del juez Traynor en 1941 en autos "Escola v. Coca Botling of Fresno"; Tribunal de New York en 1960, in re "Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.", y Suprema Corte de California en 1966, en "Greenman v. Yuba Power Products". Ver: ROJO y FERNANDEZ RIO, ob. cit., ps. 77 y sigtes., núm. 12 y nota 79; HORVATH, Pablo A., *La responsabilidad objetiva en el derecho privado*, en "J.A.", Doctrina 1970, p. 557, núm. IV; MILLNER, Maurice Alfred, *La responsabilidad por productos elaborados*, trad. de Jorge E. Bustamante, en La Ley, 143, ps. 862 y sigtes.; MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, ob. cit., p. 339, n° 8-c).

(10) MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, ob. cit., ps. 49 y sigtes., n° XIII.

destinado; estableciendo la responsabilidad civil indistinta del productor y del vendedor frente al damnificado (11).

Y además en el Brasil la nueva Constitución del 5 de octubre de 1988 contiene textos expresamente referidos a la defensa del consumidor, tales como: su art. 3° apartado XXXII, que prevé que "El estado promoverá, en forma de ley, la defensa del consumidor", y el 170 inc. V, que incluye también la "defensa del consumidor" entre los principios que deben observarse por el orden económico, en miras de "la valorización del trabajo humano" y "la libre iniciativa", para "asegurar a todos la existencia digna (12); amén de que hoy ya cuenta igualmente con un completo "Código de defensa de consumidor" de 119 artículos.

IV. *El estado de la legislación en al Argentina.* En nuestro país ni el Código Civil ni el de Comercio se habían ocupado inconcreto del "consumidor", aunque tácitamente lo involucran al aludir: al comprador de la cosa en el contrato de compraventa —arts. 1323 del C. Civil y 450 del Cód. de Comercio—; al locatario en la locación de servicios o de obra —arts. 1493, 1623 y concordantes del Cód. Civil—; o al damnificado por la cosa —art. 2176 del Cód. Civil—; etc. (13). Habiéndose sostenido que en el Código Civil "existe —y en algunos aspectos desde hace mucho tiempo— el marco jurídico indispensable para tutelar a los adquirentes de productos y usuarios de servicios" (14); debiendo integrarse tal

(11) BARRERA GRAF, Jorge, *La responsabilidad del producto en el derecho mexicano*, en el Vol. 11 de la "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", p. 704, n° 65, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - TAVANO DE AREDES, María J., *La protección al consumidor en el derecho comparado*, en el N° 1 de la Rev. "Derecho del consumidor", p. 19, ed. Juris, Rosario, 1991; ANDORNO, Luis O., *Protección al consumidor: responsabilidad civil por productos elaborados*, en el Vol. 31 de la Revista "Zeus", Secc. Doctr., ps. 61 y sigtes., n° IX.

(12) ARRIGHI, Jean M., *Los principios básicos de la defensa del consumidor y el panorama actual en América Latina*, en el N° 1 de la Rev. *Derecho del Consumidor*, cit., p. 30, núm. IV.

(13) ALTERINI, Atilio Anfal, *El estatuto del consumidor*, en *Contratos. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, p. 425, núm. 2-a), Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989.

(14) PADILLA, Miguel M., *La protección al consumidor en la legislación argentina en "J.A."*, 1976-III, p. 765, núm. VII, ZANNONI, Eduardo A., *Responsabilidad por productos elaborados*, p. 248, Astrea, Buenos Aires, 1984; ALTERINI, Atilio A. - LOPEZ CABANA, Roberto M. - STIGLITZ, Gabriel A., *La protección al consumidor en el marco de un proyecto de ley*, en *La Ley*, 1989-B, p. 1002, núm. 1 y nota 1.

régimen con las leyes que tienden a: cumplir “la misión ineludible del Estado de asegurar el correcto funcionamiento del mercado” —nota de elevación de la ley 22.262 de defensa de la competencia—; “proteger al consumidor” —nota de elevación de la ley 22.802 de lealtad comercial—; y regular los procesos económicos relativos a bienes destinados “directa o indirectamente a necesidades comunes o corrientes de la población” —art. 1 de la ley 20.680 de abastecimiento—, en especial en cuanto a las condiciones higiénico-sanitarias, bromatológicas y de identificación comercial de los alimentos de consumo humano—nota de elevación de la ley 18.284, “Código Alimentario Argentino”—, y con relación a todo “producto de uso y aplicación en la medicina humana” —art. 1 de la ley 16.463 de medicamentos—; etc. (15).

Por último, a fines del año 1993 se promulgó la ley 24.240 sobre protección y defensa de los consumidores o usuarios —art. 1º, aunque con un importante veto parcial.

V. La reforma constitucional de 1994 y los derechos del consumidor. Entre nosotros, al producirse la reforma constitucional del año 1994, la protección de los consumidores y usuarios fue incorporada a la propia Constitución Nacional, que en su nuevo art. 42 dispone: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”. Y ello parecidamente se repite en el art. 38 de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz”.

Aunque anteriormente ya se habían introducido disposiciones específicas relativas a los consumidores, en otras constituciones provinciales: la de San Juan de 1986, en su art. 69: “Los consumidores tienen derecho a organizarse con la finalidad de defender la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. La ley regulará las organizaciones de consumidores que contribuyan a la defensa de los intereses

(15) ALTERINI-LOPEZ CABANA - STIGLITZ, *ob. cit.*, en La Ley 1989-B, ps. 1002 y sigte., núm. 1; MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, *ob. cit.*, ps. 22 y sigtes., n° VI.

económicos que les sean propios. Su estructura interna y su funcionamiento deben ser libres, democráticos y con participación de minorías": la de Córdoba de 1987 en su art. 29: "Los consumidores y usuarios tienen derecho a agruparse en defensa de sus intereses. El Estado promueve su organización y funcionamiento"; y la de Río de Negro de 1988, en su art. 30: "El Estado reconoce a los consumidores el derecho a organizarse en defensa de sus legítimos intereses. Promueve la correcta información y educación de aquéllos, protegiéndolos contra todo acto de deslealtad comercial; vela por la salubridad y calidad de los productos que se expenden".

De tal forma, a la luz de lo que queda dicho, la protección al consumidor en nuestro medio, pese a constituir en rigor una materia propia del derecho privado, tiene ahora, sin embargo, verdadera jerarquía constitucional.

VI. *Consumidores y usuarios*. En la ley 24.240 de "Defensa del consumidor" se alude a "consumidores o usuarios", lo cual podría hacer pensar, a priori, en la utilización de tales vocablos con sentido de "equivalencia" (16), como si se tratase de sinónimos. Lo que quizá podría tener algún sentido, si con ello se hubiese pretendido diferenciar al "consumidor" propiamente tal, de cosas "consumibles" —"aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deje de poseerlas por no distinguirse en su individualidad" (art. 2325, primera parte, del Cód. Civil)—; del "consumidor" mero "usuario", que sólo utiliza y goza cosas "no consumibles", es decir "las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace" (art. 2325, segunda parte, del Cód. Civil).

Por el contrario, tanto la Constitución Nacional como las de las Provincias de Buenos Aires y Córdoba, se refieren pluralmente a "consumidores y usuarios", utilizando la conjunción copulativa "y", cuya finalidad es la de unir o enlazar varias palabras o conceptos distintos y diferentes. Siendo ésta la postura correcta en nuestro parecer; la cual trae aparejada eso sí, como consecuencia, la necesidad de diferenciar qué se entiende por "consumidor" y qué por "usuario", de bienes y servicios.

En la actualidad al consumidor se lo ha caracterizado con un criterio amplio, aludiéndose a toda persona física o jurídica que adquiere o

(16) *Diccionario de la lengua española*, 20ª ed., Madrid, Real Academia Española, 1984, t. II, p. 965, "0-3", 3ª acepción.

utiliza como destinatario final bienes o servicios, cualquiera sea la naturaleza de quién los produce, vende, facilita, suministra o expide (17). Siendo tal, precisamente, el concepto que se extrae de la ley de defensa de los consumidores 24.240, cuyo art. 1° reza: "Se consideran consumidores o usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Pero según Mosset Iturraspe y Lorenzetti, cuya opinión compartimos, consumidor "jurídico" es quien contrata, mientras que "usuarios" o "consumidores materiales" son quienes utilizan o disfrutan y aún consumen productos que no adquirieron ellos mismos, atento que "la ley define al consumidor como al que adquiere para su beneficio propio, o de su grupo familiar o social" (art. 1°) (18).

VII. *El objeto del contrato de consumo.* Dada la latitud del contenido del contrato de consumo, bien puede decirse que "todo hoy en día es derecho del consumidor" (19); ya que precisamente es el "ciudadano consumidor", el que diera pie a la famosa frase de Kennedy sobre *Protección de los intereses del consumidor*, pronunciada el 15 de marzo de 1962 como Mensaje al Congreso: "... todos somos consumidores", y es interés de todo ciudadano "tener una adecuada calidad de vida y, por ende, de conseguir dentro del mercado los bienes y servicios que necesita en las mejores condiciones posibles" (20).

Ahora bien, según el art. 1° de la ley 24.240, los consumidores o usuarios pueden contratar, "a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda", e "incluso los lotes de terreno adquiridos con el

(17) KEMELMAJER DE CARLUCCI - TAVANO DE AREDES, ob. cit. en el N° 1 de la Rev. "Derecho del consumidor" cit., p. 12, núm. II; MUGUILLO, Roberto A., *La defensa del consumidor. Una nueva disciplina*, en el N° 2 de "Estudios de derecho comercial", Revista del Colegio de Abogados de San Isidro, 1986, p. 128.

(18) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, ob. cit., ps. 61, n° 5, 317 y sigte., n° 3, y 384, n° I-1.

(19) POLO, E., *La protección al consumidor en el derecho privado*, p. 22, Cuaderno Civitas, Madrid, 1980.

(20) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, ob. cit., p. 58, n° 2.

mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada". De forma tal que encuadran en dicha ley distintos tipos de contratos para la enajenación o arriendo de bienes o provisión de servicios.

Ante todo la norma habla de "adquisición", vocablo que puede entenderse como referido tanto al "derecho de propiedad o dominio" sobre las cosas (muebles o inmuebles) adquiridas, como al hecho en si de la posesión de las mismas; todo lo cual puede tener manifestación jurídica a través de negocios de diversa naturaleza: compraventa, permuta, dación en pago; etc. También se alude a la "locación de cosas muebles", contrato que en cambio sólo habrá de posibilitar la adquisición de la mera "tenencia", ya que como el locatario está obligado "a limitarse al uso o goce estipulado de la cosa arrendada" —art. 1554 Cód. Civil— y a restituirla al concluirse la locación tal "como la recibió" —arts. 1609, 1615, 1618 y concordantes del Cód. Civil—, es obvio que el mismo aunque tenga efectivamente la cosa, está sin embargo "reconociendo en otro la propiedad... y (es) representante de la posesión del propietario" —art. 2352 Cód. Civil—. Aunque de todas maneras en ambos casos lo que están en juego son "obligaciones de dar", que tienen "por objeto la entrega de una cosa, mueble o inmueble", sea para constituir sobre ellas "derechos reales, o... transferir solamente el uso o la tenencia" —art. 574 Cód. Civil—.

En tanto que si se trata de "prestación de servicios", lo cual abarca un amplísimo campo de actividades que pueden ser aprovechadas por los consumidores o usuarios, lo que habrá de constituir el objeto de la prestación son "obligaciones de hacer", puesto que el interés jurídico se vincula con la actividad a cumplirse por el proveedor (21). Al respecto cabe sin embargo puntualizar que la propia ley excluye de su régimen a: "los servicios de profesionales literales que requieren para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello" (art. 2° in-fine); lo cual ha sido criticado por una parte de nuestra doctrina (22) y justificado por otra (23).

(21) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, *ob. cit.*, p. 61, n° 5; ps. 332 y sigte., n° 6-a).

(22) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, *ob. cit.*, ps. 69 y sigte., n° 8.

(23) VAZQUEZ FERREYRA, Roberto A. - ROMERA, Oscar Eduardo, *Protección y defensa del consumidor. Ley 24.240 anotada y comentada*, ps. 7 y sigtes., n° 3-c), Depalma, Buenos Aires, 1994.

Por otra parte, dicha ley consagra asimismo la fuerza obligatoria de “la oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados” —art. 7°—, lo que modifica en consecuencia el principio opuesto del art. 1148 de nuestro Cód. Civil; como también la obligatoriedad para el oferente de “las precisiones formuladas en la publicidad o en los anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión”, en contraste con lo que actualmente prevé el art. 454 del Código de Comercio (24). Fijándose en su art. 50 un término especial de prescripción de tres años, “para las acciones y sanciones emergentes de la presente ley”.

VIII. El bien jurídico protegido. El bien jurídico que se pretende amparar mediante las normas sobre protección al consumidor es en realidad la lealtad en las relaciones económicas de todo tipo; lo cual comprende, según se desprende del ya transcrito texto del art. 42 de la Constitución Nacional, a la totalidad de las etapas del proceso de comercialización, asegurando al consumidor la plenitud de sus facultades de información, elección y exigencia.

Efectivamente, el consumidor tiene derecho: ante todo a una información veraz y adecuada acerca de los bienes y servicios que más eficazmente puedan satisfacer sus necesidades; luego, el de poder elegir lo que más le convenga entre los distintos productos o actividades similares, si los hubiere; y finalmente el poder exigir que los bienes y servicios adquiridos o contratados respondan a las características ofrecidas o convenidas (25). Y correlativamente puede afirmarse que los intereses de los consumidores se pueden resumir en cinco derechos básicos: a la adecuada información y educación; a la protección de su salud y su seguridad; a la protección de sus intereses económicos; a ser resarcido; y a ser oído (26). En tal sentido en la ley 24.240 se pone a cargo de los proveedores: a) una obligación de seguridad en su art. 5°: “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”; y b) un deber de adecuada información: “veraz, detallada, eficaz y

(24) VAZQUEZ FERREIRA - ROMERA, ob. cit., p. 39, n° 1-b).

(25) PADILLA, ob. cit., en “J.A.” 1976-III, p. 761, núm. IV.

(26) REICH, ob. cit., en *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, cit., p. 380, letra a).

suficiente sobre las características esenciales” de los productos que comercialicen o servicios que presten —art. 4°—, tanto más riguroso cuando la utilización de los mismos “pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios” —art. 6°— (27).

En cambio, lamentablemente, fue vetado por el Poder Ejecutivo el art. 11 de la ley 24.240, que establecía por un período de seis meses a partir de la entrega de la cosa, un deber legal de “garantía... por los defectos o vicios de cualquier índole, aunque hayan sido ostensibles o manifiestos al tiempo del contrato, cuando afecten la identidad entre lo ofrecido y lo entregado o su correcto funcionamiento”. Por lo que, en ausencia de tal específica normativa, mantienen su vigencia y aplicabilidad sobre el respecto los principios sobre vicios redhibitorios de nuestra legislación civil —arts. 2164 y ss. del Código de la materia—.

IX. Legitimación activa. Asimismo se confiere en dicha ley legitimación para accionar judicialmente “al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público” (art. 52).

De tal manera, si el interés es individual la legitimación habrá de ser asimismo individual. Pero además se acepta que puede haber un interés que no sea de un individuo, sino de un grupo como tal (28). Y esto importa la consagración de la legitimación activa grupal o de conjunto de cuerpos intermedios adecuadamente representativos de la comunidad interesada, para la defensa de los llamados intereses supraindividuales, colectivos o difusos, de los que —se ha dicho—, por extraña paradoja, nadie resulta titular exclusivo, a la par que son varios: un grupo o una categoría, sus beneficiarios (29). Todo ello sin perjuicio de la intervención que también le pueda caber en su caso al “Ministerio

(27) Un caso de responsabilidad por inadecuada información publicitaria de un producto veterinario (piojicida) de alto poder tóxico, que produjo la muerte de 83 vacunos a los que se aplicara, fue resuelto por la Cam. Nac. Civil, Sala A, el 12/04/79, en los autos “Estancias del Oeste c. Bayer Argentina S.A.”, (“E.D.”, 84-483; “Rev. del Dcho. Com. y de las Obligs.”, vol. 13, p. 12; La Ley 1979-C-616, Jurispr. Agrup. 3688).

(28) MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, *ob. cit.*, p. 395, n° II-2.

(29) MORELLO, Augusto Mario - HITTERS, Juan Carlos - BERIZONCE, Roberto O., *La defensa de los intereses difusos*, en “J.A.”, 1982-IC, ps. 700 y ss., nros. I y II.

Público”, como así al “Defensor del Pueblo”, u “ombudsman” del régimen sueco (30), figura ésta que ha tenido ahora recepción en el art. 86 de nuestra Constitución Nacional: “El Defensor del Pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas. El Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal. Es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las Cámaras. Goza de las inmunidades y privilegios de los legisladores. Durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez”, como asimismo en el art. 55 de la nueva Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1994: “El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la administración pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias. Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara...”.

X. *Legitimación pasiva*. En el art. 2° de la ley 24.240, bajo el título de “proveedores de cosas o servicios”, se establece quiénes son los sujetos obligados al cumplimiento de la misma, mencionándose a “todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios” —art. 2°—. Tratándose en suma de una definición lo suficientemente amplia, como para evitar que una eventual conducta perjudicial para los intereses del consumidor pueda escapar a la aplicación de la ley.

No obstante, se exige como requisito tipificante de la condición de “proveedor” su profesionalidad en el quehacer de la incorporación de bienes y servicios al mercado o al tráfico. Profesionalidad que se configura

(30) GOZAINI, Osvaldo Alfredo, *El “ombudsman”*, en *La Ley*, 1983-D, ps. 840 y sigtes.

por la concurrencia de algunas notas caracterizantes: la habitualidad o actividad constante de ese quehacer; la manera lucrativa de realizarlo, es decir por el afán de obtener lucros, ganancias o beneficios económicos (31); y, agregamos, la calidad de experto en un área del saber —científico, técnico o práctico— y la consecuente situación de superioridad que ello brinda, con respecto a la otra parte de la relación jurídica (32). Puede llamar la atención sin embargo, que a continuación del requisito de la “profesionalidad” se aluda también a quienes “aun ocasionalmente” produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, lo cual aparece *prima facie* como una contradicción; aunque en todos los casos frente a una situación de duda, habrá de estarse “siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”, tal como lo prevé *in fine* el art. 3 de la misma ley (33).

Empero, como contrapartida, también fueron vetados por el Poder Ejecutivo, entre otros, los arts. 13 y 40 de dicha ley, que institúan un sistema de responsabilidad objetiva derivada del vicio o defecto de la cosa o del servicio y una amplia legitimación pasiva solidaria entre los co-responsables (34). Así, el art. 13 disponía que: “Son solidariamente responsables del otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal, los prestadores, importadores, distribuidores y vendedores de las cosas comprendidas en el art. 11°; y el 40 que: “Si el daño al consumidor resulta del vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio responderá el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio... La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que corresponda. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”.

Por lo que, en razón de lo antedicho, se debe recurrir a los principios comunes del derecho privado —Código Civil o en su caso el mercantil—, para encontrar solución a los problemas de responsabilidad civil resultante de los vicios y defectos de las cosas entregadas y de los daños ocasionados al consumidor.

(31) MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, ob. cit., p. 65, n° 3.

(32) VAZQUEZ FERREYRA-ROMERA, ob. cit., p. 13, n° 2.

(33) VAZQUEZ FERREYRA-ROMERA, ob. y loc. en nota anterior.

(34) MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, ob. cit., p. 307, n° I.1.

XI. La responsabilidad por productos elaborados en nuestro derecho privado positivo.

a) *Responsabilidad del fabricante-vendedor frente a su adquirente.* Siempre que medie una relación contractual directa entre proveedor y consumidor, la responsabilidad de aquél, de existir, ha de ser contractual; lo cual obviamente sucede en el caso del fabricante-vendedor frente a su adquirente directo.

Ella podría fundamentarse ante todo en los vicios redhibitorios del producto defectuoso —art. 2164 del C. Civil—, atento que cabe la indemnización de todos los perjuicios que pueda haber sufrido el adquirente —art. 2176 C. Civil—, en razón de que es dable suponer que el fabricante conocía o debía conocer tales vicios (35). Pero para accionar de esta manera se debe intentar la acción redhibitoria o de rescisión del contrato y no la “*quanti minoris*”, en el muy breve plazo de tres meses previsto en el artículo 4041 del Código Civil, lo cual torna bastante problemático el ejercicio de dicha acción (36).

(35) ANDORNO, *Protección al consumidor...*, cit., en “Zeus”, vol. 31, Sec. Doctr., p. 53, n° II; GOLDENBERG, Isidoro H., *La responsabilidad civil por los productos elaborados*, en “J.A.”, 1982-I, p. 747, n° III; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en el *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, de Augusto C. Belluscio y Eduardo A. Zannoni, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, p. 536, § 60-a); KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - PARELLADA, Carlos A. su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, La Plata, Fundación Editora Notarial, 1981, p. 88; STIGLITZ, Gabriel A., *Protección jurídica del consumidor*, Bs. As., Depalma, 1986, p. 93, n° 91; RAMELLA, Anteo E. su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* cit., p. 93; LLAM-BÍAS, Jorge Joaquín, *Daños causados por productos elaborados* en “L.L.”, 1979-B, p. 1096 y nota 18; ídem *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, Bs. As., Perrot, 1980, t. IV-B, p. 266, nota 359 in-fine; SALERNO, Marcelo Urbano, *Responsabilidad del fabricante por productos elaborados (bases para una futura legislación)* en “E.D.”, 95, p. 779, n° II, Comparar: LOPEZ CABANA, Roberto M. - LLOVERAS, Néstor L., *La responsabilidad civil del industrial. Régimen de reparación de daños causados por productos elaborados*, en “E.D.” v. 64, ps. 588 y sig., n° 21, para quiénes los daños indemnizables serían sólo los derivados de la rescisión de la compraventa, esto es los daños al interés negativo. En contra: BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Responsabilidad civil por productos elaborados en el derecho argentino*, en *La Ley*, 143, p. 871, n° II; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit., en *Temas de responsabilidad civil...*, cit., p. 275.

(36) ALTERINI, *El estatuto del consumidor*, cit. en *Contratos. Homenaje al profesor Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, cit., ps. 428 y sig., n° 2-b)-6; LOPEZ CABANA - LLOVERAS, ob. cit. en “E.D.”, 64, p. 559, n° 21 in-fine; TRIGO REPRESAS, Félix A., *La responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, en *La Ley*, 1982-B, ps. 675 y sigte., n° VI-3; ZANNONI, ob. cit., ps. 299 y sigte., n° IX, y ps. 311/313, letra “E”.

Se sostuvo también que el fabricante asume un deber de seguridad, que encuentra sustento en el principio de la buena fe del art. 1198, primer párrafo del Cód. Civil; por lo que habrá de responder por los vicios de los productos que lance al mercado y que había garantizado tácitamente que no tenían defectos; incumplimiento que al no tener ningún plazo especial de prescripción, se rige en cambio por el término decenal, ordinario, del art. 4023 del Cód. Civil. Siendo precisamente este fundamento el aceptado en un fallo de la Sala 3ª de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 27 de octubre de 1983 (37). Además, hoy en día dicho deber de seguridad está expresamente contemplado en el ya mencionado art. 5º de la ley 24.240, lo cual brinda un fundamento más específico a esta postura (38); aunque como contrapartida la prescripción de la acción se reduce a los 3 años contemplados en el art. 50 de dicha ley.

b) Responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo y otros terceros. En cambio, si se trata de responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo, tratándose de un supuesto en el que no existe entre los mismos ninguna vinculación contractual, nos encontramos frente a una típica responsabilidad extracontractual. Pero una vez así caracterizada esta responsabilidad, se suscita de inmediato otra cuestión: ¿se trata de responsabilidad subjetiva por el hecho propio, del art. 1109 del C. Civil, que exigiría la demostración de la culpa del fabricante; o se puede entender que constituye un supuesto de responsabilidad objetiva, encuadrable como daño causado por el "riesgo o vicio" de la cosa del art. 1113, en cuyo supuesto al

(37) Cám. 1ª Civ. Com., Sala IIIa., La Plata, 2/10/83, "Caprarella de Hernández c/ Boccabella", La Ley, 1985-D, 29, con nota aprobatoria de STIGLITZ, Gabriel, *El deber de seguridad en la responsabilidad por productos elaborados*, ps. 13 y sigtes. Ver además: ANDORNO, *Protección al consumidor...* cit. en "Zeus", vol. 31, Secc. Doctr., ps. 52 y sigtes., n° II-1; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 8ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1994, p. 35, n° 976, y ps. 409 y sigtes., n° 1101 y sigtes.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, ob. cit. en el *Cód. Civil...* de BELLUSCIO-ZANNONI cit., t. 5, ps. 537 y sigtes., § 60; idem y PARALLADA en *Ponencias VIII Jornadas Nacionales...* cit., p. 88; LOPEZ CABANA Y LLOVERAS, ob. cit., en "E.D.", 64, p. 559, nros. 22 y sigtes. y nota 45; RAMELLA en *Ponencias VIII Jornadas Nacionales...* cit., p. 93; COMPAGNUCCI DE CASO, ob. cit. en *Temas de responsabilidad civil...* cit., ps. 275 y sigtes.; GOLDENBERG, ob. cit. en "J.A.", 1982-I, p. 747; STIGLITZ, *Protección jurídica del consumidor*, cit., p. 92, LLAMBIAS, ob. cit. en La Ley, 1979-B, 1096, n° 5-a) y nota 19, y p. 1098, n° 8; idem *Trat. de derecho civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, ps. 266 y sigtes., n° 2947 - a) y nota 360, y p. 272, n° 2950; ROJO y FERNANDEZ-RIO, ob. cit., ps. 196 y sigtes., n° 28. En contra: ZANNONI, ob. cit., ps. 304 y 308.

(38) MOSSET ITURRASPE - LORENZETTI, ob. cit., p. 309, n° 3-a).

damnificado le bastaría con probar el daño y que fue ocasionado con intervención del producto elaborado?

Entre nosotros una corriente doctrinal sostuvo la primera solución, aunque con una variable que atenuaba considerablemente sus consecuencias: una vez acreditado el vicio o defecto de la cosa, ello presu- mía la culpa del fabricante, pues tal situación "habla por sí sola" (*res ipsa loquitur*) (39); siendo ésta la postura que prevaleció en las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata, año 1981 (40), luego receptada en el voto del Dr. Pérez Crocco en un fallo de la Sala 3^a de la Cám. Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 21 de abril de 1992, recaído en los autos "Simionato c/Sevel Argentina S.A." (41). En apoyo de esta tesis subjetivista se sostuvo la inaplicabilidad de lo esta- blecido en el art. 1113 del Cód. Civil, en razón de que al tiempo de producirse el daño al consumidor, el fabricante ya no reviste la calidad ni de dueño ni de guardián de la cosa, siendo que aquella norma res- ponsabiliza únicamente a los mismos de los daños producidos con intervención de cosas (42).

Para otra tendencia se trata en cambio de un típico supuesto de daño causado por el "riesgo de la cosa", riesgo que es generado por el "vicio" o defecto de la misma; sosteniéndose además que el art. 1113 del Código Civil no responsabiliza solamente al dueño o al guardián de la cosa, sino a todo el que se sirva de la misma —primer párrafo del citado artículo—,

(39) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la responsabilidad civil* cit., ps. 426 y ss., n° 113 y ss.; LLAMBIAS, ob. cit. en "L.L.", 1979-B, p. 1097, n° 7 y *Trat. de dcho. civil. Obligaciones*, cit., t. IV-B, ps. 269 y ss., n° 2949; SALERNO, ob. cit. en "E.D.", 95, ps. 779 y sig., n° II, GHERSI, Carlos - HIGHTON, Elena I. - RAMELLA, Anteo E. y VIDELA ESCALADA, Federico N., sus ponencias en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales...* cit., ps. 79 y ss., 87, 93 y 115 y ss., respectivamente. Y asimismo las ponencias inéditas de: Enrique Tomás Bianchi y Luis Marfa Piaggio, de Juan José Casiello, y de Nelly Dora Bouzan de Solimano.

(40) *El derecho privado en la argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años*, Bs. As., Universidad Notarial Argentina, 1991, p. 37, Comisión 2, punto II.

(41) N° 3 de la Revista "Derecho del consumidor" cit., ps. 57 y ss.

(42) BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría general de la resp. civil* cit., ps. 400 y sig., n° 1113 y 1115; LLAMBIAS, ob. cit. en "L.L." 1979-B, ps. 1097 y sigtes., nota 22; idem *Trat. de derecho civil. Obligaciones* cit., t. IV-B, p. 271, nota 363; Videla Escalada su ponencia en *Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales...* cit., ps. 113 a 116; ponencias inéditas de Juan José Casie- llo y de Bianchi - Codeglia - Esteguy - Piaggio.

siendo obvio que el fabricante que lanza al mercado y lucra con la comercialización de las cosas que produce, se sirve de ellas, ya que obtiene de esa manera un provecho económico (43). Esta tesis, minoritaria en las mencionadas "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata de 1981, fue luego la que se impuso en las "Cuartas Jornadas Rioplatenses de Derecho Civil" de Punta del Este, en el año 1986 (44), y en subsiguientes encuentros jurídicos. Y también fue receptada en el prealudido pronunciamiento de la Sala 3ª de la Cámara Primera en lo Civil y Comercial de La Plata, del 27 de octubre de 1983 (45). Esta postura encuentra hoy, además, una adecuada apoyatura en lo dispuesto en los arts. 5 y 6 de la ley 24.240, ya que las cosas y servicios que se suministran no deben presentar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores, y si se tratare de aquellos "cuya utilización pueda

(43) ANDORNO, *Protección al consumidor...* cit., en "Zeus", vol. 31, Secc. Doct., ps. 55 y sig., n° III; ALTERINI, Atilio A., *La responsabilidad civil por productos. Estado de la cuestión en el derecho argentino* en La Ley, 1989-E, 1185; GARRIDO, Roque - ANDORNO, Luis O., *El artículo 1113 del Código Civil. Comentado, Anotado*, ps. 438 y sigtes., Hammurabi, Buenos Aires, 1983; GOLDENBERG, ob. cit. en "J.A.", 1982-I, ps. 748 y sigtes., n° IV; KEMEL-MAJER DE CARLUCCI en el *Cód. Civil...* de BELLUSCIO-ZANNONI cit., t. 5, ps. 549 y sigtes., § 64-i); LOPEZ CABANA - LLOVERAS, ob. cit. en "E.D.", v. 64, p. 572, n° 44; MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Nora, *La responsabilidad civil en la era tecnológica*, ps. 74 y sigtes., n° 4, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989; PARDO, Alberto Juan, su ponencia inédita en las "VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil" de La Plata, año 1981; PIZARRO, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, ps. 558 a 562, n° 3-c-2), ed. Universidad, Buenos Aires, 1983; STIGLITZ, *Protección jurídica del consumidor* cit., ps. 95 y sigtes., n° 92; TRIGO REPRESAS, ob. cit., en La Ley 1982-B, 678 y sigtes., n° VI-4; ZANNONI, ob. cit., ps. 322 a 324; CNCCom., Sala E, 1986/08/22, "Severino c. Boris Garfunkel e hijos", La Ley, 1986-E, 642. La S.C.B.A. y la Sala D de la CNCiv., han resuelto con carácter general, que en la responsabilidad por riesgo creado, existe además del dueño o del guardián otro legitimado pasivo: *quien, sin revestir ninguno de aquellos caracteres, se sirva de la cosa* (S.C.B.A., 1993/05/11, "Re c. Jockey Club de Mar del Plata", La Ley, 1994-D-11, "J.A.", 1994-I-591 y "D.J.B.A.", 144-3247; CNCiv., Sala D, 1992/03/18, "Aguirre vda. de Borche c. Silva", "J.A.", 1992-III-241; conformes: GALDOS, Jorge Mario, *El riesgo creado y los legítimos pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires*, en el N° 11 de *Estudios de Derecho Comercial*, "Rev. del Coleg. de Abogados de San Isidro", 1995, ps. 125 y sigtes. y ps. 135 y sigte., n° III; VAZQUEZ FERREIRA, Roberto A., *Responsabilidad por la muerte de un jockey en una competencia hípica*, nota al citado fallo de la S.C.B.A. en "J.A.", 1994-I, p. 595, n° II-b); WEINGARTEN, Celia - GHERSI, Carlos A., *La responsabilidad por organización de espectáculos deportivos*, nota al mismo fallo de la S.C.B.A. en La Ley, 1994-D, p. 16, n° IV).

(44) *El derecho privado en la Argentina* cit., p. 37, Comisión N° 2, punto II; y p. 157, Comisión N° 1, punto II.2.

(45) Cám. 1ª Civ. Com., Sala IIIa., La Plata, 1983/10/02, "Caprarella de Hernández c. Boccabella", La Ley, 1985-D-29.

suponer un riesgo para a salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas y razonables *para garantizar la seguridad de los mismos*" (46), de forma tal que el daño siempre provendría: o bien del "riesgo" generado por una cosa o servicio de los que razonablemente no cabía esperar ningún peligro y que sin embargo lo implicaron, o bien de cosas o servicios "per se" riesgosos, en cuya comercialización no se observaron las razonables medidas de seguridad; hipótesis ambas perfectamente encuadradas en la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa, del segundo párrafo del art. 1113 del Código Civil.

Y todo lo dicho vale igualmente para los supuestos de responsabilidad del fabricante frente a otros terceros, ya que al no existir vínculos contractuales entre ellos, se trataría sin duda de responsabilidad extracontractual.

c) *Responsabilidad del proveedor no fabricante*. El proveedor no fabricante, cuya responsabilidad es contractual frente a su adquirente directo, se encuentra hoy mencionado entre las personas obligadas al cumplimiento de la ley 24.240, en su art. 2°; pesando por lo tanto sobre él: el deber de seguridad o de "protección al consumidor" del art. 5° de la ley, de que las cosas y servicios sean "suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores", y el deber genérico de brindar información cierta y objetiva, veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de las cosas o servicios suministrados, del art. 4° de la misma ley, tanto más riguroso cuando se trata de cosas y servicios riesgosos, los que "deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos" —art. 6°—. Cabe pues tener por reproducido aquí lo que ya se dijera en punto a la responsabilidad del fabricante-vendedor. Y ello es tanto más así, cuando el vicio no fuese de fabricación sino de conservación por parte del propio proveedor, en cuyo supuesto además mediará culpa o dolo de este último.

Sin embargo no puede desconocerse que el comerciante revendedor, que antes solía ser un especialista, se ha transformado ahora, en general, en un profano de las mercaderías que vende, dado que: los procesos

(46) MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, *ob. cit.*, p. 309, n° 3-b).

de fabricación de los productos le son habitualmente desconocidos; los envoltorios herméticamente cerrados mediante precintos u otros procedimientos, le impiden un examen personal y directo de la mercancía; y, por lo demás, la mayoría de las veces carecerá inclusive de la necesaria preparación y conocimientos para ello (47). Por todo lo cual coincidimos con Mosset Iturraspe y Lorenzetti, en que debe admitirse que el proveedor no fabricante se pueda eximir de responsabilidad demostrando no únicamente la ruptura del nexo causal, por tratarse por ejemplo de un vicio de fabricación o diseño sólo imputable al fabricante; sino asimismo, como un supuesto de ausencia de culpa de su parte, que el vicio en cuestión no era conocido o cognoscible empleando la diligencia debida (48).

d) *Responsabilidad colectiva*. Finalmente, en la hipótesis de daños causados por un grupo de fabricantes o bien de una cadena que involucre al fabricante, al importador, al intermediario (distribuidor o proveedor), al vendedor, etc., el vetado art. 40 de la ley 24.240 establecía su responsabilidad solidaria frente al damnificado, sin perjuicio de las acciones de repetición que luego pudiesen corresponder entre ellos. Pero la supresión de dicho texto obliga nuevamente a ocurrir a los principios generales de nuestro derecho privado, aunque sin olvidar que el vigente art. 2° de la ley 24.240 dispone en su primer párrafo que: "Quedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, *produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios*". En este caso nos encontramos frente a un supuesto de causación individual, en el que sin embargo no se conoce al autor sino al grupo o conjunto del cual provino el daño; entendiéndose que estando acreditado el nexo causal entre el daño y la acción colectiva del conjunto o grupo de presuntos responsables, deben todos ellos ser tenidos como tales, en cuanto posibles autores del perjuicio. Fundándose el juicio de reproche a todos los componentes del grupo, en la circunstancia de que la acción del conjunto, aprehendida como fenómeno unitario, fue la que posibilitó la consecuencia dañosa; como así también, a la inversa, que sin esa participación grupal, tal resultado no habría acontecido (49).

(47) ROJO y FERNANDEZ-RIO, ob. cit., ps. 25 y sigtes., n° 2; SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., p. 552, n° III, Montecorvo, Madrid, 1977.

(48) MOSSET ITURRASPE-LORENZETTI, ob. cit., p. 351, n° 1-d).

(49) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., *La responsabilidad colectiva en el resarcimiento de daños*, en *La Ley*, v. 142, ps. 976 y sigtes.; idem *Teoría gral. de la resp. civil cit.*, ps. 583 y

En nuestro derecho positivo tal responsabilidad "colectiva" sólo está contemplada en la parte final del art. 1119 del Cód. Civil, con relación a los supuestos de daños causados por cosas caídas o arrojadas a la calle desde un edificio, "cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de donde procede"; aunque nuestra doctrina ha inducido de tal preceptiva un principio de carácter general (50), que en consecuencia sería igualmente aplicable en el caso que nos ocupa. Empero subsiste una discrepancia doctrinaria de importancia, atento que mientras algunos autores consideran que esa obligación grupal sería *sin solidum* (51); otros, cuya opinión compartimos, sostienen que se trata de una responsabilidad simplemente mancomunada, en razón de que es ésta la que resulta del texto del art. 1121 del Cód. Civil, para los supuestos de pluralidad de responsables del art. 1119 del mismo Código, como una excepción vigente al principio general de la solidaridad de los arts. 1081 y 1109 del Código Civil (52).

sigtes., n° 1685 y sigtes.: GESUALDI, Dora Mariana, *La responsabilidad colectiva*, en *Responsabilidad por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, t. II, ps. 152 y sigtes., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990; GOLDENBERG, Isidoro H., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, ps. 152 y sigtes., Astrea, Buenos Aires, 1984 § 37-b); LOPEZ CABANA, Roberto M., *Responsabilidad colectiva. Régimen Legal en Argentina y Latinoamérica*, en *La Ley*, 1986-B, ps. 936 y sigtes. y en *Cuestiones modernas de responsabilidad civil* por Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, Buenos Aires, *La Ley*, 1988, ps. 225 y sigtes., LOPEZ CABANA, Roberto M. y LLOVERAS, Néstor L., *La responsabilidad colectiva. Pautas para su aplicación en el derecho civil argentino*, en "E.D.", v. 48, ps. 799 y sigtes.; LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Responsabilidad colectiva o anónima* en "E.D.", v. 83, ps. 783 y sigtes.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado*, en "J.A." Doctrina 1973, ps. 1 y sigtes. y en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, t. II, ps. 305 y sigtes., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1980; idem *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*, ps. 19 y sigtes., nros. 2 y 3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, *El daño colectivo en el derecho de daños. Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, ps. 437 y sigtes., ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989.

(50) GESUALDI, ob. cit., en *Resp. por daños. Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, cit., t. II, p. 152, n° IV-C; LOPEZ CABANA, *Resp. colectiva...* cit. en *La Ley*, 1986-B, 936 y sigtes., n° III y en *Cuestiones modernas de resp. civil* cit. ps. 230 y sigtes., n° III; KEMELMAJER DE CARLUCCI en el *Cód. Civil...* de BELLUSCIO-ZANNONI cit., t. 5, p. 657, art. 1119, § 11; LLAMBIAS, *Trat. Obligaciones* cit., t. IV-B, ps. 284 y sigtes., n° 2960; MOSSET ITURRASPE, *Resp. Por daños. Resp. colectiva* cit., ps. 44 y sigtes., n° 3-f).

(51) CARRANZA, Jorge A., *Reflexiones sobre la atribución de la obligación de indemnizar los daños causados por hechos de terrorismo*, en *La Ley*, 1979-D, p. 794; MOSSET ITURRASPE, *Daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado* cit. en *Estudios sobre responsabilidad por daños* cit., t. II, p. 305.

(52) LOPEZ CABANA, Roberto *Responsabilidad colectiva* cit., en *La Ley*, 1986-B, 941; LOPEZ CABANA y LLOVERAS, *La responsabilidad colectiva* cit. en "E.D.", 48-799;

XII. *Conclusiones.* Para terminar esta exposición, a manera de conclusiones, podemos formular las siguientes precisiones: 1°) la protección al consumidor tiene actualmente en nuestro medio verdadera jerarquía constitucional; 2°) se rige en principio por lo dispuesto en nuestra Carta Magna y en la ley 24.240, sobre protección y defensa de los consumidores o usuarios; 3°) Cuando se trata de responsabilidad civil por daños ocasionados al consumidor, en ausencia de normas específicas en la ley 24.240, resultan de aplicación los principios comunes del derecho privado; 4°) la responsabilidad contractual por daños ocasionados por productos elaborados se sustenta en el deber de seguridad a cargo del fabricante, hoy expresamente contemplado en el art. 42 de la Constitución Nacional y en el 5° de la ley 24.240; 5°) en los mismos casos, la responsabilidad extracontractual configura en cambio un típico supuesto de daño causado por el "riesgo de la cosa", encuadrable en el art. 1113 del Cód. Civil; 6°) tratándose de daños causados por un grupo de fabricantes o una cadena que involucra al fabricante, al importador, al distribuidor o proveedor, al vendedor, etc., todos serán responsables en cuanto posibles autores del perjuicio, si estuviere acreditado el nexo causal entre el daño y el accionar colectivo del conjunto o grupo; pero individualmente cada uno sólo estará obligado en forma simplemente mancomunada por su respectiva cuota-parte, en función de lo dispuesto en los arts. 1119, 1121 y concordantes del Cód. Civil y su doctrina. ♦

LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Responsabilidad colectiva o anónima*, en "E.D.", 83-783; TRIGO REPRESAS, Félix A. en CAZEAUX, Pedro N. - TRIGO REPRESAS, Félix A., *Derecho de las obligaciones*, 3ª ed., t. IV, p. 742, n° 2510, Platense, La Plata, 1994.

LOS PRECEDENTES: EL CASO DEL COMMON LAW

POR JULIO CÉSAR CUETO RÚA (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La relevancia e irrelevancia de los hechos. — III. De la sentencia, norma jurídica individual a la norma general extraída de los precedentes jurisprudenciales.

I. Introducción

El Common Law es un Derecho jurisprudencial, Derecho creado por los jueces. Cuando llega un conflicto al despacho de un juez para su resolución debe decidirlo como otros jueces de la misma jurisdicción y de la misma o superior jerarquía lo han resuelto en casos similares ocurridos en el pasado. El juez *debe seguir* el precedente. Este deber se expresa mediante la siguiente enunciación: “stare decisis et quieta non movere”, o, más brevemente: “stare decisis”. Este principio hace posible el establecimiento de un sistema como el del Common Law.

No se han puesto de acuerdo ni los juristas norteamericanos ni los ingleses acerca del significado de esa expresión: “stare decisis et quieta non movere”. Este principio opera con distinto alcance según las características de las cuestiones resueltas por las sentencias precedentes (constitucional, penal, comercial, civil, etc.).

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Julio César Cueto Rúa en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 11 de julio de 2002.

Se encuentra muy difundida la teoría según la cual "stare decisis" es una decisión deliberada y solemne de un juez sobre un punto de derecho planteado correctamente y necesario para su decisión. Constituye un precedente obligatorio en el mismo juzgado o en otros juzgados de igual o inferior rango, en casos subsiguientes cuando el mismo punto de derecho se vuelve a litigar. Sin embargo, el alcance del precedente sentado depende de su acuerdo con el espíritu de los tiempos y con los fallos subsiguientes sobre la misma materia. Según el criterio del juez Hutcheson la compulsión o exigencia de la doctrina judicial es, en último análisis, de orden moral o intelectual, más que arbitraria o inflexible ("The Status of the Rule of Judicial Precedent", Informe de la Conferencia celebrada en Cincinnati, Ohio, 1940, University of Cincinnati Law Review, t. 14, p. 262).

Tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra, los jueces siguen el precedente. Se atienen al principio básico del Common Law: "stare decisis et quita non movere". Es en virtud de este principio que tanto los jueces como los abogados consideran que el precedente los obliga, que deben aplicarlo cuando el mismo punto de derecho vuelve a plantearse.

El principio del "stare decisis" genera severas dificultades a los jueces en el estudio y la aplicación de los precedentes jurisprudenciales a los casos pendientes de su resolución. Similares dificultades interpretativas experimentan los abogados, igualmente obligados a seguir los precedentes sentados en el pasado en casos similares, por jueces de la misma o superior jerarquía.

Decidir cuándo un caso es similar a otros casos es una tarea compleja. Requiere flexibilidad y una cierta precisión mínima por parte de quienes intervienen en el proceso de estudio y aplicación de los precedentes judiciales para resolver el caso pendiente de resolución. Como bien se sabe, no existen casos y precedentes iguales. Sólo se los encuentra parecidos, más o menos parecidos. El principio del "stare decisis" exige decidir el caso sujeto a su estudio y decisión, siguiendo casos similares decididos en el pasado. Pero tanto el juez como los abogados de las partes siempre se encuentran con casos que exhiben diversos grados de similitud. Algunos son muy parecidos y otros lo son en menor grado. Pero el principio del "stare decisis" debe ser seguido por los jueces y los abogados aunque los precedentes sentados en el pasado exhiban diversos grados de similitud. Sin embargo, el "stare decisis" no necesariamente implica el deber de seguir el más parecido de los precedentes. Cumple con su deber el juez si sigue un precedente parecido aunque no

sea el más parecido. Esta flexibilidad introduce un cierto grado de incertidumbre y puede abrir expectativas inesperadas en los litigantes. Ello ha llevado a algunos jueces y abogados a incorporar un nuevo factor en el proceso de decisión del caso. Así, el precedente sentado en el pasado sólo se debería aplicar si está de acuerdo con "espíritu de los tiempos" y ha sido seguido en sentencias posteriores como la expresión del Derecho vigente. El juez del Common Law está dotado de la facultad de omitir la aplicación de la sentencia precedente en punto (la más parecida) y recurrir a la analogía para aplicar otras sentencias precedentes dictadas en casos aunque ofrezcan menor similitud. Sin embargo, dicha flexibilidad interpretativa no significa que el juez del Common Law goza de una irrestricta facultad para decidir el caso según su criterio subjetivo. El significado del "stare decisis" es más modesto: el juez puede prescindir de analogías más cercanas y aun apelar al empleo de ficciones para escapar del precedente en punto y ocurrir en su lugar a otros casos cuya similitud resulta de pensar el caso pendiente de resolución "como si" fuera parecido a otras analogías más cercanas.

En el Common Law, como bien dice Karl Llewelyn, los jueces se sienten controlados en su actividad judicial, por las sentencias precedentes. El agente de control se encuentra constituido por una combinación de conciencia judicial, juicio judicial, y lo que el propio Llewelyn llama "líneas netas de fuerza del campo especial del Derecho" que demandan una sentencia en cierta dirección (ver informe citado "ut supra").

Un significativo número de juristas norteamericanos e ingleses se sienten inclinado a ver en el "stare decisis" una norma o principio legal que obliga a los jueces a recurrir a las sentencias precedentes en punto o que ofrecen mayor analogía para extraer de ellas la norma jurídica general aplicable al caso. Ya Blackstone decía: "Porque es una norma establecida el cumplir con los precedentes anteriores, cuando los mismos puntos vuelven a ser controvertidos" ("Commentaries on the Laws of England", t. 1, p. 69 de la numeración estrellada). Algunos de los más distinguidos juristas ingleses y norteamericanos rechazan esa tesis (Véase Salmond, "Jurisprudence", London 1937; Stone, "The Province and Function of Law", Massachusetts, 1950; Lord Wright, "Legal Essays and Addresses", Cambridge, 1939; Judge Mac Cardie, "in re" Pryaer v. Batsfield Ltd. I KingBench 570, año 1924). Para Llewelyn, la normatividad de las sentencias precedentes se funda en la facticidad de las prácticas sociales y en la realidad de ciertas valoraciones sociales. Para Roscoe Pound el "stare decisis" es un arte tradicional en el modo de dictar

sentencias. Puede decirse, sin embargo, que en el Common Law, especialmente en su versión norteamericana, prevalece una concepción doctrinaria según la cual el "stare decisis" es considerado como una norma jurídica cuyo sentido axiológico se encuentra en los valores orden, seguridad, paz y justicia, conforme a la cual los jueces de una jurisdicción determinada se encuentran obligados a resolver los casos pendientes de sentencia, mediante la aplicación de las normas generales que pueden ser extraídas de las sentencias dictadas en el pasado por jueces de la misma jurisdicción, de la misma o superior jerarquía en casos análogos. Este es el principio general, presente en la gran mayoría de los casos que llegan a los tribunales norteamericanos e ingleses para su resolución. Sin embargo, ciertos factores pueden limitar el alcance de la doctrina del "stare decisis". Así, por ejemplo, no deben seguirse los precedentes que traducen una grosera injusticia o son irracionales, ni cuando se ha producido una alteración sustancial en la situación social de tal naturaleza que, a su luz, las sentencias precedentes hayan perdido sentido como expresión de justicia, transformándose en un factor de iniquidad y atentatorio contra el bienestar social.

II. La relevancia e irrelevancia de los hechos

Cada caso contencioso que llega al despacho del juez para ser resuelto, exhibe una serie de hechos mediante los cuales el caso es individualizado y clasificado.

Cada una de las partes intervinientes en el caso describe los hechos en los que apoyan sus respectivas pretensiones y, en su momento, el juez seleccionará aquellos hechos probados durante el curso del litigio que considere relevantes a los fines de la resolución del litigio.

Es ontológicamente imposible la aprehensión de la totalidad del flujo de acontecimientos temporales en el cual se encuentran inmersas las partes y los funcionarios judiciales competentes. Por lo tanto, se hace indispensable una reconstrucción parcial de los hechos pasados del caso y la selección de aquellos actos y hechos del presente relevantes a los fines de la sentencia a dictar para poner fin a la disputa. Todas las partes y los funcionarios y jueces intervinientes participarán del proceso por virtud del cual de una sentencia del pasado se extrae una norma general, seleccionando los hechos relevantes del caso y generalizándolos.

La relevancia de ciertos hechos puede resultar de su mención expresa como tal en una determinada norma jurídica. También puede resultar de su mención implícita en otras normas jurídicas.

Cuando en el estudio de un caso se llega a la conclusión que determinados hechos del caso son relevantes por el sentido que ellos atribuyen al conflicto bajo consideración, el juez podrá considerarlos relevantes, aunque no se encuentre clasificado como tal en el precedente sentado.

Si en el caso pendiente de resolución el juez llega a la conclusión de que un determinado hecho del caso es un hecho relevante buscará precedentes en los que se encuentra presente un hecho relevante similar. Por otro lado, puede ocurrir que un hecho considerado relevante en otros precedentes jurisprudenciales, deje de serlo por cambios en las características fácticas que definían e individualizaban el caso. O un hecho o un acto considerado relevante inicialmente puede ser reclasificado por el juez, negándole relevancia. Puede también acaecer que se altere la clasificación de hechos acerca de cuya relevancia o irrelevancia habían surgido dudas en la opinión de las partes o en la opinión del juez. Se registra un proceso dinámico y mutante de interpretación de los hechos del caso. Ello gira acerca de la noción de relevancia o irrelevancia de los hechos constitutivos del caso.

La clasificación de un hecho como relevante por el juez lleva a que así se lo considera. Pero no necesariamente. Acaece que cambios en la realidad de los hechos y en sus respectivos sentidos pueden llevar a reclasificar los hechos considerándolos relevantes o irrelevantes.

La actividad del juez en el proceso de interpretación y clasificación de los hechos se traduce en alteraciones en el sentido del caso y en el contenido de la acción del juez a cargo de la decisión del caso. Surge, naturalmente, la cuestión central: cuáles hechos son relevantes y cuáles no lo son?

Nos recuerda Arthur Goodhart ("Determining the ratio decidendi of a case", Yale Law Journal, t. 40, p. 165) que no existen normas ni procedimientos que permitan definir la relevancia o irrelevancia de los hechos de un caso contencioso. Reconoce que el primer paso, y el más importante por cierto, en la explicitación del "principio" o la norma general involucrados en un caso, lo constituye la determinación de los hechos relevantes del caso, en base a los cuales el juez funda su sentencia. Ahora bien: ¿existen reglas que ayuden a tal determinación? La respuesta de Goodhart fue

negativa. No existen reglas que suministren invariablemente el mismo resultado, pero existen algunas guías que pueden resultar de valor. Tales guías, sintéticamente expuestas, son las siguientes:

Primero: Si no existe voto o si el voto no hace un detalle de los hechos del caso, entonces debe presumirse que todos los hechos que constan en el expediente son relevantes, excepto aquellos que en sí mismos no lo son. Así, los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto son presumiblemente irrelevantes, a menos que se los declare relevantes por el juez.

Segundo: Si existe un voto que se refiere a los hechos del caso, lo primero que se debe notar es que no se puede ir más allá del voto para probar que los hechos del caso aparecen de manera distinta en el expediente. La manifestación del juez sobre los hechos obliga, aún en el supuesto de que sea patente que se ha equivocado, desde que él ha basado su sentencia en los hechos tal cual él los ha visto, quizá erradamente. Es frecuente comprobar que hechos cuya existencia resulta del expediente, no aparecen mencionados en el voto. De esta omisión hay dos explicaciones posibles: a) el hecho fue considerado irrelevante por el juez; b) el hecho no fue considerado por el juez, ya sea porque no fue especialmente sometido a su consideración por las partes o alguna de ellas, ya sea por otro motivo cualquiera. Tanto en una como en otra hipótesis, el hecho no puede ser considerado relevante.

Tercero: Una vez que se han determinado los hechos del caso, tal cual vistos o declarados por el juez, corresponde determinar cuáles son relevantes y cuáles irrelevantes. Esta es la parte más dificultosa, desde que el juez pudo haber omitido tal calificación. Es muy común que los jueces incluyan en su voto hechos que no son relevantes con respecto a la sentencia dictada, dejando así que generaciones futuras determinen si esos hechos integran o no la norma o principio involucrados en la sentencia precedente. Para llevar a cabo la calificación de hechos en relevantes e irrelevantes, las siguientes guías pueden tenerse en cuenta: a) los hechos de persona, tiempo, lugar, clase y monto presumiblemente carecen de relevancia. Esto es aún más cierto que en el caso en que la sentencia fue dictada sin voto o considerandos porque cuando se escriben considerandos debe esperarse que el juez califique expresamente de relevante un hecho relativo a las personas, los lugares, el tiempo etcétera, si tal ha sido su convicción; b) todos los hechos que el juez califica expresamente de irrelevantes deben ser considerados tales; c) todos los hechos que el tribunal considera implícitamente como

irrelevantes deben ser considerados tales. La dificultad en estos casos consiste en determinar si el juez ha considerado o no el hecho como irrelevante. La prueba de esta implicación se encuentra cuando el juez, luego de haber descripto los hechos del caso en general, procede a elegir un número menor de ellos para fundar sobre ellos su sentencia. Los hechos omitidos fueron presumiblemente considerados irrelevantes. La extensión lógica de la norma general a explicitarse de la sentencia precedente dependerá tanto de la inclusión de hechos como relevantes, cuanto de la exclusión de hechos por considerárselos irrelevantes. En esta tarea de calificación, *las palabras de los jueces en sus votos adquieren valor*, pues ellas suministrarán una guía adecuada para determinar cuáles hechos son relevantes y cuáles no. El razonamiento del juez puede ser incorrecto o la norma general expuesta demasiado general, pero sin embargo, conservan valor en tanto permiten inferir el criterio del juez sobre la relevancia o irrelevancia de ciertos hechos.

Cuarto: Todos los hechos específicamente calificados como relevantes por el juez, deben ser considerados relevantes.

Quinto: Si el voto no distingue entre hechos relevantes y hechos irrelevantes, entonces todos los hechos mencionados en el voto deben ser considerados relevantes, excepto aquellos que en sí son irrelevantes. Existe una presunción contra los "principios" amplios del Derecho, y cuanto menor sea el número de hechos relevantes más amplio será el principio o más amplia la extensión lógica de la norma que se explicita del precedente.

Sexto: Si existen varios votos, concurrentes en cuanto al resultado, pero discordantes en cuanto a la calificación de los hechos del caso, todos los hechos considerados relevantes en forma independiente por cada juez, deben ser considerados relevantes.

En el concepto de Goodhart, pues, la imputación de la prestación debida se efectúa con relación a los hechos relevantes del caso, para cuya determinación él propone las guías que se acaban de mencionar. De allí que cualquier afirmación del juez, aun expresando en términos definitivos una norma jurídica general, no sea "holding" sino mero "dictum", si dicha norma requiere como relevante la presencia de un hecho que no se encuentra presente en el caso o, mejor, cuya presencia no ha sido determinada por el juez en su voto.

Supongamos ahora que el "principio" o la norma general han sido ya explicitados y formulados. La cuestión que surge ahora es la de establecer cuál es su fuerza obligatoria con referencia a casos futuros que presenten, "prima facie", cierta similitud. Corresponde, en primer término, determinar cuáles son los hechos relevantes del caso que está aguardando la decisión. Si ellos son los mismos que los hechos calificados como relevantes en la sentencia precedente que se ha invocado como fuente para la decisión del caso pendiente de sentencia, entonces esta sentencia precedente involucra una norma general o "principio" que "controla" dicha decisión. Por el contrario, si la sentencia precedente no presenta como hecho relevante un hecho considerado relevante por el juez, en el caso que aguarda decisión o, a la inversa, si la sentencia precedente presenta ciertos hechos considerados relevantes que no se dan en el caso que aguarda decisión, entonces dicha sentencia precedente no puede considerarse un precedente directo o "en punto" que controle la decisión del caso que está aguardando decisión.

III. De la sentencia, norma jurídica individual a la norma general extraída de los precedentes jurisprudenciales

El juez tiene en su despacho un caso contencioso a resolver de acuerdo a los precedentes establecidos en la misma materia por jueces de similar o superior jerarquía. El juez debe seguir el precedente ("stare decisis").

Se trata, pues, de generalizar las sentencias dictadas en el pasado en casos similares. Tal generalización se logra mediante un proceso de eliminación de una serie de hechos presentes en los precedentes sentados en el pasado, en la misma materia por considerárselos irrelevantes. A dicho proceso de eliminación de los aspectos irrelevantes del caso, se suma la generalización de los hechos estimados como relevantes. Este proceso provoca complejas, crea problemas interpretativos dificultosos y requiere un conocimiento elaborado de las tendencias jurisprudenciales vigentes en la respectiva jurisdicción. Surgen interrogantes acerca de las características de la función judicial en el Common Law. ¿Es ella meramente declaratoria de normas preexistentes? ¿Es ella creadora de fuentes normativas con alcance general? Si lo es ¿en qué medida? ¿con qué alcance? ¿mediante qué proceso? La respuesta a estos interrogantes gravita directamente sobre la interpretación de las sentencias precedentes y, en consecuencia sobre la explicitación y formulación de la norma general involucrada en ellas. Edwin Patterson ha señalado ciertos aspectos relativos a la naturaleza de la función judicial que

permiten llegar a diversas conclusiones. En primer término, si la sentencia precedente es estudiada o interpretada, cabe preguntarse si el tribunal que la dictó intentó aplicar, sin modificarlas, anteriores sentencias precedentes, en punto, o si, por el contrario, intentó crear una nueva norma jurídica o, lo que es lo mismo, crear una nueva excepción a la vieja norma. Por ejemplo, en "De Cicco v. Schweizer", el juez Cardozo aceptó expresamente la aplicabilidad de una norma establecida en sentencias anteriores dictadas en el mismo Estado, en el sentido de que "una promesa por A a favor de B, para inducir a B que no violara su contrato con C, es nula", pero Cardozo interpretó ingeniosamente los hechos presentes en "De Cicco v. Schweizer", en el sentido de que la promesa hecha por A lo fue conjuntamente a B y C para inducirlos a que no rescindieran o abandonaran el contrato que tenían celebrado. Tal interpretación de los hechos tornó inaplicable la norma establecida por el mismo tribunal en sus sentencias precedentes, y que el propio Cardozo se había adelantado a reconocer. El problema interpretativo que crea "De Cicco v. Schweizer" es éste: la sentencia dictada en este caso, ¿ha modificado los precedentes del mismo tribunal, al reconocer una excepción que los hace inaplicables en cierto tipo de situación de hecho? La teoría que ve en la función judicial una pura tarea de aplicación contestará que "De Cicco v. Schweizer" no alteró en lo más mínimo los precedentes del mismo tribunal, cuya validez y aplicabilidad permanecen inalterables. La teoría que ve en la función judicial una actividad creadora lo menos que puede sostener es que los precedentes anteriores se hacen de aplicación dudosa.

La teoría tradicional enfrenta enormes dificultades teóricas en casos como el descripto, sumamente comunes, por otro lado, y que surgen literalmente a diario en la actividad judicial norteamericana. Veamos la situación un poco más detalladamente. Simbolicemos los hechos relevantes que se dan en "Arend v. Smith", "Vanderbilt v. Schreyer", etc., es decir, los casos en que se dictaron las sentencias precedentes que, aparentemente, controlaban la decisión del caso "De Cicco v. Schweizer". Llamemos a) al contrato celebrado entre B y C; b) al contrato celebrado posteriormente entre A y B, para asegurar el cumplimiento de la obligación contractual de B hacia C; c) a la negativa de A a cumplir con su obligación; d) a la interposición de una demanda por B contra A, requiriendo el cumplimiento de la obligación contraída por A hacia B, y a la reconvencción de A solicitando la nulidad del contrato que él celebrare con B. Hay, además, una infinidad de hechos carentes de relevancia jurídica en esos casos (vg., nacionalidad y religión de las partes, sitio de

celebración de los contratos, forma en que fueron instrumentados, día y hora en que fueron firmados, etc.), a los que denominaremos de un modo más bien genérico, x), y) y z). Teniendo en cuenta la forma en que los tribunales neoyorquinos resolvieron "Arend v. Smith", y los otros tres casos citados, podemos decir que la situación de hecho presentada a la consideración del tribunal en "Arend v. Smith" y en los otros tres casos caracterizados por la presencia de los hechos *a, b, c, d, x, y, z*, pero desde que *x, y, z*, carecen de relevancia jurídica la norma involucrada en esos cuatro casos puede ser presentada esquemáticamente así: Dado *a, b, c, d*, debe ser la nulidad del contrato celebrado por A con B. Corresponde así el rechazo de la demanda de B contra A.

Ahora bien; en "De Cicco v. Schweizer" el tribunal se encontró frente a una situación de hecho similar a la presentada en "Arend v. Smith", etc., *pero no igual*. Los hechos *a, b, c, d*, vuelven a estar presentes, y asimismo se dan hechos irrelevantes, a los que también llamaremos *x, y, z*. Pero en "De Cicco v. Schweizer" los jueces declararon probado un hecho al que asignaron relevancia, y que no se había presentado en "Arend v. Smith" ni en los otros tres precedentes citados más arriba, a saber, que la promesa efectuada por A lo había sido a B y C *conjuntamente, para inducir a ambas partes contratantes a que no violaran las obligaciones que habían contraído mutuamente*. Llamemos a este nuevo hecho relevante *e*). La norma jurídica general involucrada en "De Cicco v. Schweizer" podría ser ahora formalizada así: Dado *a, b, c, d, e*, debe ser el cumplimiento de la obligación contractual contraída por A hacia B. Corresponde así la admisión de la demanda promovida por B contra A. Como se ve, el nuevo hecho relevante *e* provoca una sentencia en sentido contrario al de las cuatro sentencias precedentes.

La cuestión ahora es saber si "De Cicco v. Schweizer" ha creado nuevo Derecho. La teoría tradicional lo niega. Las nuevas tendencias norteamericanas lo afirman sin vacilación.

La respuesta a esta discusión la suministra la experiencia y la operación del common law. En efecto; supongamos que en el Estado de New York, John García se obliga frente a John Pérez y John Martínez a abonar mil dólares, si ambas partes (Pérez y Martínez) cumplen con las obligaciones de un contrato que Pérez y Martínez han celebrado entre ellos. Pérez y Martínez cumplen con todas las obligaciones del contrato que habían celebrado entre ellos dos, y entonces John Pérez demanda de John García el pago de los mil dólares. El abogado del demandado John

García contesta la acción pidiendo el rechazo de la demanda y reconviene a John Pérez, sosteniendo la nulidad del contrato mediante el cual se obligó a pagarle mil dólares. A este efecto el abogado de John García invoca la norma general sentada en "Arend v. Smith", y en "Vanderbilt v. Schreyer", etc., es decir que "una promesa por A a favor de B para inducir a B que no violara su contrato con C es nula". Pero al contestar la reconvencción los abogados de John Pérez sostienen que el demandado carece de razón desde que, teniendo en cuenta los hechos del caso en litigio, el precedente que corresponde aplicar es "De Cicco v. Schweizer", y no "Arend v. Smith", "Vanderbilt v. Schreyer", etc., y por lo tanto lo que procede es la admisión de la demanda, la condena de García a abonar los mil dólares prometidos, y el rechazo de la reconvencción. ¿Cuál sería la actitud del tribunal neoyorquino al que correspondiera resolver la demanda de Pérez contra García? Lo más probable sería que declarara una similitud esencial entre el caso pendiente de sentencia Pérez contra García, y "De Cicco v. Schweizer", pues en ambos se da el hecho relevante e), que en cambio no estaba presente en "Arend v. Smith", ni en "Vanderbilt v. Schreyer", ni en los demás precedentes más arriba mencionados. La sentencia, por lo tanto, se dictaría a favor de Pérez en contra de García, y se apoyaría normativamente en "De Cicco v. Schweizer", y no en "Arend v. Smith", etc., caso este último, en cambio, cuya aplicación habría llevado a una solución contraria.

Preguntarse ahora si "De Cicco v. Schweizer" creó Derecho, parece ser superfluo. Los hechos ponen de manifiesto que sí, porque "De Cicco v. Schweizer" creó, por interpretación judicial, una excepción a la aplicación de la norma del Derecho sentada en "Arend v. Smith", etc., y justificó una sentencia en sentido contrario a la que habría correspondido si se hubiera aplicado "Arend v. Smith". "De Cicco v. Schweizer" deviene un precedente, como devendrá "Pérez v. García" una vez que haya pasado en autoridad de cosa juzgada.

La segunda de las circunstancias apuntadas por Patterson en conexión con la influencia de las dos teorías prevalecientes sobre la naturaleza de la función judicial (aplicación o creación) respecto de la interpretación de las sentencias precedentes es la siguiente: que conforme con la primera teoría se tenderá a explicitar de la sentencia precedente sometida a interpretación, una norma que se encuentre lógicamente contenida en las normas extraídas de sentencias anteriores. Los partidarios de esta teoría rechazarán toda interpretación de la sentencia precedente

con la consideración de que no mantenga consistencia lógica con precedentes anteriores. Sin embargo, la absoluta concordancia y consistencia lógica de las soluciones normativas dadas a través de los años a los innumerables problemas que presenta la vida social, aparece desmentida por los múltiples cambios operados en el common law y por las bruscas alteraciones jurisprudenciales que suelen producirse.

Y, por último, en tercer término, los partidarios de la teoría de la pura aplicación del Derecho niegan, consistentemente, que los tribunales superiores puedan modificar sus propias sentencias. Sin embargo ya se ha visto que tal alteración jurisprudencial se produce en el common law bajo determinadas circunstancias.

El juez del "common law", por lo tanto, se encuentra en esta posición: a) una situación de hecho concreta (un conflicto de intereses) que aguarde su decisión; b) una, o varias, o muchas sentencias dictadas en casos anteriores que ofrecen cierta similitud o analogía con el caso que aguarda sentencia. El juez, preocupado por la justa solución del caso pendiente, debe localizar la sentencia precedente "en punto" o analógica, que le permita explicitar una norma general conforme con la cual el caso pendiente pueda ser resuelto con justicia. Tenemos, pues, en primer término, los hechos del caso pendiente de sentencia, y cuya adecuada comprensión guiará la selección del caso similar o analógico y en segundo término, un proceso de generalización y categorización de los hechos relevantes que llevan a la explicitación de la norma general involucrada en las sentencias precedentes.

Dirijamos nuestra atención a ese proceso de generalización, categorización y explicitación.

La sentencia precedente es una especie de trampolín, mediante el cual se salta de la norma individual a la norma general en ella involucrada. No todo lo que hay en la sentencia precedente ha de conservarse en la explicitación de la norma general. Tal conservación implicaría la destrucción de la generalidad de la norma y conservaría la individualidad de la sentencia con solo su significado de "res judicata".

La opinión tradicional acostumbra decir que las sentencias precedentes se utilizan para determinar los "principios" en que se fundó la decisión de dicho caso, y que deben ser seguidos por el juez que tiene ante sí un caso similar aguardando sentencia.

El problema, desde luego, consiste en localizar ese "principio" o la norma (rule) aplicada en la solución del caso precedente. ¿A qué elementos o guías se debe acudir para explicitar ese principio o norma? ¿Qué partes de la sentencia deben ser consideradas en esta empresa? ¿Sólo la concreta decisión del conflicto en función de los hechos que se declaran probados? ¿O en función de solo algunos de esos hechos? ¿O se debe prestar atención preferente a las razones que el juez suministra para fundar su sentencia? Si es así, ¿son todas sus palabras las que obligan? Si no son todas, ¿cuáles son las que obligan y cuáles no?

Existe acuerdo en teoría, prácticamente unánime, en que el "principio" o la norma general, no aparecen definidos o expresados por todo aquello que *dijo* el juez al dictar la sentencia, exponiendo los fundamentos de su decisión. Una primera división, de importancia fundamental en el "common law", es la que se hace entre *holding* y *dictum*. Aquel es una expresión del juez sentenciante, necesaria para resolver el caso. Este, representa lenguaje superabundante y que carece de autoridad, ya sea por referirse a hechos hipotéticos, o a una situación de hecho distinta de la que se presenta en el caso, o a argumentos jurídicos que, aunque pertinentes, resultan "superfluos". Distinguir qué es, "superfluo" y qué no, qué es "necesario" y qué no, es algo difícil y complicado. La línea que separa el *holding* del *dictum* no es clara ni definida.

Ya Austin decía que la guía primaria para determinar cuál era la norma creada por una sentencia judicial, era no atenerse al sentido gramatical de los términos o palabras con que se pronunció la sentencia judicial por el juez legislante (*legislating judge*). Aún menos debía el juez o el jurista atenerse al sentido gramatical de las palabras mediante las cuales el juez sentenciante enunciaba sus proposiciones generales. Tomados en su significado, o tomados en su sentido literal, los términos de la sentencia y, "a fortiori", los términos de sus proposiciones generales, apenas si son una pista que lleva a la norma general implícita en la sentencia dictada por el juez sentenciante.

Las palabras, tanto aquellas mediante las cuales se dicta la parte dispositiva de la sentencia, resolviéndose así el conflicto de intereses, como aquellas mediante las cuales se enuncian proposiciones generales en los considerandos de la sentencia, no sirven sino como una guía para inferir el "principio" o a la norma general involucrada en el caso, ¿A qué otros elementos se debe acudir? La respuesta tradicional ha sido vaga e imprecisa, y no ha habido una formulación definida de la técnica de operación y de los fundamentos sobre los que debe proceder el juez en su tarea interpretativa.

Nada más gráfico para poner de manifiesto esa imprecisión y vaguedad, que acudir a uno de los más grandes juristas ingleses, a John Austin un hombre preocupado por sistematizar, organizar y dar coherencia lógica al "common law". La expresión más precisa de su pensamiento sobre el punto quizá se halla en su Lección XXXIX. Allí nos dice: "Para arribar a la 'ratio decidendi' de cualquier sentencia, debemos considerar el caso sometido a decisión del juez, como un todo, y la totalidad del razonamiento mediante el cual expresó su sentencia, y en su mérito, encontrar la 'ratio decidendi' por un proceso de inferencia o inducción, y de abstracción. Los considerandos de la sentencia son comparados con los hechos del caso: de ellos, una 'ratio' es inferida, y el proceso es completado mediante la abstracción del principio o 'ratio decidendi', de las peculiaridades y detalles del caso en que estaba implicado, utilizando todas las sentencias, si es que hay más de una, para eliminar las peculiaridades de hecho y extraer el principio general. El proceso es a menudo delicado y dificultoso, y su dificultad es proporcional al número y complejidad de los casos de los cuales la norma debe ser tomada".

Como se ve, Austin no suministra una guía clara y definida, y además proyecta al lector, sin esperanzas, en graves dificultades al requerirle que compare el razonamiento judicial con los hechos del caso. En cierto modo, recién con esto comienzan las dificultades realmente serias. Pues, ¿cuáles son los hechos del caso? Si el principio o la norma general han de ser definidos y delimitados por referencia a todos los hechos del caso, sólo nos quedaría la sentencia en su individualidad, con el valor de "res judicata". Hay que abstraer y generalizar, pero tal tarea se opera mediante la eliminación de aquellos hechos que se consideran irrelevantes, para conservar aquellos que se consideran relevantes u operativos.

Austin vio el problema: "Sin este proceso de abstracción, no hay sentencia judicial alguna que pueda servir como guía a la conducta. Como cada caso presenta rasgos propios y cada sentencia judicial es una sentencia en un caso específico, una sentencia judicial considerada en su totalidad, o considerada en concreto, no puede ser aplicada a otro caso, es decir, a un caso diferente".

La teoría tradicional se vio envuelta en muchas dificultades, en este punto, y las soluciones presentadas han sido, en cierta medida, soluciones verbales, a raíz de la dificultad existente en la determinación de los que deben ser los hechos relevantes del caso, y de los que deben ser considerados irrelevantes y, por tanto, eliminables. ♦

PROBLEMAS CONTEMPORANEOS Y POLITICA CRIMINAL

POR EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (*)

"No hay soluciones mágicas capaces de revertir, inmediatamente, una situación que es resultado de un largo proceso de deterioro del tejido social, económico y cultural de nuestro país, y también de la incapacidad de los gobiernos para advertirla y anticiparse a sus previsibles consecuencias que influyen negativamente en la convivencia pacífica de los argentinos."

José I. Cafferata Nores, "Justicia penal y seguridad ciudadana" (p. 43).

1. Esta comunicación debe inscribirse dentro del cuadro de cuestionamientos que diseñó Augusto Mario Morello, pero la concreto al campo penal.

2. No es necesario aclarar que hoy la sola mención de la expresión *política criminal* basta para despertar una serie de ideas y recuerdos en cada uno de nosotros, que probablemente serán distintos en cada caso, pero que tienen en común notas casi siempre negativas.

3. Por eso, para evitar críticas acerca de la voz "política" debo recordar que entre los penalistas tiene un significado bastante corriente, que hoy en día proviene de Franz Von Liszt, famoso penalista alemán de fines del siglo XIX y principios del XX, quien fundamentalmente distribuía su materia en tres secciones: derecho penal, criminología y política criminal (1).

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Eduardo Aguirre Obarrio, en la sesión privada del 28 de junio de 2001, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Sobre política criminal existen obras muy anteriores, como "De los delitos y de las penas", de Beccaria, y varias partes de "L'esprit des lois", de Montesquieu. En cuanto a la

Conforme a esa terminología, él llama *derecho penal* al sistema de normas, incluidas las procesales. *Criminología* es el estudio de los delitos como fenómeno, es decir del delito en los hechos, en la vida, principalmente de sus causas y efectos, incluyendo también cómo se cumplen las penas en la realidad, lo que a veces se trata por separado y denominamos *penología*. Y *política criminal* es un arte. Es, en primer término, el arte de legislar (2). Otros agregan también el arte de evitar que se cometan delitos, de pesquisar, enjuiciar, castigar, de cómo debe intervenir la policía, y el arte de designarla, así como el del nombramiento de los jueces y fiscales (3). Coincide en esta visión amplia Jorge De La Rúa, cuando afirma que son "mayores opciones de política criminal (qué castigar, por qué castigar, cómo castigar, para qué castigar)...." (4).

Varios de mis maestros en cuestiones penales me precedieron en esta Academia, y, de ellos, Juan P. Ramos tenía una marcada preferencia por la política criminal, como José María Paz Anchorena; Jorge Eduardo Coll (5) y Juan Silva Riestra, por la criminología, y Sebastián Soler y Ernesto J. Ure por el derecho penal propiamente dicho. Por supuesto que todos conocían debidamente los otros aspectos, pero sin duda dieron más importancia al indicado.

expresión "política criminal", es de origen germano (Kriminalpolitik) y había sido utilizada por KLEINSCHROD, después por FEUERBACH y luego por HENKE, hace unos dos siglos. Hace un siglo se habló de "política civil" (vg. EDOUARD LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*). También se habló de Strafpolitik o política de la pena. Puede consultarse el Tratado de JIMENEZ DE ASUA, t. I (33. Más sintético, ZAFFARONI, *Derecho penal*, ps. 148-149.

(2) En VON LISZT, *Tratado*, II, párr. 16. Pero su síntesis final es que es mejor ocuparse de la prevención, y no únicamente del castigo. Alguno de las ideas que apoya son: Mínima no curat praetor; más multas; más penas al honor (incluida la reprensión); admite algunas penas corporales; esquemas para jóvenes delincuentes; estudio de la naturaleza del criminal (que no es el motivo); una mayor unión entre la justicia y la administración de la pena; sentencia relativamente indeterminada (por máximo y mínimo, con fijación posterior, al estilo norteamericano). Pide mucha atención a "las reprobaciones tradicionales" de la sociedad, y a la tutela de la libertad (garantías). También piensa en los efectos de la pena sobre la sociedad.

(3) Según VON LISZT, muchas de estas cuestiones corresponden a la "política social".

(4) Alternativas a la pena y a la privación de libertad.

(5) No obstante su notoria inclinación por la criminología se ocupó de manera inigualada de la penología, principalmente con las instituciones para menores que él creó, y en su momento, fueron un modelo para el mundo.

En cuanto a Enrique Ramos Mejía, no fue uno de mis maestros sino amigo y compañero: se inclinó también al derecho penal propiamente dicho, pero con fuerte dosis de influencia filosófica, lo que no entra en la clasificación de Von Liszt.

4. *El espíritu de moderación*

Yo creo que, muy en última instancia, la política criminal, desde hace un par de siglos, se ocupa de dos cosas:

- procurar que disminuya bastante la delincuencia y
- tender a que se respeten más las garantías individuales.

Además agregaría una condición necesaria en cabeza de quienes quieran ocuparse del asunto, y es que tengan espíritu de moderación.

El espíritu de moderación siempre es necesario para legislar en cualquier materia, según enseñaba Montesquieu. Pero es aún más necesario en política criminal, aunque más no sea porque la tutela de las garantías individuales precisa imponer ciertas formalidades. Sin embargo estas pueden llegar a ser tantas que podrían producir resultados opuestos a la finalidad de las mismas leyes. En esto ahora concuerda Bustos Ramírez, profesor chileno que hoy enseña en España.

5. Por otra parte siempre hay que tener presente que cuando falta libertad, falta verdad, pero también con libertad puede traicionarse la verdad porque necesariamente la libertad produce muchas diferencias de opinión y cada individuo puede convertirse en esclavo de los prejuicios de su facción, aun cuando mucho hable de garantías y de justicia. Esto también lo señaló Montesquieu, siempre en "L'esprit des lois".

6. *Tensiones*

Por otra parte, la falta de moderación acrecienta una tensión entre la tutela de las garantías individuales y la disminución de la delincuencia (o defensa de la sociedad).

Es que cuando se piensa demasiado en procurar la defensa de la sociedad es corriente que cedan bastantes garantías individuales.

Y cuando se piensa exclusivamente en las garantías individuales, es posible ir perdiendo la defensa social hasta límites que la sociedad no tolera. Y entonces la contra-ola puede terminar arrasando con las garantías individuales.

7. Estos defectos se multiplican cuando pesa conscientemente un substrato ideológico que se busca mantener oculto, como puede ser el favorecimiento de ideas que en el fondo son tiránicas o de totalitarismos, así sea con piel de oveja. O cuando ni siquiera podemos advertir si se busca alentar la venganza privada o disimular la falta de funcionamiento del sistema penal.

8. El resultado es que, en lugar de notarse una complementación entre garantías individuales y mayor seguridad, se advierte aquella tensión, una crisis, que en muchas partes y aquí también nos lleva a los tumbos.

9. Inconvenientes

Presentaré una muestra de errores en que se ha incurrido entre nosotros desde el punto de vista de la política criminal durante los últimos 15 años y de las idas, vueltas y contradicciones que ofrece tan breve plazo, que justamente coincide con el tiempo que según Ortega y Gasset ocupa una generación. Este ciclo corresponde al período final del gobierno presidido por Raúl Alfonsín, al gobierno de Carlos Menem y el que ha comenzado Fernando de la Rúa (6).

10. Jueces de Instrucción y Fiscales

En un principio se venía anunciando una suerte de cruzada a favor de los derechos individuales y llegó a existir un espíritu tal que cualquier opinión contra alguna propuesta pudo considerarse como manifestación a favor de tiranías. Pero debido a ciertas fallas en la apreciación de los remedios, muchos de ellos condujeron a una sensible reducción de las posibilidades de la defensa (7).

(6) Los cito para ubicarnos en el tiempo, no para criticar. Hay que advertir que, en bastante medida, los problemas que tratamos son universales.

(7) Esto no quita varios aciertos de la nueva legislación, como el auto de procesamiento y su apelación. Pero aquí me refiero a que, pese al empeño defensorista, muchas disposiciones han perjudicado a las defensas.

Data de entonces la afirmación de ideas tales como que los jueces de instrucción no deben llevar los sumarios, sosteniendo que no podrían ser imparciales. Y por esta vía se propició la instrucción manejada por los fiscales.

Es claro que esto obligó a declarar con apuro en la reforma de la Constitución que los fiscales son un poder independiente (es decir no judicial ni, menos, integrante del Poder Ejecutivo). Pero he aquí que esa independencia es, precisamente, el fundamento de por qué se crearon los jueces de instrucción.

Aunque el proyecto inicial de entonces se modificó (8), de todos modos cierto efecto se produjo y hoy podemos ver que la selección de pruebas y su finalidad dependen en gran medida del fiscal, que también instruye sumarios. Y justamente es la parte acusadora, siendo que la defensa no puede producir pruebas sino que tiene que pedir su producción o incorporación. De donde, con el argumento de proteger a la defensa de la eventual parcialidad de un juez, se las ha colocado a todas en manos del fiscal, que es su oponente. Hay en esto, por eso, un peligroso sofisma, pues se contradice el principio de igualdad, proclamado para quitar el arma a los jueces de instrucción y entregarla a los fiscales.

A esto se refieren los clásicos Filangieri, "Scienza della legislazione", III, Liv. III, cap.20. Bentham, "Tratados sobre la organización judicial y la codificación", XIX. Carrara, "Programa", párr. 867. Ellos exigen que colabore con la defensa un defensor público, que a pedido de aquélla también reúna pruebas, cite testigos, etc. Es claro que sólo así quedarían en pie de igualdad las partes.

11.El ejemplo estadounidense no puede esgrimirse porque allí el juego de pesas y balances es completamente distinto. Allí existe el fiscal elegido temporalmente, existe la dependencia del fiscal al *District Attorney*, es decir a su superior, existe la dependencia del fiscal hacia el Gran Jurado, existe la vista preliminar y, sobre todo, existen modos y reglas de actuación que se vienen cumpliendo desde hace muchísimo tiempo (9).

(8) Hay muchas dificultades para delimitar la tarea entre jueces y fiscales.

(9) No hace falta señalar la cantidad de juicios anulados en los Estados Unidos porque el fiscal no comunicó una prueba a la defensa o por motivos similares.

12. En el mismo sentido puede verse que el papel de la defensa en el cierre del sumario está larvado entre nosotros, en comparación con las posibilidades del fiscal (10).

13. *Delitos de poca monta*

Data de entonces también la idea de que la maquinaria del proceso penal no se debe mover por delitos de poca monta. También para sostener esa idea no se utiliza un razonamiento correcto, sino sofisticado. Porque todo depende de qué llamamos "poca monta".

Así, se dijo que en la República no se castiga más que a los ladrones de gallinas. Pero aunque las condenas sean pocas, casi ninguna corresponde a ladrones de gallinas.

Tercia en esto una institución importada de Alemania, que los penalistas llaman el derecho penal de bagatelas. Esta expresión no es del todo clara, pero en el fondo significa que hay casos en que la lesión al derecho es tan ínfima que, bien mirada, no es una lesión. Es la bofetada que produce rubor, que no alcanza a lastimar (pero puede ser una injuria). Es tomar un café, pagarlo, y llevarse una servilleta de papel sin usar. Estos son casos de *summum jus, summa injuria*, sin necesidad de apelar a la designación moderna (11). Simplemente no son delito porque falta perturbación al bien jurídicamente protegido.

En cambio, el poco valor (comercial) de una cosa es algo muy diferente. Porque puede ser de gran importancia para su dueño, y puede ser un elemento del cual depende su actividad (como un martillo, un serrucho o un tarro de cola para un carpintero). Aunque poco, quizá es lo único que tiene. Despenalizar estos casos podría fomentar esa manera de obrar contra derechos ajenos, y la criminalidad crecería en virtud de la imitación (12).

Adviértase que si el poco valor o entidad de algo explica que no se castigue, tal particularidad debería señalarse en la ley, y no quedar en manos de un juez ni de un fiscal.

(10) Así, por ejemplo, la defensa no puede pedir que el sumario continúe, pero el fiscal sí.

(11) Ya vimos que VON LISZT menciona el viejo adagio "Minima non curat" praetur.

(12) Lo mismo podría suceder si se admitiera pacíficamente que robar poco a los ricos no es delito.

Pienso que si se tratase de acatar frases, tales como no castigar ladrones de gallinas, también habría que considerar que las hay en sentido contrario. Por ejemplo *tolerancia cero*, que según varios autores, es la madre de la disminución de la criminalidad (13).

14. *Tribunales correccionales*

Muy grave resultó una consecuencia del tema tratado recién. Y fue que la organización de los tribunales para delitos de menor cuantía, es decir los tribunales correccionales, en la Capital, por decisión voluntaria de gobierno y no por error de cálculo, quedó padeciendo raquitismo.

Hoy los jueces correccionales son poquísimos, y siguen ocupándose (como antes) de instrucción y de sentencia, pero deben tramitar los juicios orales, de tal manera que no pueden dedicar a estos más de un día por semana, o excepcionalmente dos, y, por eso, no pueden tramitar más de 50 juicios por año, entre los miles que tienen en mano. Y en tales condiciones no hay posibilidad de hacer justicia (14).

15. La situación es tal que, cuando uno de estos juzgados entra de turno, recibe tamaño número de causas que, nada más que para leer de qué se trata y escribir las carátulas se toma un tiempo que termina cuando el juzgado entra en un nuevo turno. Deben disponer de dos empleados para ocuparse exclusivamente de esa tarea.

16. *¿Y la acusación y su respuesta?*

El Código Procesal Penal tiene, por otra parte, una grave falla de concepto, cual es que el juicio oral no comienza con un acto de acusación y uno de defensa, que según decía la Corte y enseñaba la doctrina, es lo básico. En cambio, empieza con la lectura del requerimiento fiscal (que no es una acusación, aunque se parece), no hay espacio para ninguna

(13) Ayer escuché por televisión que en Miami, es decir en Florida, la tenencia ilegal de armas de fuego está castigada con 20 años de prisión, y a eso se le llamó *tolerancia cero*. Esa pena es un despropósito.

(14) El esquema original del viejo Código de Procedimientos consistía en un juicio correccional oral que se celebraba en tres audiencias: una de prueba de instrucción; otra de plenario (acusación, defensa y prueba); la última para alegar. Considero que el sistema era mejor que el actual, pero la práctica los desvirtuó.

manifestación de la defensa contra tal requerimiento, y se tramitan luego las pruebas, para terminar el juicio con la acusación y la defensa.

17. La necesidad de más jueces

Por otra parte el hecho del cambio del juicio plenario escrito por el oral reclamó un crecido número de jueces, cosa que necesariamente implica una disminución de su nivel por la simple razón de que una sociedad con el número de habitantes como es Buenos Aires y sus alrededores no puede contar con tantos jueces buenos. Sin perjuicio de esto ha terciado el sistema de designación con intervención del Consejo de la Magistratura, y esto originó un poco explicable número de vacantes.

18. Las facultades policiales

El nuevo Código Procesal recortó grandemente las facultades policiales, y no lo ha hecho con acierto.

La idea de que la policía es corrupta ha presidido la legislación procesal, y como para convalidar la mayoría de las actuaciones se exige la presencia de jueces, llegamos a que las diligencias no se realizan en tiempo propio y falta la actuación que en todas partes lleva a cabo la policía. Pero esa actuación no puede substituirse por la judicial, porque los jueces no son ubicuos ni se les debe exigir que no descansen. No pueden siempre estar presentes en todos los lugares y momentos que las cosas lo requieren. En cambio, para eso está estructurada la policía (15).

Cuando la policía es sospechada de corrupción, pero concretamente no se sabe quién es el corrupto, lo que puede hacerse es controlarla mejor, y no quitarle atribuciones o funciones que nadie cumplirá en su lugar. Hoy la policía se resiste a recibir denuncias y no investiga las que recibe.

Data de ese tiempo la pérdida de muchas facultades policiales, exigir demasiados requisitos para dar validez a actos judiciales, establecer la

(15) Es elemental que los jueces penales han de investigar hechos concretos que aparentemente ya ocurrieron, mientras que otros funcionarios han de procurar que no se produzcan delitos y pueden pesquisar en general si algo sucedió o está sucediendo. La simple presencia del "vigilante de la esquina" conocido por todos los vecinos, es importante para que disminuya el delito y para que se efectúen denuncias.

obligación de informar qué pruebas hay contra el imputado, lo que acarrea nulidades, y la ley llamada del dos por uno, que disminuye penas a la mitad. Ese tipo de cuestiones ha sido denominado por Alfredo Iribarren, muy conocido abogado penalista que pronto dictará una conferencia intitulada "tolerancia cien", por oposición a "tolerancia cero".

Pero ya estamos viendo que las leyes de la provincia de Buenos Aires en materia de policía han modificado las facultades policiales, y que el Congreso Nacional ha dictado hace una semana una ley en igual sentido, que unida a la supresión del cómputo llamado dos por uno muestran claramente que las mismas personas que hasta hace poco pensaban de una manera, hoy piensan lo contrario.

19. Errores comunes

Recuerdo haber leído hace 60 años, cuando estudiaba las reglas del método sociológico, de Emilio Durkheim, que una de ellas consistía en que los hechos sociales nunca tienen una sola causa. Y quizás la razón por la que con más intensidad recuerdo esta regla y no otras es que la vida me ha mostrado repetidamente que, por no obedecerla, se cometen gravísimos errores de apreciación.

Me temo que debido a esto son muchos los errores que en la actualidad se cometen en materia de política criminal.

20. Empezaré por los más comunes, dentro del campo legislativo.

a) Creer que si se aumentan las escalas penales disminuye la comisión de delitos es un error garrafal y no se necesita explicarlo. Las únicas personas que no cometerán un delito porque se aumentó la escala, tampoco lo hubieran cometido con la escala anterior. Esta es la más burda forma de lo que últimamente han dado en llamar derecho penal simbólico.

El derecho penal simbólico consiste, en el fondo, en dictar leyes o tomar medidas para tranquilizar un rato las mentes (que son los votantes) haciéndoles creer que se está operando. Pero sabiendo (o debiendo saber) que las medidas no producirán el menor efecto.

b) Otro error es fiarse de los proyectos preparados por las reparticiones públicas que tienen un papel importante en cuanto a la materia

tratada (vg. aduana y contrabando; dirección impositiva y delitos tributarios; y lo mismo en materia de estupefacientes, deportes, etc.). Estas instituciones deben ser consultadas acerca de los problemas, pero si se cree necesario tipificar alguna conducta y fijar escala penal, no han de ser ellas quienes lo hagan.

c) Legislar emotivamente. Es decir, no redactar leyes penales durante el período de gran convulsión que sigue a un grave hecho.

Estas leyes siempre son un desastre, cualquiera que sea el gobierno e inclinaciones políticas de los gobernantes. A título de ejemplo mostraré dos de diferente signo: una de gobierno peronista de la primera época, y otra de gobierno antiperonista de la primera época.

La primera es la ley que se dictó cuando Perón y sus seguidores no pudieron aguantar las críticas constantes a su gobierno. Fue la ley 13.569 de 1949 (Adla, IX-A, 242), que modificó la estructura del desacato en su art. 4° para castigar la prensa, y la ley 13.985 (Adla, X-A, 185), que en su art. 8° castigaba con 1 a 6 años de prisión deprimir o alarmar el espíritu público. Lógicamente, el alcance de los verbos era tal que permitía convertir cualquier crítica política en este delito.

La segunda es el dec.ley 1414, de 1956, dictado con motivo de una marcha de cadetes navales perturbada por el canto de un cántico peronista entonado por un grupo de obreros cerca de La Plata. Fue así que se dispusieron sanciones para el tráfico, portación y exhibición de símbolos de afirmación peronista.

21. Ejemplo de Mendoza

Probablemente el mejor tratamiento actual de la política criminal haya ocurrido recientemente en Mendoza. Y esto ocurrió así porque la reforma se encomendó a gente muy capaz, y a la vez conocedora de la situación en esa provincia, y no se planteó el tema como política de partido, sino que se obtuvo el acuerdo generalizado.

En Mendoza se ha incorporado, por ejemplo, la segunda instancia unipersonal, que acelera grandemente los trámites. Esa segunda instancia no es obligatoria, pero tiene lugar si el apelante no opta por un tribunal colegiado y si quien forma la Cámara no cree del caso que haya tres camaristas.

22. La aprobación de normas internacionales que se refieren a crímenes y delincuentes produce problemas en los países que tienen un sistema de gobierno federal. Porque si hay una distribución de materias a legislar entre la Nación y las provincias, y la Nación aprueba un tratado sobre materia que concierne a las provincias ¿qué debemos hacer?

En el caso de los tratados enumerados por la Constitución no creo que el tema pueda discutirse, porque es la propia Constitución la que aprobó tal vigencia, pero cambios futuros pueden producir, en algún caso, fricciones.

24. Clases de penas

Un importante aspecto del problema se refiere a cómo conviene castigar o qué tipo de penas son adecuadas.

Hay que tener presente que en una sociedad dada se imponen como penas las privaciones de bienes que la sociedad en cuestión considera valiosos. Dejando de lado la pena de muerte, que durante muchos siglos cumplió su papel, a su lado existieron otras penas. La del *status libertatis* (esclavitud), la expulsión de la ciudad (deportación), algunas marcas sobre el cuerpo, ciertas amputaciones, que en general eran bastante temidas (y se llaman penas corporales). Durante un largo período en que el honor se tenía por importante factor (principalmente en las monarquías), hubo una serie de penas que lo afectaban y fueron muy aplicadas. Se denominaban penas infamantes porque precisamente perjudicaban el honor. Cuando el mundo pasó a valorar más la libertad aparecieron las penas de penitenciaría, reclusión, prisión y otras variedades, que terminaron ocupando casi todo el campo de penas.

25. Después, cuando imperó casi exclusivamente este tipo de pena, se vieron inconvenientes en los aprisionamientos cortos, y empezó a pensarse cómo substituirlos. Tal vez la ocurrencia inicial fue que una primera pena corta podía suspenderse bajo la condición de no cometer nuevos delitos (u otras condiciones más, que variaban según las legislaciones). Esto se llamó condena condicional o también condena de ejecución condicional (en inglés *probation*). Con el tiempo esta institución ha ido extendiendo las hipótesis en que puede empleársela así como el tipo de requisitos que es posible exigir. También se utilizó la abreviatura del plazo de cumplimiento de las penas prisión, generalmente por buen comportamiento. Esto, que se llama libertad condicional

(en inglés *parole*) también tiene una evolución paralela con la condena condicional.

Hasta esos momentos, que son los 10 años anteriores a 1900 y los veinte siguientes, no puede hablarse de substitución de las penas de prisión, sino de casos en que éstas no se cumplían.

26. Pero entonces algunos notaron que el amor al dinero había cobrado mucha importancia, de donde se pensó que las penas, por lo menos hasta un nivel intermedio (hasta 4 ó 6 años de prisión) deberían substituirse por multas, o por lo menos colocarse como alternativa. Ese fue el criterio de Radbruch allá por 1920 y de Sebastián Soler, expresamente a partir de 1960. Hoy se empieza a marchar por esa vía en el Proyecto Alternativo Alemán (Contraproyecto), y luego en aquel Código.

Sin perjuicio de este mayor papel de la pena de multa, evidentemente existe una fuerte tendencia a substituir las prisiones cortas por el cumplimiento de una serie de requisitos (como trabajos comunitarios). O por cuotas de prisión, como la llamada prisión de fin de semana.

Yo creo que, además de substituir el cumplimiento de una prisión corta por esos requisitos, habría que crear una o dos penas que consistieran precisamente en cumplir dichos requisitos, que el Contraproyecto llama reglas de conducta.

El nuevo Código alemán, por ejemplo, habla de la obligación de presentarse ante el tribunal o ante quien este disponga (con cierta periodicidad), requisito que en nuestra legislación existe, con otros, a partir de 1968. Habla de comunicar cambios de domicilio o de lugares de trabajo. También de abstenerse de relaciones con determinadas personas o grupos que puedan dar motivo u ocasión de delinquir, abstenerse de tener ciertos objetos, evitar concurrir a ciertos lugares o zonas, adoptar un trabajo regular. Encarar un programa educativo, cumplir indicaciones sobre relaciones económicas o deberes de alimentos.

Y agrega, con autorización del condenado: someterse a un tratamiento curativo; o residir en un lugar o establecimiento adecuado.

También el contraproyecto ha dispuesto dos tipos de libertad condicional: uno se concede cuando se cumple la mitad de la pena, si es la

primera y hubo buena conducta. El otro se concede al cumplir dos tercios de la pena, sin imponer mayores condiciones.

27. Otras instituciones que ha reunido el derecho alemán son la suspensión de una pena por la de libertad a prueba (puede haber asistencia social durante la prueba). La Amonestación con reserva de pena. Y hasta la que llaman abstención de pena, que consiste en no penar (hasta un año de prisión) cuando el sujeto o su familia hayan resultado perjudicados gravemente al cometer el delito (fenómeno usualmente llamado por los criminalistas *pena natural*).

También existe una pena denominada supervisión de conducta, y la privación del permiso de conducción, que naturalmente es una manera de inhabilitar.

28. Personalmente creo que de aquí en más el control electrónico de la ubicación de una persona va a cumplir un papel importantísimo, sea como una de las condiciones para no encarcelar a un procesado, sea que se lo emplee como pena.

29. La reeducación

Hubo también un tiempo en que se habló mucho de la reeducación por obra de las penas, y después de la resocialización, de tal manera que hasta las constituciones imponían ese criterio. Pero ¿qué hacer cuando la resocialización no es posible? ¿qué hacer cuando no es necesaria?

Por mi parte no creo que pueda dudarse que el fundamento de las penas es complejo, y no está dado solamente por un ingrediente.

30. Después de estas indicaciones, vuelvo atrás para marcar que el andar de la historia salió del estadio del derecho penal mínimo para dar lugar a tendencias incriminadoras, según las cuales se puede pensar que es mejor exigir cierta mínima permanencia en prisión (¿para que se tenga la experiencia acerca de qué se trata?) Y como la tendencia incriminadora se manifiesta creando nuevos delitos, pero también aumentando las escalas penales, se puede apreciar que, a un mismo tiempo, se nota una legislación expansiva. En el fondo, hay sistemas en retroceso y escepticismo.

Mientras los parlamentos en todas partes aumentan penas, hay doctores empeñados en substituir el sistema penal por soluciones privadas,

como pueden ser las fundadas en gran medida en sistemas de resarcimiento del daño. Por más que no parezca factible, eso se viene sosteniendo por muchos autores.

Pero al mismo tiempo que se habla de abolicionismo penal, la legislación sobre drogas y terrorismo es cada día más abundante, como sobre tráfico de dinero y otros temas que están de actualidad, como ecología, impuestos e informática.

Hasta se ha llegado a decir que la venganza privada es mejor método que la pena impuesta por el estado, que es más o menos lo mismo que pensar que durante dos milenios los más notables juristas han sido imbéciles. He leído en un importante autor español contemporáneo, José María Silva Sánchez que las patrullas privadas y linchamientos desmienten la idea de que la venganza privada tiene más límites que la pena estatal.

Y es por eso que otro de los más destacados pensadores españoles, Gimbernat Ordeig, dijo que, pese a los augurios de esas corrientes, hay derecho penal para rato.

Pero vuelvo a insistir, para terminar, en que mientras no se tomen con espíritu de mesura los temas de política criminal, seguiremos dando vueltas a los tumbos, sin avanzar. ♦

Bibliografía consultada especialmente

GABRIEL IGNACIO ANITUA, *En defensa del juicio*, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IV, Núm. 8ª, Ed. Ad Hoc, 1998.

ENRIQUE BACIGALUPO, *Alternativas a la pena privativa de libertad en el derecho penal europeo actual*. Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal, Año III, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1997.

BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, traducción de Francisco P. Laplaza, Ed. Depalma, Buenos Aires.

JEREMIAS BENTHAM, *Tratados de Legislación civil y penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid, 1981.

JOSE I. CAFFERATA NORES, compilador, con María Susana Frasca-
roli y Maximiliano Hairabedian, *Justicia penal y seguridad ciudadana*,
Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000.

RICARDO JUAN CAVALLERO, *Disponibilidad de la acción*, en Cua-
dernos 8ª, 1998.

LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón* Ed. Trotta, Madrid, 1889.

GUILLERMO J. FIERRO, *La creciente legislación penal y los discursos
de emergencia*, en *Teorías actuales en el Derecho Penal*, Ed. Ad Hoc,
Buenos Aires, 1998.

JORGE AMILCAR LUCIANO GARCÍA, *La crisis o el cuestionamiento
al sistema penal*, Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal, 4-5,
1997.

WINFRIED HASSEMER, *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. por
Patricia Ziffer, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1995.

WINFRIED HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien
jurídico* en Doctrina Penal.

WINFRIED HASSEMER, *Derecho penal y filosofía del derecho en la
República Federal Alemana*, Alicante, 1990.

WINFRIED HASSEMER Y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introduc-
ción a la criminología y al derecho penal*.

LUIS JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Ed. Losada,
Buenos Aires, 1949.

FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal Alemán*, traducido por
Luis Jiménez de Asua, Madrid, s/f.

MARTIN LOZADA, *Policías privadas*. En "Cuadernos" año IV, núm
8A, 1998.

JULIO B. MAIER, *Mecanismos de simplificación en el proceso penal*,
en Cuadernos Núm. 8ª, 1998.

MONTESQUIEU, *L' esprit des lois*, Garnier, Paris. También utilizó la traducción "Del espíritu de las leyes", por Mercedes Vázquez y Pedro de Vega, Ed. Tecnos, Madrid, 1985.

GUSTAV RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, Traducido por Medina Chavarría, Ed. De Derecho Privado, Madrid,

JORGE DE LA RUA, *Alternativas a la pena y a la privación de libertad*". En "Teorías Actuales en el Derecho Penal, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1998.

SANDRO, J. *Distorsión de garantías constitucionales*, ps. 125 y sigtes., en "Doctrina Penal", 1992.

LEOPOLDO SCHIFFRIN, *Corsi e ricorsi de las garantías procesales penales en la Argentina*, en Cuadernos Núm 8^a, 1998.

JESUS MARIA SILVA SANCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M.Bosch, Barcelona, 1992.

GÜNTER STRATENWERTH, *Desarrollos modernos del Derecho penal de Europa central*, en Cuadernos, Núm 8^a, 1998.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, EDIAR, Buenos Aires, 2000.

EUGENIO RAUL ZAFFARONI, *La creciente legislación penal y los discursos de emergencia*, en "Teorías actuales en el Derecho Penal", Ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 1998.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Dirección Nacional de Política Criminal, *Perspectivas criminológicas - Políticas públicas en Seguridad en la República Argentina*, Buenos Aires, 2000.

LA REALIDAD JURIDICA Y LA PROYECTADA INTEGRACION DE LOS TRIBUNALES PENALES

POR LINO ENRIQUE PALACIO (*)

1. No obstante las previsiones de orden constitucional a las que luego me referiré, es sabido que tanto en el ámbito de la justicia federal cuanto en el de las jurisdicciones provinciales no se encuentra actualmente reglamentado el funcionamiento de órganos judiciales de *composición mixta*, es decir integrados por jueces técnicos y legos.

Esa modalidad de composición está sin embargo admitida en diversos ordenamientos jurídicos extranjeros, entre los cuales puede verificarse la aplicación de dos sistemas caracterizados, respectivamente, por la circunstancia de que los elementos populares del órgano tengan circunscripta su intervención al juzgamiento de las *cuestiones de hecho*, o a la de que integren, con los jueces profesionales o permanentes, un órgano judicial complejo en el cual unos y otros tienen la misma potestad de decisión en materia fáctica y jurídica.

El primero de los mencionados sistemas se halla constituido por el *jurado* de origen anglosajón, que prevaleció en los principales países europeos durante el siglo XIX y comenzó a transformarse desde el segundo tercio de este siglo para convertirse en el segundo sistema, al que suele denominarse "escabinado" no obstante que las leyes que lo reglamentan continúan llamando "jurados" a los jueces legos que integran

(*) Disertación pronunciada por el Dr. Lino Enrique Palacio, en la VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, celebrada los días 4, 5 y 6 de octubre de 1989.

los correspondientes órganos judiciales. Así también lo hace, como se verá, el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público que se encuentra actualmente a la consideración del Congreso nacional que habla, por un lado, de jueces permanentes —que son los magistrados en sentido estricto— y, por otro lado, de *conjueces*, distinguiendo a su vez entre éstos los *conjueces letrados* de los *jurados* (o sea de los *conjueces populares* o *legos*).

2. La Constitución Nacional argentina se refiere con reiteración al que denomina “juicio por jurados”.

Lo hace ante todo en el art. 24, conforme al cual “El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y *el establecimiento del juicio por jurados*”.

En segundo lugar, entre las atribuciones del Parlamento el art. 67, inc. 11, contempla la de “dictar los códigos civil, comercial, penal, de minería y del trabajo y seguridad social, si que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y *especialmente leyes generales para toda la Nación* sobre naturalización y ciudadanía, con sujeción al principio de la ciudadanía natural; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y *las que requiera el establecimiento del juicio por jurados*”.

Finalmente el art. 102 prescribe que “*todos los juicios criminales ordinarios*, que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados, *se terminarán por jurados*, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiere cometido el delito; pero cuando éste se comete fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio”.

Esta última norma comporta reproducción prácticamente literal de la contenida en el art. 117 de la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela del año 1811, aunque ella reconoce a su vez su antecedente inmediato en el art. III, sección 2ª de la Constitución de los EE.UU. de Norteamérica.

3. Al margen de su enfática y reiterativa consagración en el texto constitucional, pocas instituciones como el jurado conforme al tradicional modelo anglosajón han sido objeto de tantos y disímiles juicios en los

que, a los argumentos estrictamente jurídicos, se entremezclan ingredientes políticos y sociológicos.

De visible corte político fueron las opiniones que en su momento vertieron Sarmiento, Mitre y Avellaneda. Ya con anterioridad a la promulgación del ordenamiento constitucional vigente escribía Sarmiento desde las páginas del "Mercurio" de Chile, en 1846, que "el jurado era el *paladium* de las libertades públicas y que introducir el jurado entre nosotros sería inocular un principio de vida y de existencia en el pueblo". Fue precisamente bajo la presidencia de aquél cuando se dictó la ley 483 (que autorizó al Poder Ejecutivo para designar a una comisión redactora de una ley de procedimiento sobre el tema), en el transcurso de cuya discusión parlamentaria expresó Mitre que "la institución del jurado es un dogma para todo pueblo libre"; y más tarde escribirá Avellaneda, en ánimo de refutar a los que denomina "teóricos del absolutismo" que declamaron contra los peligros del jurado y los frecuentes errores de que adolecen sus fallos, que "los instintos de los pueblos asocian indisolublemente su existencia a la causa de la prensa libre y de las libres manifestaciones del pensamiento" (1).

En el presente siglo, y limitándonos a los juicios de los autores nacionales, adhirieron fervorosamente a la conveniencia de la institución del jurado Tomás Jofré (2), Nicanor Carvajal Palacios (3) y Eduardo Augusto García (4). Los dos primeros suman, a los argumentos relativos a la vinculación del jurado con la vigencia de las libertades públicas, el referente al principio del "self-government" que al llevar implícita la idea de la soberanía popular como fuente originaria de los poderes del Estado justifica la participación directa o indirecta de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones propias de aquél, entre las que se encuentra la administración de justicia. Eduardo Augusto García, por su parte, recurre entre otras razones a la apreciación de que mientras el jurado es absolutamente independiente del poder público, los jueces permanentes pueden hallarse fácilmente expuestos a las coacciones políticas de los restantes poderes.

(1) *Obras completas*, t. 10, p. 78.

(2) *Curso de procedimientos penales*, 3ª ed., ps. 68 y sigtes., 1937.

(3) *El juicio por jurado*, Buenos Aires, 1953.

(4) *Juicio oral*, t. 1, ps. 37 y sigtes., La Plata, 1936

No se trata, a mi entender, de razones convincentes. Más allá de la visible exageración que implica la alegada consustancialidad del jurado con la efectividad de las libertades públicas, resulta evidente que la pretendida *participación directa* del pueblo en el ejercicio de las funciones estatales contraría el sistema *representativo* consagrado por los arts. 1° y 22 de la Constitución Nacional, que viene a condicionar el principio de soberanía popular (5). Asimismo, si fuese correcta la afirmación de que el pueblo goza del derecho a administrar su propia justicia, no alcanza a comprenderse por qué se circunscribe aquélla a la justicia penal y no se la extiende a la civil (6) como sucede, por ejemplo, en los EE.UU.

En cuanto a la razón esgrimida por Eduardo Augusto García ella tampoco resulta atendible en tanto parte de la errónea premisa de que todo juez permanente puede carecer de independencia de juicio no obstante que la Constitución prevé los mecanismos adecuados para preservar aquélla, de manera que el legislador, por el contrario, debe en todo caso presumir el correcto desempeño de los magistrados estatales (7). A lo cual cuadra añadir que esa supuesta falta de independencia tampoco resulta obviada a través de la intervención de jurados en tanto estos —como jueces de los hechos— se encuentran imposibilitados para impedir la inadecuada aplicación de las normas jurídicas por parte de los jueces profesionales.

4. La mayor parte de la doctrina nacional se ha expedido en forma decididamente adversa a la institución del jurado, al menos conforme al sistema tradicional que ésta exhibe y que es, como se ha visto, el contemplado por la Constitución federal.

Frente a hecho de la prolongada inacción legislativa no obstante las prescripciones constitucionales anteriormente recordadas González Calderón lo atribuye a la “falta de tradiciones propias, de ambiente y de cultura pública para incorporarlo a nuestras prácticas judiciales” (8) y Sánchez Viamonte a la suposición de que el instituto “no encontrará

(5) VELEZ MARICONDE, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 221, Buenos Aires, 1969.

(6) VELEZ MARICONDE, *Op. y loc. citadas*.

(7) VELEZ MARICONDE, *Op. cit.*, p. 222.

(8) *Curso de derecho constitucional*, p. 683, Buenos Aires, 1943.

nunca ambiente propicio en la República Argentina" (9). En una análoga línea de pensamiento Jorge Gondra expresa que conspira contra la institución del jurado "la venalidad, la falta de educación, los intereses políticos y ciertas modalidades de los pueblos" (10), en tanto que Rodolfo Rivarola, tras señalar que "el jurado es una planta exótica, que no ha echado nunca raíces en nuestro país", pone de relieve los inconvenientes que suscitó en España a raíz de su establecimiento en el año 1875 y concluye alertando acerca de la falta, entre los argentinos, de "conciencia de los deberes del servicio público gratuito", de manera que, como lo evidenció la experiencia hispánica, se correría el riesgo de que ser juez de hecho se mire "no como honrosa función pública sino pesada carga de la cual procuran librarse cuanto tienen excusa legal que oponer..." (11).

En la misma tendencia se encuentra Bielsa, quien no sólo destaca que en el sistema jurisdiccional argentino el jurado no tiene función ni curso sino también, aunque con cierta exageración, que los jurados pueden ser corruptibles si las listas son de cuño oficial (12).

En la doctrina procesal, con excepción de Jofré y García, son también resueltamente contrarios a la institución del jurado Vélez Mariconde, Levene y Alcalá Zamora y Castillo. Ya hemos adelantado las apreciaciones críticas del primero, quien agrega, en apoyo de su postura, la contradicción entre la forma de integración del jurado y la exigencia de la *idoneidad* que instituye el art. 16 de la Constitución Nacional, así como la imposibilidad de escindir en forma absoluta las cuestiones de hecho y de derecho (13). Levene y Alcalá Zamora expresan por su parte, que la experiencia del jurado demuestra su fracaso y añaden que "los elementos liberales han gastado unas energías que en cualquier otra empresa habrían reportado mejores frutos" (14).

(9) *Manual de derecho constitucional*, p. 271, Buenos Aires, 1958.

(10) *El juicio por jurados y la jurisdicción en el proyecto de reformas a la Constitución Nacional*, "Jurisprudencia Argentina", 1949-I, sec. doctrina, p. 51.

(11) *La justicia en lo criminal*, ps. 16 y 19, Buenos Aires, 1899.

(12) *Derecho constitucional*, ps. 286/7 y 755/6, Buenos Aires, 1959.

(13) *Op. cit.*, ps. 224/5.

(14) *Derecho procesal penal*, t. I, p. 261, Buenos Aires, 1945.

Clariá Olmedo, asimismo, si bien estima que no existen razones para sostener que la Constitución Nacional no impone el jurado, advierte que si la experiencia de otros países de similares modalidades y costumbres al nuestro ha sido adversa a aquél, ello servirá de antecedente para no implantarlo, sea provocando su eliminación del texto constitucional o adoptando las debidas cautelas en cuanto a la oportunidad, amplitud y modo de su institución (15).

5. Así, como, según se ha visto, los partidarios del jurado incurren en errores y apreciaciones exageradas, algunos de sus detractores, como también surge de lo que llevo dicho, dan por sentado "a priori" el fracaso de la institución sobre la base de experiencias extrañas a una adecuada verificación de la realidad argentina o de realidades meramente conjeturales o hipotéticas, lo cual, aparte de desplazar el tema del específico ámbito jurídico puede conducir a peligrosas generalizaciones.

Al margen sin embargo de ese tipo de argumentos, cuadra advertir que la institución analizada es pasible de las siguientes objeciones:

1º) La imposibilidad práctica de juzgar una cuestión de hecho con prescindencia de su sentido jurídico. El encuadramiento de los hechos dentro de una determinada estructura legal supone inevitablemente un previo acto de comprensión estimativa mediante la cual se valoran tanto las circunstancias fácticas del caso como las referencias dogmáticas contenidas en la ley (16), de manera que, en tales condiciones, la neta separación entre las funciones del juez técnico y las del jurado configura una inadmisibles ruptura de la *unidad* que debe caracterizar al juicio jurídico (17).

2º) El juez técnico debe ajustarse, en lo que concierne a la valoración de la prueba, a los principios de la sana crítica o de la libre convicción —los que imponen la exteriorización de un raciocinio cuyo acierto o error es fácilmente verificable por las partes— en tanto que los jurados deciden, en el ámbito probatorio, de acuerdo con el sistema de la íntima convicción, el que por sí solo resulta incompatible con la apreciación

(15) *Tratado de derecho procesal penal*, t. I, p. 259, Buenos Aires, 1960.

(16) COSSIO, *El derecho en el derecho judicial*, ps. 21 y sigtes., 3ª ed.

(17) Cfr. CARNELUTTI, *¿Juez penal técnico o lego?*, "Jurisprudencia Argentina", 1948-II, sec. doct., p. 3.

de pruebas de mediana complejidad y descarta toda posibilidad de control sobre la administración de justicia.

3°) Mientras sobre los jueces técnicos pesa el deber de fundar sus decisiones, el veredicto de los jurados no requiere motivación alguna y esta dispensa es, en el derecho argentino, conforme a una reiterada doctrina constitucional, lesiva de la garantía de la defensa en juicio, entre uno de cuyos aspectos relevantes se encuentra la exigencia de que las decisiones judiciales configuren una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa (18). Y es obvio que la comprobación de tales circunstancias debe sustentarse en fundamentos *serios* (19) y no ser el producto de la voluntad individual de los juzgadores.

4°) Las dificultades que generalmente traen aparejadas la selección y constitución del jurado, particularmente en lo que concierne al acceso al tribunal de grupos de personas representativas de un mediano nivel cultural y despojadas de prejuicios o influencias ideológicas susceptibles de comprometer su imparcialidad.

6. Pero no obstante los reparos de que es pasible la institución del jurado conforme al modelo anglosajón, lo cierto es que aún permanecen escritos en el texto constitucional los arts. 24, 67, inc. 11) y 102 a los que me he referido al comienzo de esta disertación.

También es dable subrayar el hecho de que el Congreso de la Nación nunca llegó a aprobar los diversos proyectos de ley que se presentaron con el objeto de llevar a la práctica los referidos preceptos constitucionales, circunstancia que al margen de su debatida naturaleza imperativa o de cumplimiento discrecional (20), acredita elocuentemente que se operó su *derogación* por vía consuetudinaria (21). En otras palabras

(18) *Fallos de la C.S.N.*, t. 297, p. 100; t. 298, p. 360; t. 299, p. 226; t. 301, p. 1089, sus citas y otros.

(19) Ver, entre otros, *Fallos de la C.S.N.*, t. 234, p. 82; t. 238, p. 550; t. 249, p. 275.

(20) Sobre esta cuestión véase SAGÜES, *El juicio penal oral y el juicio por jurados en la Constitución Nacional*, "El Derecho", t. 92, p. 905.

(21) Véase AFTALION, GARCIAOLANO y VILANOVA, *Introducción al derecho*, 11ª ed., p. 324, Buenos Aires, 1980; GOLDSCHMIDT, V., *Introducción filosófica al derecho*, 4ª ed., p. 234, Buenos Aires, 1973; SAGÜES, *Op. cit.*; Palacio, *Derecho procesal civil*, t. II, p. 17, Buenos Aires, 1969.

parece claro que la ostensible renuencia del órgano legislativo en reglamentar la institución de que se trata durante mucho más de un siglo demuestra la creación de una norma consuetudinaria que derogó las normas expresas que sobre el jurado contiene la Constitución de 1853 y, consecuentemente, canceló el deber del Congreso en el sentido de instituirlo con el alcance previsto en las mencionadas normas (22).

No es el caso de indagar los concretos motivos que determinaron la prolongada inacción legislativa y la mencionada *desuetudo*, aunque no es descartable que ello haya obedecido a la manifiesta incompatibilidad entre el mecanismo propio del jurado de tipo anglosajón y el sistema judicial vigente en nuestro país al tiempo de promulgarse la Constitución de 1853, cuyo neto corte escriturario, luego recogido por el Código de 1889, subsiste aún en el orden nacional.

7. En el derecho público provincial se comprueba, en general, una posición declinante frente a la institución del jurado.

Un elocuente ejemplo al respecto lo ofrece la provincia de Jujuy, pues mientras el art. 35 de su anterior Constitución disponía, enfáticamente, que “será asegurado para siempre el juicio por jurado, con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a las leyes que se dictaren al respecto”, el texto constitucional promulgado en el año 1986, a pesar de la minuciosidad con que reglamenta las “garantías judiciales” (art. 29), para nada alude al jurado en ninguna de sus manifestaciones.

Algo semejante ocurrió en San Luis, donde el art. 116 de la antigua Constitución prescribía que “una vez que en el orden nacional se establezca el juicio por jurados, la Legislatura dictará las leyes necesarias para el funcionamiento de esa institución en el ámbito de la provincia”, al paso que la Constitución de 1987 guarda un sugestivo silencio sobre el tema. Idéntico fenómeno aconteció en la Provincia de San Juan cuya actual constitución —vigente desde 1986— a diferencia de la anterior no contiene disposición alguna acerca del jurado.

La actual Constitución de la Provincia de Córdoba de 1987 dispone por su parte en el art. 162 que “la ley puede determinar los casos en que los tribunales colegiados son también integrados por jurados”, aunque

(22) Cfr. SAGÜES, *Op. cit.*, p. 913.

según parece desprenderse de este texto tiene en mira no ya el jurado de tipo anglosajón que previó sin duda la Constitución Federal de 1853 sino el sistema europeo actual de jurado escabinado (23).

8. Así las cosas, con fecha 20 de mayo de 1987 ingresó en la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley originado en el Poder Ejecutivo mediante el cual se incorpora, en el ámbito de la justicia nacional, el sistema de enjuiciamiento oral y público, el que en sus lineamientos esenciales contó con el apoyo de esta Academia que hizo suyo el dictamen elaborado por los doctores Ramos Mejía, Cassagne y quien habla (24).

Constituye complemento de ese proyecto el de organización de la justicia penal y el ministerio público, que fue elaborado por los doctores Julio B. J. Maier y Alberto M. Binder por encargo conjunto de la Secretaría de Justicia de la Nación y del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Precisamente una de las notas más relevantes de ese Proyecto estriba en la incorporación de ciudadanos legos en la composición de los tribunales penales inferiores al de Casación. A tal fin —como se puntualizó al comienzo de esta disertación— se optó por el modelo de tipo escabinado en cuya virtud dichos ciudadanos —a los que se denomina jurados— actúan conjuntamente en un único colegio judicial con los llamados jueces permanentes y conjueces letrados, teniendo por lo tanto las mismas potestades de éstos en el juzgamiento tanto de las cuestiones de hecho como de derecho. Las proporciones del elemento varían según se trate de tribunal criminal o correccional, porque mientras el primero está integrado por dos jueces permanentes, un conjuez letrado y dos jurados, el segundo lo está por un juez permanente, un conjuez letrado y un jurado. La actuación de los escabinos se halla excluida en el tribunal de procedimiento intermedio y en la etapa instructoria (esta última a cargo de un solo juez permanente).

9. Tras señalarse que “la ley orgánica pretende incorporar los elementos restantes para que la administración de justicia penal responda al sistema de gobierno que nuestro país adoptó por intermedio de la Constitución”, en la Exposición de Motivos anexa al Proyecto examinado se

(23) CAFFERATA NORES, *Integración de los tribunales de justicia con particulares*, en *Symposium Internacional sobre la transformación de la justicia penal en la República Argentina*, t. I, p. 91, Presidencia de la Nación, 1989.

(24) Véase “Anales”, año XXXIII, n° 26, 2ª parte, p. 745.

agrega que "es inherente a toda república representativa y a toda democracia, tal como se la concibe desde el siglo anterior (XIX), la participación de los ciudadanos en la tarea de administrar justicia...", que "ello coincide" "con un imperativo actual" de "recrear una democracia participativa", y "que el ser juzgado por los conciudadanos es un derecho fundamental de cada habitante del país, según nuestra ley constitucional (art. 24) y la práctica universal (sic) que les sirvió de fuente".

Pero a mi entender se trata de argumentos manifiestamente erróneos ya que, como se destacó al comienzo, la participación directa del pueblo en la administración de justicia contraría el *régimen representativo* de gobierno adoptado por la Constitución federal (arts. 1° y 22) y, por otro lado, si existiese realmente el alegado derecho de cada habitante a ser juzgado por sus conciudadanos no mediaría razón válida alguna para circunscribir ese derecho a la esfera penal y excluirlo de las causas civiles, comerciales, laborales y contenciosoadministrativas.

Por otra parte, si se trata obstinadamente de hacer efectiva la participación ciudadana en el funcionamiento de la justicia penal, parece claro que en lugar de introducir elementos legos en la composición del órgano judicial, a un resultado similar se habría arribado acordando al ofendido por el delito funciones autónomas para promover la apertura del juicio a través de su decisión individual, sin perjuicio de adoptar las previsiones adecuadas para reforzar su eventual responsabilidad penal por calumnia o quereña calumniosa (Cód. civil, art. 1090) (25).

10. Agregan los autores del Proyecto comentado que "el fundamento político-cultural del juicio por jurados reside en la decisión de que la justicia penal no puede quedar sólo en manos del Estado. Se satisface así un doble anhelo: la garantía frente al Estado y la creación de canales democráticos de participación ciudadana. Esta ha sido la decisión de nuestros constituyentes. Ellos sólo dejaron en manos del Congreso de la Nación la elección del mecanismo de participación ciudadana en los tribunales de justicia, y no, como se ha pretendido tradicionalmente, la fijación del momento o la oportunidad en que estos tribunales comenzarían a regir; menos aun se concedió al Congreso la facultad de postergar este derecho por más de un siglo".

(25) D'ALBORA, *El tribunal: su integración técnica o por jurados; criterios para su conclusión*, ponencia presentada en el XV Congreso Nacional de Derecho Procesal celebrado en la ciudad de Córdoba los días 16 a 19 de agosto de 1989.

Las apreciaciones transcritas entrañan a mi juicio diversos errores. En primer lugar cierran los ojos a una realidad jurídica incontestable como es la "desuetudo" *contra constitutionem* que importó la omisión de reglamentar el juicio analizado durante más de un siglo con la anuencia de la comunidad en general, y de los abogados y juristas en particular.

En segundo lugar es suficiente la mera lectura de los textos constitucionales para comprobar que se inspiraron solamente en el jurado de tipo anglosajón, y que los constituyentes, por lo tanto, no previeron otro mecanismo de intervención popular en la administración de la justicia penal.

En tercer lugar no resultan invocables, en el caso, las normas de los arts. 24, 67, inc. 11) y 102 de la Constitución Nacional, pues éstas prevé con meridiana claridad un "juicio por jurados" como institución vigente en *todo* el territorio argentino (comprendiendo por lo tanto a la Nación y a las provincias) a través de la promulgación de una *ley federal* especial (como la de ciudadanía) porque se trata en rigor de uno de los "poderes delegados" al gobierno federal (26). El proyecto analizado se circunscribe en cambio —como no podía ser de otra manera— a la organización de la justicia penal y el ministerio público en el orden nacional.

11. Desechados por lo tanto los argumentos concernientes a la ineludible participación ciudadana directa en la administración de la justicia penal, y sin desconocer la competencia del Congreso de la Nación para dictar la ley proyectada (aunque por motivos ajenos a las prescripciones constitucionales invocadas en la Exposición de Motivos), resta por analizar si la propuesta integración de los tribunales penales se concilia apropiadamente con la realidad jurídica argentina actual.

Al respecto cuadra destacar como hecho reiteradamente comprobable en nuestro país que, tal vez por extremado apego a una posición de corte conceptualista, los magistrados del fuero penal tienden por un lado a la utilización de un lenguaje cuyo excesivo tecnicismo la torna difícilmente accesible a la comprensión del ciudadano medio y, por otra parte, suelen con frecuencia elaborar soluciones que, en virtud de subsumirse en esquemas jurídicos altamente complejos, aparecen desconectadas de la realidad social y carecen por ello de la necesaria fuerza

(26) Cfr. SAGÜES, *Op. cit.*, p. 908 y autores citados en la nota 13, particularmente Arturo Bas.

de convicción no sólo entre los profanos sino también entre los propios profesionales del derecho. Son por ejemplo de fecha relativamente reciente algunos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, por razón de arbitrariedad, y en duros e inusuales términos, descalificaron sentencias pronunciadas por tribunales penales de alta jerarquía que, a pesar de exhibir una profusa y abundante fundamentación jurídica, consagraban soluciones singularmente desvaliosas.

De allí que la participación de jueces legos en el tribunal penal puede resultar sin duda beneficiosa para una correcta administración de justicia en tanto, a través de la deliberación con los jueces letrados, pueden transmitir a éstos las vivencias y sentimientos de la sociedad en materia penal o, como bien se ha puntualizado, "el aire renovador de la calle" (27) llevando al tribunal una óptica del caso socialmente más aceptable y convincente. Pero tal participación debe ser a mi entender *subsidiaria* (28), siendo por lo tanto acertado el Proyecto al prever, en la composición del tribunal, un mayor número de jueces técnicos.

Las precedentes circunstancias han sido advertidas también por ilustres juristas extranjeros. En Italia Carnelutti se mostraba partidario de las Cortes de Assises por hallar "su razón profunda, no sólo en la necesidad de la más diversa experiencia de la vida, en cuanto al conocimiento del derecho para juzgar bien, sino también en el peligro de que la costumbre de juzgar determine una especie de deformación profesional que termine por embotar la sensibilidad del juez y con ella su capacidad de apreciar la sensibilidad del juez y con ella su capacidad de apreciar intuitivamente los valores humanos" (29). También el eminente profesor de la Universidad de Heidelberg Eberhard Schmidt decía, en un orden de ideas similar, que "resulta de provecho para la administración de justicia penal la intervención de legos" no sólo porque ello propende a la confianza del pueblo en la administración de justicia sino también porque esa intervención "es un auxilio para el jurista cuando debe amoldar el resultado de su pensamiento jurídico al sentido jurídico profano",

(27) CAVALLERO-HENDLER, *Justicia y participación. —El juicio por jurados en materia penal—*, p. 91, Buenos Aires, 1988.

(28) Cfr. CAFFERATA NORES, *Op. cit.*, p. 93.

(29) *Cómo se hace un proceso*, p. 49, Valparaíso, 1979, cit. por CAVALLERO-HENDLER, en *Op. cit.*, p. 90 y "Jurisprudencia Argentina", 1948-II, p. 3.

agregando que si bien para los legos resulta a menudo difícil comprender el valor de lo jurídico "cuando el jurista está íntimamente seguro de la justicia de sus concepciones deberá encontrar la vía para solucionar a los jueces legos sus 'pre'-juicios sentimentales y convencerlos del valor y de la necesidad de los resultados 'jurídicos' y 'si no lo consigue puede tener un motivo para revisar su propio pensamiento y preguntarse si el hábito y la rutina no habrán influido en su modo de pensar'" (30).

12. Si bien, por lo tanto, debe estimarse compatible con la realidad jurídica e incluso un factor beneficioso para una mejor administración de justicia la proyectada integración de los tribunales penales con jueces legos, quedan empero pendientes diversos problemas vinculados a la implementación práctica del sistema que no se han contemplado o lo han sido a nuestro juicio en forma deficiente. Tales problemas se refieren, particularmente, a la elaboración y redacción de la sentencia final y a la selección de los jurados.

13. Por lo que atañe al primero de los referidos problemas importa recordar que el art. 321 del Proyecto de Código Procesal Penal prescribe, en lo que aquí interesa, que el tribunal debe resolver por mayoría de votos y que los jueces pueden fundar separadamente sus conclusiones o en forma conjunta cuando estén de acuerdo, debiéndose fundar expresamente las disidencias. En cuanto a la sanción penal o medida de seguridad aplicable exige asimismo la deliberación y el voto de la totalidad de los integrantes del tribunal, incluso de aquéllos cuya opinión haya quedado en minoría.

La aplicación de esa norma puede empero convertirse en un factor de inseguridad, desorden y dilaciones e incluso dificultad superlativamente la articulación del recurso de casación, por cuanto es obvio que, por instruidos e idóneos que sean los jueces legos, sólo los jueces técnicos se encuentran en condiciones apropiadas para elaborar un fallo que desarrolle metódicamente las cuestiones planteadas, los fundamentos de hecho y de derecho y las conclusiones. De allí que el precepto de que se trata deba ser reelaborado en forma tal que sólo quede en manos de los jueces técnicos la redacción de la sentencia o en su caso de los votos individuales así como la tarea consistente en exponer las eventuales disidencias de los jueces legos y las razones tendientes a refutarlas,

(30) *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal*, s/f., ps. 336/7, trad. de José M. Núñez, Buenos Aires.

quedando de tal suerte debidamente documentada en términos jurídicos y desde luego inteligibles la previa deliberación y las argumentaciones en ella esgrimidas por todos los integrantes del tribunal.

14. Para ejercer el cargo de jurado el Proyecto examinado exige determinados requisitos de edad (entre treinta y sesenta y cinco años) y el “pleno ejercicio de los derechos políticos” (art. 81), excluyendo de la función a los empleados públicos (lo que carece a mi entender de fundamento atendible), a los dignatarios de un culto religioso y a los empleados policiales, de las fuerzas de seguridad o de la ejecución penal, o a quienes cumplan servicio militar (art. 67).

Asimismo se prevé que el secretario del tribunal debe citar previamente a los jurados a fin de verificar si cumplen los mencionados requisitos así como que tengan domicilio, profesión o industria conocidos, y determinar si poseen instrucción secundaria básica o preparación suficiente.

Estimo sin embargo que las inhabilidades debieron haberse ampliado, incluyéndose en ellas, por razones obvias, a los procesados por la presunta comisión de delitos dolosos y que se encuentren sujetos a medidas cautelares privativas de libertad aunque hayan obtenido el beneficio de la excarcelación o de la eximición de prisión; a los integrantes de sectas religiosas en tanto esa circunstancia incide negativamente en el juzgamiento de diversos delitos y a las personas de notoria militancia política para impedir — como bien se ha advertido (31) — que el cargo se transforme “en la puerta de entrada para objetivos ajenos a la justicia” (32).

Tampoco es acertada, finalmente, la inclusión en la composición de los tribunales penales de conjuces letrados ajenos al plantel de la magistratura permanente, porque como correctamente se ha observado “cualquiera de ellos puede hallarse en la eventualidad de estar involucrado en causas en que se ventilen cuestiones semejantes a aquellas que les toque juzgar y en las que tengan ya asumida una postura determinada” (33).

(31) CAFFERATA NORES, *Op. cit.*, p. 94.

(32) En los Estados Unidos de Norteamérica la cuestión ha sido tratada por VANDERBILT, en *La justicia emplazada a reformarse*, trad. de Carlos A. Benites y Javier Clavell Borrás, p. 35, Buenos Aires, 1959.

(33) CAVALLERO-HENDLER, *Op. cit.*, p. 142.

15. De las consideraciones precedentemente expuestas cabe extraer las siguientes conclusiones:

1º) El jurado de tipo anglosajón carece actualmente de fundamento constitucional en el derecho argentino a raíz de la derogación consuetudinaria de las normas que lo prevén.

2º) En razón de que la participación directa de la comunidad en la administración de justicia tampoco exhibe basamento alguno en la Constitución Nacional el modelo escabinado que propicia el Proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo Nacional se halla también desprovisto de tal basamento.

3º) La implementación de ese modelo resulta no obstante aconsejable y compatible con la realidad argentina de nuestro tiempo como forma adecuada de atemperar la peligrosa tendencia hacia la teorización que es propia de los jueces profesionales en el ámbito penal.

4º) Debe no obstante preservarse la integración mayoritaria del tribunal con jueces técnicos (prescindiendo, como dije, de los llamados conjueces letrados), por cuanto la participación en el colegio de jueces populares si bien es formalmente jurisdiccional resulta sustancialmente subsidiaria y consultiva aunque sin perjuicio de que, eventualmente, la opinión de éstos puede concurrir, con la de los primeros, a conformar mayoría en la solución del caso.

5º) Corresponde adoptar las previsiones necesarias para implementar la mayor corrección de los pronunciamientos definitivos y la más adecuada selección de los jurados.

Para cerrar esta disertación sólo deseo dejar constancia de que los argumentos en ella desarrollados implican, a raíz de nuevas meditaciones acerca del tema abordado, una rectificación parcial de la opinión formulada en el dictamen aprobado por esta Academia al que me he referido más arriba. ♦

PANORAMICA DEL NUEVO PROCESO CIVIL

POR AUGUSTO M. MORELLO

En recuerdo del Dr. José María Ruda

I. La importancia de la legitimación

La legitimación (*standing*) = concepto político, es por cierto en estos momentos la pieza maestra del entramado procesal (1).

a) Tal vez sea la *legitimatio* uno de los institutos más sensibles al fenómeno de la socialización del proceso. Por eso son por demás remarcables las puntualizaciones del jurista barcelonés Luis Muñoz Sabate:

“No es difícil constatar que cuando se destapa el tema del llamado ‘acceso a la justicia’ y se intenta develar sus variables económicas, son los planteamientos dogmáticos de la legitimación los que no pocas veces se destacan por su *mayor resistencia a facilitar respuestas operativas*. Sin embargo, el hecho de que existan las *class actions* y figuras similares y refuerza el derecho de facilitación de la competencia postulatória y de gestión procesal y la familiaridad del concepto de los ‘intereses difusos’ demuestra que aquellos posicionamientos y matices no son invencibles, y como tantas veces ha ocurrido con otras cuestiones, la dimensión social de la justicia obligará a adoptar una actitud renovadora.

“Dígalo si no, por ejemplo, la teoría del levantamiento del velo (del *disregard of legal entity*), impensable antaño y que hizo campamento

(1) MORELLO, Augusto M., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, pp. 79-103, con sus citas., Platense, Abeledo-Perrot, La Plata - Buenos Aires, 1994.

entre nosotros al traducir la célebre obra de Serick". (*El problema de la legitimación en los pequeños asuntos*, "Revista Jurídica de Catalunya, Barcelona, 1990, N° 2, p. 507).

Lo evidencia la continua apertura de las *legitimaciones extraordinarias* que ponen de resalto la sintonía del legislador con la realidad sociológica y las cambiantes y urgentes dilataciones en el acceso a la Justicia. Tales, los sucesivos reconocimientos:

- del elector,
- del contribuyente, del representante de los partidos políticos,
- del ciudadano común para la defensa de los intereses difusos, etc.

En EE.UU. de América, se lo vivenció con intensidad durante la *Corte Warren*, los famosos —entre otros— precedentes de punta, de "Brown vs. Ministerio (Secretaría de Educación)", 1954, y "Backer vs. Warr", 1963 (2).

Nadie controvierte que el de la legitimación sea uno de los grandes retos al Derecho procesal que muestra su maleable *adaptación* en la hora actual.

b) De allí que no nos parece dudoso el punto central en que se ubica en el presente el tema en el proceso civil. Las situaciones de *parte legítima* y del juez imparcial e idóneo para conocer y atender *activamente* el reclamo de tutela son las que identifican la clave de bóveda de la relación (o situación) sustancial del clásico y estrecho derecho subjetivo (en una expresión más flexible y abarcativa dentro de una visión

(2) Los dos grandes jueces —presidentes indiscutibles de la Suprema Corte de los EE.UU. de América— Marshall y Warren, tuvieron clarísimos e intensos antecedentes políticos. Salieron de la trinchera política activa.

Marshall fue nombrado presidente del Tribunal en 1801, cuando aún era Secretario de Estado del Presidente Adams, y con un pasado político "*muy activo*", careciendo prácticamente de estudios jurídicos (parece que sólo alcanzó a seguir un curso de formación jurídica de seis semanas. G. E. WHITE, *The american judicial traditional Profiles of leading American judge*, p. 11, New York, 1976).

Warren (presidente desde 1953 a 1969) era un político republicano caracterizado como conservador que había llegado a ser gobernador; fue designado por Eisenhower y tuvo en éste el significado inequívoco de intentar acentuar el conservadorismo del Tribunal. Más tarde, Eisenhower consideraría la designación de Warren como "el mayor error de su presidencia" (ELY, *Democracy and distrust*, p. 47; GARCIA DE ENTERRIA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, p. 185, nota 132).

moderna de los problemas cruciales de nuestra disciplina) (Cfr. Elio Fazzalari, *Processo e Giurisdizione*, en "Revista di Diritto Processuale", Cedam, Padova, N° 1, 1993, 1-19, la cita en p. 9, N° 5).

c) El *estímulo* —el juicio y la preocupación e la opinión pública— hacia el reconocimiento de un criterio amplio de la legitimación, la buena imagen de la Justicia y su consiguiente *sensibilidad* de respuesta, se leen en una de las decisiones del Alto Organismo de la Nación que contribuye de manera por demás remarcable, como la reducción de las denominadas "cuestiones políticas", a recrear el *prestigio* del control protagónico del *Poder Judicial*.

Tocante a lo cual, el Organismo cimero sentirá necesidad de expresar:

"...el Tribunal Electoral de la Provincia del Chaco (en la resolución que concede al recurso extraordinario federal) ha tomado en consideración circunstancias locales relativas a la notoriedad y difusión de este asunto (la no oficialización de la candidatura a gobernador del ciudadano José David Alberto Ruiz Palacios) que ha conmovido a la opinión pública llegando a poner en duda, ante los ojos del electorado, la *eficacia* y *objetividad* de esa administración de justicia, que en muchos casos escapa a la comprensión del lego".

En cuanto a la actitud de la Corte Federal su respuesta fue que "... en las particulares circunstancias reconocidas por aquel Tribunal Electoral (de la Provincia del Chaco), corresponde considerar que *media en el caso gravedad institucional* pues uno de los requisitos del sistema representativo republicano de Gobierno, que las provincias han de garantizar, *es la fe en quienes tienen a su cargo la administración de justicia, eliminando en el ámbito de su poder, todo lo que la afecte o disminuya*" (C.S.J.N., A. 609.XXIII, "Acción Chaqueña", 29 de agosto de 1991, voto de la mayoría, consids. 4° y 5°, énfasis agregado).

II. *Las modernas categorías del litigio* (controversias, caso, causa, sistema adversarial)

La cuestión es demasiado rica en variantes y criterios (muchos *ad usum docente*) como para que se privilegie uno solo de ellos o que las preferencias tengan valor absoluto. De allí, nos parece, que puede

sumarse a los esfuerzos propedéuticos un esquema que es más realista y afín a los datos de la experiencia actual (3).

1°) Litigio *simple* de objeto y contenido de características comunes generales, lo que significa sin notas más sofisticadas, propias del proceso de alta complejidad, ni de tramitación complicada; tampoco de un índice y calidad de máxima conflictualidad; admite, sin embargo, diversas gradaciones y diferentes estrategias, cargas dinámicas y de colaboración, al igual que las particularidades en la gestión de la prueba y su evaluación.

2°) Litigios de *alta complejidad* (juez absolutamente imparcial y neutral) científica o técnicamente de otra calidad, o que por las exigencias probatorias son de difícil composición y definición judicial (por caso, la procedencia del desagio en obligaciones de larga duración).

3°) De complicada tramitación: por el número de justiciables, incidencias y modalidades del trámite; mencionemos el concurso de "El Hogar Obrero", con más de 4000 acreedores a ser insinuados en el pasivo.

4°) El litigio constitucional: en juego la división de poderes, la supremacía de la Constitución y la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

5°) De respuesta inmediata: *los procesos urgentes* "el ya y no el después"; el amparo, interdictos, *habeas corpus*, la medida cautelar sustancial, los *injunctions*, prohibiciones.

6°) La acción civil pública, es decir el proceso civil colectivo: intereses difusos, colectivos, individuales homogéneos; así, defensa del medio ambiente; protección de los derechos del consumidor; tutela

(3) Criterio "funcional" es aquel que está presidido por una interpretación facilitadora de la tutela y finalista: acorde al rol instrumental y de servicio del Derecho procesal; *que atiende a los resultados de la labor jurisdiccional*.

Los englobados de 1 a 5, pueden sustanciarse (con las pertinentes adaptaciones para cada uno de ellos) dentro del Modelo de Instancia única, estructurado por audiencias ante el juez monocrático (Anteproyecto de 1993), o colegiado, oral, concentrado, inmediación y control impugnatorio por apelación o recurso casacional amplio y sólo mediante dos tipos de procedimentales: a) el ordinario; b) el extraordinario. Visto desde la perspectiva del consumidor del servicio de justicia, el litigante, en dimensión social y despojado de las notas excesivas o excluyentes del galantismo *formal*.

de derechos de dimensión social, tal el derecho al 82% del haber jubilatorio, respectivamente (el juez pierde neutralidad; *ideológicamente se halla comprometido con la intención del legislador en la finalidad de la tutela específica*).

7°) Litigios de la justicia privada (alternativas complementarias): mediación, conciliación, arbitraje, experto neutral, etc.

8°) Proceso transaccional. a) *Judicial*, por ejemplo ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades (Luxemburgo) (pensar para el Mercosur); o b) proceso de arbitraje internacional (como el comercial institucionalizado: CCI, París).

III. Dilatación del control de constitucionalidad (comprensivo de un fuerte componente de casación general), por la Corte Suprema Federal.

a) El trampolín en esa expansión horizontal y vertical es el redimensionamiento de la *cuestión federal trascendente* (con la valla defensiva, cada vez más dura y notoria en su tendencia, a encoger la *admisión* del recurso extraordinario federal —art. 14, ley 48— del *certiorari* negativo (art. 280, C.P.N., texto ley 23.774) a raíz de la selección “discrecional” de cuestiones de trascendencia, lo que deriva en el recorte (por un lado) y en crecimiento (por el otro) de los actos y decisiones *controlables*. Asimismo, a través de una variable de ajuste favorable al acceso de ese conocimiento: el ensanchamiento de las sentencias a las cuales se les asigna —por sus efectos irreparables— el mismo nivel que ostenta la *definitiva*.

Esa declaración (que se envuelve en una *cuestión federal*) se matiza al presente en un rostro suficientemente acabado que Sagüés describe así: “La Corte ha elaborado un interesante catálogo de las ‘sentencias equiparables a definitiva’, que pueden encasillarse en tres supuestos básicos: a) decisiones que producen un gravamen irreparable; b) autos que implican la paralización del proceso; c) los pronunciamientos no definitivos que son portadores de un problema de gravedad o interés institucional”.

Todo ello (la medición de esas particularidades es una tarea forzosamente casuística, pues aunque hay pautas generales habrá que desembocar en circunstancias concretas, de hecho, que se dibujan en su especificidad) importa una verdadera creación pretoriana, en un tejido litigioso que es, por cierto, complejo y con variadísimos matices.

En esa pulseada de cierre-apertura (en equilibrio móvil y balanceo cíclico) no debe extrañar que (por mayoría) el Tribunal en esa doble diagonal de reglamentación legal-interpretativa (y la penetración de la última) al mismo tiempo enfatice.

“2°) Que según conocida jurisprudencia de esta Corte el auto de prisión preventiva no constituye sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 (‘Fallos’, 212:104; 214:611; 220:1141; 223:128; 228:743; 231:183; 234:450; 236:314 y 531; 238:394 y 396; 239:495; 245:384 y 546; 246:290; 249:85; 255-259; 265:330 y 336; 275:102; 281:271; 286:240; 290:393; 297:551; 301:1181; 302:345; 304:152 y 848; 306:2090; 307:1186 y 2348; 308:1202 y causas M.5.XX, ‘Mascali, Alejandro’, del 14 de junio de 1984; L.219.XX, ‘Lucero’, del 13 de febrero de 1986; F.483.XX, ‘Felizzola, Marcelo’, del 25 de marzo de 1986; R.94.XX, ‘Ramírez, Héctor Carlos’, del 14 de octubre de 1986; P.114.XXII, ‘Pacheco Santamarina, Carlos Juan’, del 8 de setiembre de 1988, M.230.XXII, ‘Monzón, Carlos’, del 20 de octubre de 1988, H.59.XXII, ‘Harguindéguy, Albano’, del 24 de noviembre de 1988; D.216.XXII, ‘Domínguez, Abel’, del 27 de julio de 1989; V.187.XXII, ‘Vasconcello, Roberto y otros’, del 29 de mayo de 1990)”.

Por tanto (consid. 3°)

“esta *regla* llevaría forzosamente al rechazo de la queja por denegación del recurso extraordinario. Sin embargo, concurren en el caso *circunstancias excepcionales* que exigen que esta Corte precise la doctrina que emana de los precedentes citados, y explicité las razones por las cuales, en el caso, la decisión recurrida debe equipararse a la sentencia definitiva que exige el art. 14 de la ley 48.

“En efecto, en primer lugar, debe destacarse que, por lo regular, el principal efecto de decisiones de tal naturaleza consiste en la restricción coactiva de la libertad ambulatoria de una persona que, por imperio del art. 18 de la Constitución Nacional, goza del estado de inocencia hasta tanto una sentencia final y dictada con autoridad de cosa juzgada no lo destruya declarando su responsabilidad penal. Ello impone que las restricciones de los derechos individuales impuestas durante el proceso y antes de la sentencia definitiva sean de interpretación y aplicación restrictiva, cuidando de no desnaturalizar la garantía antes citada.

4°) Que la regla que excluye las apelaciones extraordinarias contra autos que decretan la prisión cautelar del imputado en juicio penal reposa en la circunstancia de que ello no impide, por sí sólo, la obtención de la tutela jurisdiccional de la libertad ambulatoria mientras no se destruya el estado de inocencia del sospechoso de haber cometido un delito. Por lo general, esa tutela puede ser obtenida por medio de la articulación de la excarcelación y, en su caso, mediante la interposición del recurso extraordinario contra la sentencia que la deniega y que definitivamente coarta la posibilidad de tutela inmediata de la libertad. Al respecto la Corte no se ha contentado con la existencia de un agravio insusceptible de reparación ulterior, sino que, además, ha exigido que lo sometido a su conocimiento constituya alguna de las cuestiones que habilita el art. 14 de la ley 48, pues la sola circunstancia de que el agravio sea irreparable no resulta suficiente para habilitar la instancia extraordinaria. Para ello se requiere que se halle involucrada en el caso alguna cuestión de naturaleza federal o el agravio se funde en arbitrariedad de la sentencia ('Fallos', 303:865; 301:1050, 1701; 306:969, 1770, 2898; 887:549, 1132, 2348; y causas F.431.XVIII, 'Falanga, Angel Pedro' y G.378. XVIII. 'Galgano, Angel Oscar', resueltas el 19 de febrero de 1981).

"5°) Que, excepcionalmente, este Tribunal ha admitido también la procedencia del recurso extraordinario dirigido directamente contra la prisión preventiva del imputado, cuando la frustración del beneficio excarcelatorio no reposaba directamente en las normas procesales reglamentarias del derecho constitucional a gozar de la libertad durante el proceso, ni en su interpretación, sino que se derivaba del reenvío que estas normas hacen del auto de prisión preventiva y a las calificaciones jurídicas fijadas en él. Así ha resuelto que, cuando esta medida cautelar ha sido dictada sobre la base de una disposición tachada de inconstitucional, o sobre la base de una interpretación de normas federales que se reputa errada, y la calificación jurídica de los hechos impide la excarcelación del imputado, no existe otro modo de resguardar inmediatamente la libertad durante el proceso si no es admitiendo la procedencia formal del recurso extraordinario contra aquélla (Conf. causa G.323.XXIII. 'Gundin, Jorge Omar s/robo de automotor - causa N° 27.626', resuelta el 14 de mayo de 1991)".

(C.S.J.N., K.30.XXIV, "Kacoliris, Dionisio y otros", 11 de mayo de 1993).

Bien apunta entonces Sagüés que con respecto al "auto bajo examen, se produjo una situación peculiar: el dictado de la prisión preventiva,

atento el tipo penal aplicado, no impidió que el imputado prosiguiera en libertad durante el proceso. En principio, entonces, no debía entenderse con 'sentencia definitiva' para el recurso extraordinario.

— "Pero sí producía otros efectos colaterales. A tenor del art. 4, inc. c, ley 12.990, el auto de prisión por delito doloso importa que el afectado no pueda ejercer funciones notariales; y según el art. 7 de la misma norma, dicha prisión 'implica en la práctica cerrarle al imputado toda posibilidad de ejercicio de los derechos constitucionales de trabajar, comerciar y ejercer industria lícita, antes de dictado de una sentencia', según constata la Corte en el considerando sexto.

"En otras palabras, medió en la especie un subtipo de agravio irreparable que causa el auto de prisión preventiva, no en función de la libertad física, sino de otros derechos constitucionales (los ya mencionados). De ahí que —en el proceso en cuestión— aquella resolución se equipara a "sentencia definitiva" por otras razones a las habituales. La restricción que causa la decisión judicial 'exige tutela inmediata', concluye la Corte, y tal razonamiento es atractivo. De hecho, importa apartarse de la doctrina anterior del Tribunal".

Para acotar, finalmente, que

"de afirmarse la directriz de 'Kacoliris', esta variable de ampliación del recurso extraordinario obligará a reflexionar, nuevamente, sobre la estructura y operatividad del recurso extraordinario, y de la organización de la Corte Suprema para atenderlo" (4).

b) Desde otro ángulo aunque sea compatible que la deserción de la segunda instancia (declarada mediante fundamentos de hecho y de orden procesal *suficientes* para sustentarla) no constituye cuestión federal que autorice el otorgamiento de la apelación extraordinaria (5), tal (aparente) "Principio" reconoce excepción cuando, pese a su naturaleza procesal, el pronunciamiento apelado, por cualesquiera de los motivos en

(4) SAGÜES, Néstor P., *Autos de prisión preventiva equiparables a "sentencia definitiva" para el recurso extraordinario*, "E.D.", 8 de julio de 1993, anotando el fallo el Alto Tribunal *in re* K.30.XXIV, "Kacoliris, Dionisio y otros", 11 de mayo de 1993.

(5) Fallos: 256:39, 259; 258:286; 259:149; 263:149; 263:139; 264:91, 294; 265:145, 157; 274:67; 278:224; 280:33; 293:616; 302:237, entre otros.

que se suscitan las causales de arbitrariedad —*todas ellas*—, revela, por ejemplo, un exceso ritual (o cualquier otra razón grave y trascendente) susceptible de frustrar el derecho federal invocado en el caso (“Fallos”, 298:11; 299:268; 302:1669; 303:1929, entre otros).

Sin olvidar —en el trasfondo— que no cabe desvirtuar, mediante exigencias o cautelas aparentes, que la defensa sea mal ejercitada, o imposibilitada (aun contra la pretensión del propio interesado de la defensa en sí misma, por desconocimiento de las normas jurídicas y principios de derecho aplicables al caso), o todo aquello que signifique limitar (irrazonablemente) las posibilidades de expresión de las partes en el proceso —*en su actividad ante los estrados*— pues ellas están investidas, por cierto, del derecho de *libre crítica a los actos de los magistrados*, derecho cuyas características y, en especial, su amplitud, señala el precedente de “Fallos”, 269:200 (6).

Los jueces, en plenitud de tales y cabalmente con el conjunto de las garantías que aseguran el proceso justo, es como deben *hacer justicia* (7).

c) Si lo sustancial y básico —del instituto, *garantía*— que la Constitución ha consagrado para brindar tutela jurisdiccional efectiva, de hecho se *menoscaba* o *desvirtúa* al grado de implicar la frustración del derecho federal que se aloja en el recurso extraordinario, se abrirá camino a la impugnación y la Corte descalificará el pronunciamiento (8).

IV. La garantía de la defensa en el proceso civil colectivo

Las nuevas manifestaciones de daños no sólo a la persona o al ambiente, sino, *además*, a la propia sociedad —que a los fines de su tutela emerge como verdadero sujeto de derecho—, impactan en la concepción clásica, singular, del proceso civil: “Ticio vs. Cayo”.

(6) Voto de los Dres. Belluscio y Fayt, en disidencia *in re* “Olmos, Alejandro vs. Gobierno Nacional (Ministerio del Interior)”, 20 de agosto de 1985, La Ley, 1985-F, 246, con nota de BARRANCOSYVEDIA, Fernando N., *El derecho de viajes al exterior en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, la cita en pp. 257/8.

(7) *El proceso justo*, cit., p. 491 y sigtes.

(8) Fallos, 275:251; 278:240; 280:314; 283:31 y 249, entre muchísimos otros, desde mucho antes del '83 y más intenso desde entonces hasta el presente.

a) En los últimos quince años, cada vez más aceleradamente en las regiones y comunidades de Occidente, se perfilan las nuevas técnicas colectivas de tutela, administrativa y judicial, *frente a nuevos daños*.

Las variadas y discriminadas caracterizaciones de los derechos difusos, de los derechos colectivos y de los derechos individuales homogéneos (por ejemplo, en ese orden: a la conservación del ambiente: la flora, fauna, riquezas hídricas, arqueológicas, etc. [intereses difusos específicamente tales]; a los derechos del consumidor [derechos colectivos]; o a las prestaciones y movibilidades de la seguridad social, jubilaciones o pensiones [derechos individuales homogéneos]) han hecho irrupción en la sociedad de masas. Son derechos que, por el objeto, no se soportan en una o pocas personas singulares, sino en grupos, clases, categorías; en amplios sectores de una o varias comunidades.

b) No es ésta la oportunidad para dibujar el rostro de cada una de esas familias de derechos colectivos que han provocado una verdadera revolución en las técnicas garantistas, en el tradicional arsenal del derecho al proceso y sus seculares explicaciones; al igual que en la estructuración diferente del debido proceso legal adjetivo con adaptaciones y ajustes (cuando no desplazamientos y hondas innovaciones) en el diagrama y en el uso del proceso singular. Con corrimientos y adaptaciones de sus piezas claves (por caso la plasticidad de la cosa juzgada).

En algunos países vecinos, como Brasil, en poquísimos años (no superan la última década, 1982-1992) han sobrevenido notables mudanzas, sea en la legislación ordinaria referida a las acciones populares o al mandato de *segurança*; bien en la moderna Constitución del 5 de octubre de 1988, en especial, por su art. 5°, norma que agrupa en extensísimos incisos las incorporaciones del mandato de *segurança* colectivo, el mandato de *injunction*, y una funcional cobertura de la tutela del consumidor. Finalmente, la legislación de despliegue de las prescripciones de la Ley Fundamental, como el Código del Consumidor (ley 8002 del 14 de marzo de 1990) o la ley de protección integral de la minoridad y del adolescente, muestran una extraordinaria apertura al *Acceso a la Justicia* y a tutelas específicas que responden a nuevos principios, flexibilizaciones, criterios realistas y de operatoria fluida. En gran medida diferentes (cuando no contrarios) a las ideas y tendencias consagradas por la ley procesal civil general.

c) Las apertura y (con imaginación) creaciones de esas recientes exteriorizaciones del derecho positivo (9) y en plena experimentación (de consecuencias renovadoras revolucionarias), han golpeado frontalmente en la estructura clásica del edificio instrumental. Sea en punto a la legitimación de obrar, en la forma de estructurar el litigio que concierne al interés de *muchos*, el deber de colaboración, las cargas probatorias, la sentencia y sus efectos, o bien en lo que concurre a los alcances de la cosa juzgada, los fenómenos de la sustitución y representación procesal, los costos y costas, la “incorporación” de sujetos de una determinada categoría a las consecuencias *erga omnes* que deben acordarse al fallo en el mérito, el rol activo del juez, la parcial y adaptada acogida de las *class actions* (10), etc.

d) La atención preferente, asimismo, hacia la *tutela provisional*, aquella que *debe* prestarse durante el desarrollo del proceso ordinario.

Entre nosotros, seguramente, el tema de los “alimentos provisorios” desnuda la conveniencia de estar en claro sobre esta parcela de tantas repercusiones prácticas. Quien lo vio con anticipatorio luminosidad fue sin dudas nuestro sabio codificador civil. En efecto, Vélez Sarsfield, en la norma del art. 375, parte segunda, estableció: “desde el principio de la causa o *en el curso de ella*, el juez, según el mérito que arrojen los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos *provisorios* para el actor, y también las expensas de pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo”. Se trata, como fácilmente se advierte, de atender (cubrir, satisfacer) la misma *necesidad* (la que se origina en la circunstancia de carecer de alimentos); aflora en el comienzo del proceso o durante su secuela, pero es de la esencia y características de las que va a contemplar la sentencia final. Es imperioso, sin embargo, hacerse cargo de ella —suministrarle tutela— en un momento anterior, porque su protección no puede demorarse; llegaría tarde y sería inconducente. Por falta de reglamentación y sólo por la comodidad que brindan las

(9) MORELLO, Augusto M., *La tutela provisoria durante el desarrollo del proceso*, La Ley, 13 de octubre de 1994.

(10) Comp. la experiencia del derecho norteamericano referida a las acciones por clase de personas (ver, entre nosotros, CUETO RUA, Julio, *La acción por clase de personas (Class actions)*, La Ley, 1988-C, 952.

MORELLO, Augusto M., *El proceso civil colectivo*, en AA.VV., *Defensa de los consumidores de productos y servicios* (director Gabriel Stiglitz), pp. 297-316 y sus menciones., ed. La Rocca, 1994.

figuras análogas, para actuar esa *tutela provisoria*, nos valemos (por el cambio de circunstancias, la fragilidad de su cuantía sucesiva, o por las modalidades de su prestación) del régimen de las providencias cautelares, *pero sin formar parte de él*. Es típicamente una tutela autónoma, genuina, eficaz y de resultados efectivos. Los alimentos así logrados se consumen con título propio, no son repetibles, porque se aplicaron a una necesidad justificada. Esa misma necesidad, con un rostro mejor recortado, de perfiles más nítidos (pero que tampoco podrá seguir siendo así) es la que dibuja al cabo la sentencia que recaerá en el proceso especial y plenario abreviado de conocimiento que cierra el denominado "juicio de alimentos" (art. 638 y sigtes. C.P.N., y afines de los que se siguen).

Se trata, como se advierte (al menos entre nosotros), de *conceptos marcos* de inéditas posibilidades de acrecentar la eficacia (no sólo final, la que proviene de la sentencia de mérito) de la jurisdicción.

e) Asimismo, la nueva posición del Ministerio Público, las ligas, entidades intermedias y organizaciones agrupadas para defender esos derechos son, entre otros, claros aspectos de un nuevo proceso *distinto* del individual que utilizamos, al menos en su tamaño, rol de los sujetos, forma de probar (técnica, científicamente, inversiones probatorias, inferencias presuncionales) metas a alcanzar y dimensión social de una protección jurisdiccional efectiva y con matices fuertemente *preventivos*.

f) La cuestión se complica porque esos registros se verifican dentro de un espacio de naciones partes integradas (por caso en el Mercosur), lo cual demanda un inmediato esfuerzo común de *armonización de legislaciones desiguales y de ganar compartida conciencia y adhesión a un modelo de bases uniformes*, proclive al ejercicio de prácticas semejantes, que impidan asimetrías no sólo económicas sino *jurídicas*, frustratorias de la más adecuada y útil tutela jurisdiccional.

Importa señalar, asimismo, que iniciativas de este tenor ya han materializado en importantes emprendimientos para Hispanoamérica, tal como los Códigos Procesales (Civil y Penal Modelo); o están ampliándose a parcelas de igual significación, como lo es la elaboración de un Estatuto General sobre el amparo para la misma extensión geográfica.

El momento se presenta por consiguiente óptimo, porque el tiempo ha permitido la maduración de la idea fuerza de la integración y la presente fase de transición del Mercosur (hasta el 31/12/94) estimula a

dibujar y concretar las respuestas más beneficiosas (¿el arbitraje comercial deja ya de ser “nacional”?).

V. Reacomodamiento en la estructura, funcionalidad (eficacia y efectividad) y metas del proceso civil

A) El Proceso Justo. Reformulación

a) *Corrimientos*. De lo simple a lo complejo (cualidad); de lo nacional a lo transnacional (horizontalidad y globalización); de lo individual a lo plural (dimensión social en la escala de las cuestiones y tensiones [Barbosa Moreira]).

Del proceso oculto, secreto, fraccionado, con un juez distante, pasivo, que “vea jugar” a los otros, a aquél de un activismo protagónico (*público*, de interés general) que se ve acompañado con un elenco de principios, posicionamientos y fines que lo convierten en el traductor y pieza decisiva de una *nueva cultura de la litigación y un cambio copernicano en la mentalidad* de los “que hacen la justicia”, que en esfuerzos *compartidos* apuntan:

- a la colaboración
- al diálogo
- a la eficacia
- a la utilidad
- a resultados valiosos.

Del Código de los Abogados (del fabricante de “aparente” galantismo), a la *tutela efectiva del consumidor de la jurisdicción*: la persona física o ideal que demanda protección.

El paso, en el último tramo del siglo, al *Código de los jueces*, como fiadores finales, neutrales pero comprometidos con los fines de la justicia. Dicho con otro giro: preocupados por la *efectividad* de la Jurisdicción (mirar la realidad), no por los conceptos ni la abstracción, lógica o rigideces de la construcción doctrinal.

Insistimos: una tutela jurisdiccional *efectiva*, palabra igualmente clave de fines de milenio.

Esquema que se soporta en las dos coordenadas mayores: a) la cooperación; b) la idea fuerza de la solidaridad.

B) Crisis del proceso adversarial clásico

1. Lo anterior nos conduce a enhebrar varios comentarios.

Por de pronto que el eje de un sistema adversarial clásico *circunscrito* en los sujetos, el de Ticio y Cayo, se muda a aquel que reconduce a situaciones colectivas.

Inmediatamente, que el más grueso diagnóstico de nuestras penurias judiciales (sentencias a cuatro años vista), pone asimismo de manifiesto el abuso de la jurisdicción (el servicio desbordado), la disfuncional opción, ante el exceso, por los procesos de índole *sumaria*, la utilización primera y generosa, casi forzada, del proceso cautelar, porfiando por la recepción omnicomprensiva de la medida innovativa como reaseguro contra las demoras y el tiempo muerto del litigio y, además y principalmente, como arma potente para ingresar al proceso en posición *de fuerza negociadora*.

2. Su ilevantable corroboración resalta (entre muchos más) a través de estos datos:

- El salvataje con el proceso urgente, “el ya” (no el después), el amparo.
- La esperanza compensadora de la cautela sustancial que al concretarse en fases preliminares provoca agravios irreparables, anticipo equivalente, por sus efectos, a los de la sentencia de mérito.
- Los intentos de obtener prueba anticipada.
- La inversión de la carga de la prueba.
- La colaboración dinámica en la atención pendular de la gestión probatoria.
- Flexibilidad en la evaluación de la prueba; con gravitantes *matices científicos*.
- La ayuda al juez, para llegar a la certeza moral, mediante sucedáneos o comodines:
 - indicios
 - presunciones absolutas/relativas
 - ficciones legales.
- Las *injunctions* y sentencias mandamentales (derecho brasileño).
- La transparencia y aceleración de la ejecución, al receptarse el proceso monitorio, etc.
- La mirada en pos de la igualación real de posibilidades, en el ejercicio de la defensa; paridad de armas cierta (no etérea promesa).

3. En paralelo todo ello, por caso, con la evolución que raudamente viene experimentando el concepto y filosofía del *contrato*, que igualmente se bifurca en “otros horizontes”:

Del contrato de la soberanía individual al contrato bajo condiciones generales, lo que dibuja *dos paradigmas*: acotados sistemas de respuestas diversificadas y de distintas *políticas jurídicas en la legislación y en la interpretación*.

A mayor debilidad posicional de una de las partes, mayor injerencia externa (del poder de policía).

Entonces, en ese horizonte del contrato *en el marco de las condiciones generales*, se arriba a un haz de pautas y modos de la política de protección de signos peculiares:

- control preventivo
- prohibiciones
- erradicación de la publicidad abusiva, desleal
- representatividad de los daños objetivamente tarifados
- inversión de la carga de la prueba
- derechos —deberes activos— del juez, que es también ciudadano, consumidor y que, contextualmente, tiene sobre todo ello *personal* conocimiento y experiencia vital.

4. Importa igualmente dentro de esta panorámica de *puesta en situación*, que la reacomodación de las piezas obliga a reconocer que en todas las latitudes del campo procesal es donde se dan los corrimientos y flexibilizaciones acordes con esa nueva línea de sentido (cíclica); dogmática y técnicamente las instituciones y la interpretación de ellas, en su dinámica y funcionalidad, juegan *de otro modo*.

a) La *iniciativa procesal del particular* (el principio dispositivo) se amortigua con:

- un nuevo, complejo, más sofisticado y *activo* Ministerio Público
- que debe hacer más cosas, menos burocrático, más enérgico, y *competente*.

b) La conducta en el proceso se nutre con nuevos colores:

- cambio de mentalidad
- buena fe de ejecución
- basamento ético de la consecuencia en y dentro del proceso (lo que también quiere decir en y dentro de la sociedad) [Satta y Denti].

c) Por cierto la incidencia y correcta aplicación en el juego de los buenos principios técnicos

- inmediación
- celeridad
- conciliación
- publicidad
- seguridad *dinámica* (ley 24.283, de desindexación legal)
- formas flexibles
- preclusión razonable (no absoluta)
- cosa juzgada (que es también un concepto político), no cerrada ni rígida.

La plataforma de sustentación, qué duda cabe, es la *inmediación* y una presencia predominante de la *oralidad*, cuya concepción no es una simple abstracción teórica.

5. El bastión del juez tampoco se fuga a la "discrecionalidad" sino, inteligentemente, a una *libertad razonada controlable*, y a un balance prudente de contrapesos interiores que se asegura en una red de avance y contención: *iura curia novit*; activismo interpretativo; reglas modernas de la sana crítica, que lo instalan en otro registro en el que debe privar el *equilibrio*: congruencia, correspondencia, mantenerse en lo suyo, poderes expresos e implícitos, más los inherentes; una adecuada, prolija y completa motivación de los fallos, susceptibles, a su vez, de amplia y rigurosa posibilidad de impugnación seria, razonada (la doble instancia y una casación funcional e impulsora de las adaptaciones útiles).

6. Así se orchestra el conjunto cuya tendencia es a favor del acceso, del ensanchamiento de las legitimaciones (pro acciones, pro jurisdicción), mas con razonabilidad, y cuya correa de transmisión no es otra que la *interpretación teleológica o finalista*.

Los operadores jueces, con el auxilio de la doctrina, materializan la presencia y la prestación de la Justicia legítima del Poder Jurisdiccional (en las circunstancias concretas del caso); el Servicio recobra su imagen y la gente vuelve a confiar en su rol insustituible y social.

En la síntesis, el foco que ilumina el conjunto es el de la *socialización del proceso*.

7. Llegamos a esa frontera a partir de un litigio de rostro más humano (Gante, 1977), de visión equilibrada (Utrecht, 1983) y más eficaz

(Wüzburg, 1987) en donde resplandece la luz solar de la Constitución y los Tratados Internacionales en el espectro cada vez mayor de las Libertades Fundamentales. El juez —siempre el juez— debe comportarse —repiteámoslo— como el *verdadero artífice de una justicia realista, flexible, de resultados efectivos*. Es a él —al igual que a los demás operadores— que le concierne la recta y rendidora prestación del Servicio.

En síntesis: *pensando más en la justicia de los resultados que en la técnica del proceso.*

VI. El deber de colaboración

a) Acerca del principio de *colaboración* en el proceso importa señalar muy destacadamente que él es hoy considerado por la doctrina como un verdadero “componente” del proceso justo, de juego decisivo e importante inspirador de la moderna disciplina procesal y sobre el cual es mucho lo que puede razonarse (11).

El derecho procesal necesario debe navegar en esas aguas de una *colaboración constante y efectiva* de los sujetos procesales, como quiera que su ausencia o un modo retaceado de prestársela conspira contra los fines *públicos* de la jurisdicción (12).

b) Es más, si reparamos en el deber de colaboración procesal en el proceso civil por audiencias, deviene imprescindible consignar que las cosas de la Justicia son serias y de repercusión social decisiva, que no podemos mirar hacia un lado y *dejar de hacer lo que es debido*. Que los

(11) CHIARLONI, S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, en “Riv. Tri. Dir. Proa. Civ.”, p. 578, 1987, GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, “Riv. Dir. Proc.”, p. 580 y sigtes., 1966; DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, en “Riv. Dir. Proc.”, p. 226, 1968. recientemente ORIANI, en *Dig. Discipline privatistiche*, secc. civ. VII, p. 310, Torino, 1991, citados por GRASSO, Eduardo, *Note sui poteri del giudice del nuovo processo di cognizione im primo grado* (que forma parte de los *Estudios en honor de Vittorio Denti*, “Riv. di Dir. Proc.”, N° 3, 1992, pp. 711-730, la cita en p. 713, nota 3.

(12) Nos hemos ocupado de ello con el Dr. Mario E. Kaminker, en una muestra concreta —y de incalculables beneficios aun lograra de manera coactiva—, en el estudio *El deber del deudor de información patrimonial en el proceso de ejecución*, “E.D.”, N° 8475, 13 de abril de 1994.

Ver, asimismo, de PEYRANO, Jorge W., *Medidas urgentes y medios para asegurar la efectividad de la sentencia*, en “XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal”, La Plata, 24 al 27 de abril de 1994 (que reúne a la totalidad de los Informes Generales y los Relatos Argentinos), pp. 267-297, La Plata, 1994, en especial pp. 279, 292 y sigtes. MORELLO, Augusto M. y KAMINKER, Mario E., *La colaboración en el proceso civil*, “E.D.”, 25 de julio de 1994.

resultados útiles (más rápidos, menos costosos, de consecuencias más eficaces en sus manifestaciones reales) de la Jurisdicción nos atañen; que como ciudadanos (no ya como partes, principales o no, o auxiliares y vinculados al proceso en sí) tenemos (hay un deber explícito) que colaborar para que *efectivamente*, la sentencia y su mandato se cubran de esa legitimación social porque llegó en el momento que correspondía y su mandato hizo justicia (13).

Es que el fastidio actual que suscita en la gente el perezoso y disfuncional litigio civil de estas horas, de tan pobres y demoradas ofrendas, provoca su repudio y el uso alternativo de *otras vías* y mecanismos de solución —y pacificación— de conflictos.

Una suerte atípica de la ley de Gresham, pero de vigencia sociológica, que ya se va insinuando en el horizonte argentino, con rangos cada vez más acusados (14).

Porque de lo que se trata —y al cabo cuenta— es de definir el proceso de forma total y en lo hondo, es decir dando la mejor (posible y razonable) *solución al conflicto*.

Queremos señalar prestando atención no sólo a los expedientes y trámites, sino al material vital y doloroso del litigio; y sin, al mismo tiempo, dejar de ver al juzgado como empresa de servicio (pasa por ella la relación costo/beneficio) (15). Muchas veces habrá que aceptar la anticipación de la decisión (=condena) *sin alterar la garantía de la defensa, ni el proceso justo, porque el innecesario consumo del tiempo normal* (según su congénita demora actual) importaría frustrar la justicia en el caso.

No por nada, la existencia de un estado de opinión consciente de la significación del juez en el marco de un Servicio de Justicia con imagen positiva, partícipe forjador de los "buenos" resultados de aquél, que le atañe alcanzar de modo *principal*. Y no por nada, también, el conven-

(13) MORELLO, Augusto M., *El derecho procesal necesario*. Doctrina judicial 1993-2, p. 993, *idem*. *El moderno derecho procesal* (primera parte), La Ley, 10 de mayo de 1993 (segunda parte) en "J.S. Revista de Doctrina y Jurisprudencia de la provincia de Santa Fe", N° 3, noviembre de 1993, p. 23.

(14) Ver el interesante ensayo de THOMPSON, Roberto, *La ley de Gresham y sus implicancias sobre la convertibilidad*, "E.D.", N° 8445, 28 de febrero de 1994.

(15) Cfr. en cambio, lo que apuntamos en *Definición del proceso sin solución del conflicto. Las ocupaciones ilegítimas de viviendas, la respuesta de la Justicia y la dimensión social del problema*, "E.D.", N° 8342, 4 de octubre de 1993.

cimiento de que la mejor garantía de un correcto desempeño funcional del conjunto de la magistratura finca en su acertada selección (reclutamiento) inmunizada de los vaivenes políticos (de allí que se ha expresado que el acto más importante del Presidente de la Nación es saber designar los buenos jueces de la Corte Suprema).

VII. El proceso que viene

Las reflexiones que preceden llevan a las siguientes conclusiones.

A) Entre el viejo y el nuevo proceso civil cabe el esperanzado lanzamiento a ese futuro que ya es hoy.

Eran como continentes mutuamente desconocidos que nos incitan a explorar y “colonizar” el otro, liberándonos de un anacrónico territorio procesal *enclaustrado en su propia rigurosa trama formal y en la tradición de su pasado*; en un encierro *que se repite a sí mismo*, amurallándose en las explicaciones que se perpetúan sin otra imaginación que la de los ajustes circunstanciales, que ahogan la espontaneidad. Ajeno a los resultados —nada estimulantes— los cuales dejan cada vez más disconformes que indiferentes a los consumidores, quienes están situados afuera de las teorías y explicaciones *que no comprenden*, pero adentro de las consecuencias de la *disfuncionalidad de la Justicia*.

B) Con mirada retrospectiva, creemos también con coherencia, venimos pensando desde el inicio de los años '60 que las ideas del texto que maduraron en el Proyecto para la Provincia de Buenos Aires (Mercader, Sentís Melendo, Palacio y quien escribe, 1961-1966) iban ganando predicamento pero de manera muy lenta ante las resistencias de muchos estudiosos y de la comunidad forense adscriptos con delectación a un modelo marcadamente escrituralista.

Nunca estuvimos apegados, sin embargo, a un criterio excluyente de la oralidad sino *predominante* (hay actos como la demanda y el escrito en que se deduce el recurso extraordinario que, incuestionablemente, cobran identidad específica en la reflexión escrita). Y confiando en el rol decisivo de la intermediación y concentración. Los vientos, sin embargo, continuaron soplando en otra dirección y recién ahora, muchos que no quisieron quebrantar aquella predilección por el todavía vigente esquema tradicional, terminan enrolados “en la oralidad”, lo que no es sino lógica derivación ante los resultados probados de la experiencia de nuestra litigación civil.

El proceso escriturario en vigencia ha mostrado su caducidad.

C) Vislumbramos un paisaje *diférente*, que nos seduce y nos colma de incógnitas y desafíos, en la búsqueda de un urgido afán de modernidad y “de otras cosas” más accesibles y *útiles*, que más tarde o más temprano habrán de sustituir a lo que —con rotunda evidencia— un juicio objetivo y severo de lo dado evalúa como agotado y sin respuestas.

D) Todo ello invita al derecho *instrumental* a encontrarse con su destino, porque (los procesalistas) comparten *ahora*, como diría Octavio Paz, “otras antipatías y admiraciones”, o aun mejor, están dispuestos a intentar asumir de otro modo la *reconciliación de las oposiciones* (tal escritura/oralidad) y las contradicciones (demora/celeridad), queriendo apresar dos mundos separados, real o aparentemente, en una *unidad esencial*, en tanto se comunican e influyen. Que en permanente simbiosis, están unidos por “el fluido” vital de materializar la justicia en esa convocante controversia concreta. Y en cuyo trámite deben convivir —respetándose— los contrarios, para con gesto más humano, menos formal, poder arribar a un desenlace vivo y limpio, que recorte los derechos sin remordimientos y si sueños. Mostrar el objeto de la causa con la “veracidad del retratista” y la sensibilidad de quien vive el sentimiento de lo justo (16).

E) El juez es así un “esclavo” de un conjunto de reglas de la lógica y de la experiencia, *que no ignora*, y aplica cotidianamente, aun sin reparar en ello (como Monsieur Jourdain que escribía en prosa sin saberlo), pero que no se conforma ni se limita a valerse sólo de “esa lógica”.

Un pensamiento más pragmático y sensible a las consecuencias que se sigan del proceso según formas despojadas de innecesarios ornamentos que deberán saber captar la realidad y llevar la nave a buen puerto.

F) De intentar una síntesis, ya en el dintel de la nueva centuria, osaríamos apuntar que la renovación del proceso civil se expresa a través de varias concurrentes manifestaciones, de entre las cuales asignamos importancia a las siguientes: a) la recuperación dinámica del “indisoluble ligamen entre el derecho sustancial y el procesal”, bajo la decisiva luminosidad que irradian las guías de la Constitución Nacional —en el favor de una reformulación del proceso justo, centrado en el reconocimiento sucesivo de legitimaciones de obrar “extraordinarias” y dispuesto a posibilitar un adecuado y democrático acceso a la jurisdicción, sin el ahogo de un infecundo y absorbente galantismo sólo formal— y de los Tra-

(16) MORELLO, Augusto M., *La concepción de John H. Ely en el núcleo de las coincidencias básicas de la reforma constitucional. El Consejo de la Magistratura*, “J.A.”, semanario N° 5887, 29 de junio de 1994.

tados internacionales cuyos principios profundizan el “valor primario de la efectividad de la tutela jurisdiccional” (17).

Organizándose su sistemática: estructura, tiempos, coordinación, funcionalidad y resultados útiles (eficaces) sin capitular frente a las sobrecargas de conceptos y doctrinas de fuerte sabor teórico y abstracto (18). Todo lo cual se monta en el eje de un activismo judicial controlable (merced al ejercicio activo de poderes-deberes amplios y una inteligente interpretación creativa y teleológica), lo que permite acordar primacía a los valores que la comunidad privilegia en dimensión social y contextual: la paz, la seguridad jurídica y la justicia (19).

Cuando cruzamos ya la frontera milenaria, ¿tendremos el atrevimiento o las agallas para quebrar la rutina y asumir el reto? (20). ♦

(17) Las expresiones entrecomilladas pertenecen a PROTO PISANI, Andrea, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale*, en AA.VV., “Estudios en honor de Vittorio Denti” (publicación N° 74, de la Universidad de Pavía), Cedam, 1994 (3 volúmenes); vol. 3°, pp. 419-438, la cita en p. 420, N° 1.

(18) Bien enseñaba Piero Calamandrei, que “el estudio del proceso es estéril abstracción si no es también el estudio del hombre vivo”. En ese numen se construye —debe construirse— la nueva cultura jurídica de los justiciables y básicamente de los operadores encargados —ese es el prístino *norte* y no otro— de *hacer justicia* en cada causa concreta.

(19) Reenviamos a *El proceso justo*, Platense, Abeledo-Perrot, 1994, *passim*.

Como acota Proto Pisani para su Italia, pero que es válido para lo acontecido entre nosotros, las conquistas —muchas de ellas notables— de la ciencia del proceso con “inconmensurables clases de sugerencias” no estuvieron acompañadas, sin embargo, por las imprescindibles —reclamadas por la gente [los justiciables] de manera cada vez más intensa— adaptaciones y superación en las legislaciones procesales civiles, de suerte que aquellos avances teóricos (en Italia durante las tres primeras décadas del siglo; entre nosotros en los años '40 y '50) no merecieron inteligente réplica por cierto, en el *derecho vivido*, pues la *praxis*, con disfuncionalidad, continúa arrastrándose sin pena ni gloria en los tramos finales del siglo “presentando un grado elevadísimo de estaticidad” [“presentaba un tasso elevatissimo di staticità”].

PROTO PISANI, Andrea, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto processuale*, en AA. VV., “Estudios en honor de Vittorio Denti” (publicación N° 74 de la Universidad de Pavía), Cedam, 1994, vol. 3°, pp. 421-438; la cit. en p. 422, N° 2.

(20) En compendio: no podemos seguir sólo “con la tiza y el pizarrón” (Juan Ramón Bueno Jaral). Tenemos necesidad —imperiosa necesidad— de una superación global a partir de la reconstrucción de la ética de la sociedad; y de muy clara y determinante evidencia: que esa misma sociedad se ha adelantado al proceso judicial; que siempre alumbran ideas originales porque hay nuevas y tremendas demandas de respuestas judiciales útiles; y por último, pero lo más importante: que no hay obsolescencia mental ni voluntad declinante, en actualizarnos, en desprendernos de lo que ya no sirve, y en asumir la inevitable puesta al día de las cosas de la Justicia.

ARBITRAJE, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y RECURSO EXTRAORDINARIO

POR LINO ENRIQUE PALACIO (*)

I. Naturaleza del arbitraje

1. Entre los diversos problemas que suscita el control de constitucionalidad de las leyes y de otras normas o actos de gobierno, figura el concerniente a la posibilidad de que, en un laudo dictado por árbitros de derecho (*árbitros iuris*) e inclusive por amigables compondores, éstos se encuentran o no habilitados para declarar la inconstitucionalidad de una norma invocada por alguna de las partes.

2. Desde ya se percibe que la respuesta a ese interrogante se halla íntimamente vinculada con la verdadera naturaleza del arbitraje, y a cuyo respecto la doctrina se ha escindido, fundamentalmente, en dos direcciones a las que cabe denominar contractualista y jurisdiccionalista.

La primera de ellas —mantenida en la doctrina extranjera por Mattiolo (1), Alfredo Rocco (2), Chiovenda (3), Satta (4), Garsonnet y

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Lino E. Palacio en la Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada extraordinaria del 4 de agosto de 2003.

(1) *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5ª ed., t. I, p. 618, Torino, 1892.

(2) *La sentenza civile*, p. 39, Torino, 1906.

(3) *Principios de derecho procesal civil* (traducción Casais y Santaló), t. I, p. 143, Madrid, 1922.

(4) *Diritto processuale civile*, 5ª ed., p. 364, Pádova, 1957.

Cezar-Bru (5), y en la doctrina nacional por Lascano (6), Podetti (7), Amaya (8) y Zavala Rodríguez (9)— presenta flancos débiles en cualquiera de sus manifestaciones (10).

No resulta por lo pronto aceptable calificar a los árbitros como *mandatarios comunes* de las partes, por la sencilla razón de que el contenido del laudo no importa en modo alguno la ejecución de instrucciones impartidas por aquéllas, sino que constituye una decisión unilateral e imperativamente adoptada por los árbitros, lo que demostraría que los poderes de los supuestos mandantes (las partes), resultarían en definitiva inferiores a los poderes de los hipotéticos mandatarios (árbitros o amigables compondores) (11).

No menos conveniente resulta la equiparación del arbitraje a un contrato de *locación de obra o de servicios*, por cuanto la obtención de la justicia a la que se aspira mediante al dictado del laudo arbitral trae apare-

(5) *Traité théorique et pratique de procédure*, t. VIII, p. 485, París, 1904.

(6) *Jurisdicción y competencia*, p. 149, Buenos Aires, 1941.

(7) *Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza interpretado por los tribunales, anotado y concordado*, t. III, p. 271, Buenos Aires, 1938.

(8) *Juicio arbitral*, Córdoba, 1968.

(9) *Código de comercio y leyes complementarias comentado y concordados*, t. I, p. 560.

(10) Últimamente esta corriente doctrinaria fue reivindicada en un voto del doctor Adolfo Vázquez, quien con motivo de la causa "Blanco, Guillermo y otro c. Petroquímica Bahía Blanca" (El Derecho, t. 174, p. 287, con un comentario de Jaime Luis Anaya y del suscripto), se pronunció en el sentido de que el arbitraje tanto voluntario como impuesto legalmente a los particulares para permitir la dilucidación de conflictos de intereses especiales, revisite carácter negocial y contractual, pudiendo considerársele como un tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio. Expresó asimismo que lo que se sustituye por los particulares es la sentencia, pero con la diferencia de que su función es privada y no pública, pues carece de los poderes jurisdiccionales.

(11) Cfr. BARRIOS DE ANGELIS, *El juicio arbitral*, p. 85, Montevideo, 1956. En un fallo de la Ex Cámara Civil Primera de la Capital Federal (J.A., t. 19, p. 200). Alfredo COLMO, puntualizó, con indudable acierto, "que los árbitros no son mandatarios de las partes: son sus jueces", y agregó que "en un sentido muy amplio podrá verse un mandato en el árbitro, en cuanto se da mandato a éste para que juzgue. Pero ese mandato no es el del art. 1869 y sigtes. del Código: el árbitro no representa a quien lo nombró, sino a la justicia del derecho de éste; no es un representante, sino un funcionario y un juez".

gados un conjunto de poderes, deberes y cargas difícilmente conciliables con la simple ejecución de la obra o la prestación del servicio necesariamente involucrados en las mencionadas categorías contractuales.

No es tampoco aceptable la tesis expuesta por Jaime Guasp (12), seguida en nuestro país por Zavala Rodríguez (13) en el sentido de que corresponde incluir al arbitraje dentro de la categoría de los denominados "contratos de solución", que son afines, por ejemplo, a la decisión de disolver o liquidar una sociedad, pues el laudo arbitral con el que concluye el arbitraje no implica la desaparición de las relaciones jurídicas existente entre las partes que celebran el compromiso e incluso puede estar destinado a mantener, no a eliminar, tales relaciones, cuando aquéllas aspiran a obtener una declaración de certeza relativa a la interpretación o al alcance de una o más cláusulas contractuales.

3. En línea con el criterio que atiende, no a las formas o a los órganos que la ejercen, sino a la *esencia* de la función arbitral, la mayoría de los autores, en la actualidad, y ya en la segunda década del siglo pasado, se halla decididamente enrolada en la tesis jurisdiccionalista. Entre ellos, adhieren a ella, en la doctrina europea, Mortara (14), Galante (15), Fedozzi (16) y Zanobini (17), en tanto que en la doctrina argentina se orientan en idéntica orientación Alsina (18), Jofré (19), Ayarragaray (20),

(12) *El arbitraje en el derecho español*, p. 85, Barcelona, 1955.

(13) *Op. cit.*, p. 560.

(14) *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, t. III, p. 51, Milano, 1923; *Manuale della procedura civile*, t. II, p. 592, Milano, 1929.

(15) *Diritto processuale civile*, 2da. ed., p. 104, Napoli, 1910.

(16) *Dell' arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, p. 166, Palermo, 1908.

(17) *L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici*, n 144, Milano, 1920.

(18) *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2ª ed., t. VII, p. 51, Buenos Aires.

(19) J.A., t. XI, p. 158.

(20) *Naturaleza del proceso arbitral*, en *La Ley*, t. 137, p. 968.

Colombo (21), Fernández (22), Anaya (23), Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce (24), Ottolenghi (25), Reimundin (26) y Clariá Olmedo (27).

4. La circunstancia de que los árbitros y amigables componedores carezcan de la potestad de imponer coactivamente el cumplimiento de sus decisiones, vale decir del *imperium* que es, a su vez, comprensivo de la *coertio* y de la *executio*, comporta por lo pronto un argumento visiblemente ineficaz para desconocer la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Por una parte, en efecto, los árbitros y arbitradores poseen atribuciones para decidir, como lo dispone el art. 736 del Cód. Procesal y la totalidad de los códigos provinciales, "toda cuestión entre partes", con la sola excepción de aquellas que no pueden ser objeto de transacción (Cód. Procesal, art. 737), de modo que, fuera de ese marco, la actividad que aquéllos cumplen resulta esencialmente identificable con la fundamental que ejercen los órganos judiciales, que es el *iudicium*, es decir la potestad de juzgar y componer conflictos. Como bien destacaba Colmo en la sentencia recordada en la nota 10, los árbitros "son jueces privados sustituidos a los jueces legales que tienen, en su caso, los mismos caracteres esenciales de éstos e idénticas funciones y potestad". También Morello ha aludido a una justicia privada paralela a la justicia estatal (28).

(21) *Código procesal civil y comercial de la Nación anotado y comentado*, t. IV, p. 821.

(22) *Derecho procesal civil*, t. I, p. 618, Buenos Aires, 1955. También en FERNANDEZ-GOMEZ LEO, *Tratado de Derecho Comercial*, t. I, p. 132.

(23) En el trabajo mencionado en la nota 10.

(24) *Códigos procesales civil y comercial y de la Provincia de Buenos Aires y la Nación, comentados y anotados*, t. IX, p. 486.

(25) *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral*, en *Revista de Derecho Procesal* (A), 1943-I, p. 154.

(26) *Derecho procesal civil*, t. I, p. 91, Buenos Aires, 1956.

(27) *Derecho procesal civil*, t. I, p. 208, Buenos Aires, 1982.

(28) En *El Derecho* del 13 de agosto de 2002. También en *La adecuación del contrato*, p. 114, La Plata, 1994. Ver también MORELLO y KAMINKER, en *Contribución a la reforma del proceso arbitral*, en *El Derecho*, t. 173, p. 883, donde expresan que "constitucionalmente, no se presta la justicia únicamente como modalidad monopólica del estado", porque "a través de esos métodos diferentes (aluden a la mediación, la conciliación y el arbitraje) también se resuelven, componen, arreglan o disuelven los conflictos y las controversias".

De allí que se preste a serios reproches el argumento invocado por el ya citado voto del doctor Vázquez (29), conforme al cual el arbitraje importa “una renuncia a la jurisdicción por los particulares”, pues al margen de que el propio Estado puede, en determinadas condiciones, someterse a aquél, tal renuncia es sólo comprensiva de la jurisdicción *judicial*, pero no de la función jurisdiccional *lato sensu* (30).

Por otra parte, es a todas luces cuestionable la afirmación de que los árbitros carecen de jurisdicción por cuanto “la función del laudo es esencialmente declarativa” (31).

Más allá, en efecto, de que la función judicial puede también agotarse en una declaración de mera certeza frente al caso de que medie “un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica” (Cód. Procesal, art. 320) y de que tal función reviste carácter jurisdiccional en tanto tiende a componer el conflicto derivado del perjuicio que la incertidumbre genera a una de las partes, la referida afirmación olvida que los árbitros y arbitradores se hallan habilitados para dictar laudos de *condena*, cuya *ejecución* deberá requerirse a un juez estatal, ante quien debe asimismo observarse un procedimiento específicamente reglado por el Código Procesal y por todos los ordenamientos procesales vigentes en nuestro país.

5. En síntesis: el laudo arbitral participa de la *obligatoriedad* que caracteriza a los actos de autoridad, no pudiendo asimilarse ese atributo al que también exhibe el negocio jurídico, por cuanto el laudo no es emitido por los árbitros en calidad de partes, sino de terceros a quienes el ordenamiento jurídico otorga, con la condición de que se cumpla una declaración de voluntad exteriorizada en el acto del compromiso, la función pública consiste en dirimir un conflicto o controversia (32). Y como los

(29) En el fallo de la CS citado en la nota 10.

(30) A propósito de lo cual vale recordar que la Corte Suprema alude constantemente a la improcedencia del recurso extraordinario respecto de decisiones adoptadas “en el ámbito de la jurisdicción arbitral libremente pactada por las partes” (Ver, entre otros, Fallos: 247:312; 296:230; 302:1280, etc.).

(31) Alude a tal conclusión, que no comparte, REIMUNDIN, *op. cit.*, p. 92.

(32) ROCCO, Ugo, *op. cit.*, p. 89. En sentido similar ZANOBINI entiende que los poderes decisorios conferidos a los árbitros a través del compromiso —que es un caso de encargo

poderes decisorios de los árbitros emanan de la ley, resulta sin duda intrascendente que éstos no actúen “en función de soberanía” (33), o que sus servicios—como ocurre en el arbitraje “ad hoc”—sean remunerados por las partes en tanto la solución contraria no configura un elemento característico de la actividad jurisdiccional (34).

II. El sistema argentino de control de constitucionalidad

6. Es sabido que, en nuestro país, el control de constitucionalidad reviste carácter *difuso o desconcentrado*, porque no existe un “fuero constitucional” especializado en esa materia, y al cual es menester remitir necesariamente la decisión de cualquier cuestionamiento de inconstitucionalidad articulado en una causa radicada ante un tribunal ordinario (35).

Por consiguiente ni la Corte Suprema ni los tribunales del fuero federal monopolizan el control de que se trata, pues aquélla lo ejerce, salvo en los casos de jurisdicción originaria y exclusiva, sólo en el más alto nivel jurisdiccional a través de la vía prevista en el art. 14 de la ley 48 (Adla, 1852-1880, 364) o del recurso ordinario de apelación (que absorbe a aquélla), y si bien la justicia federal tiene competencia exclusiva e improrrogable para conocer y decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes federales (Constitución Nacional, art. 100), tal circunstancia no excluye la posibilidad de que en una causa

judicial—constituyen poderes públicos derivados de la ley y no de los compromitentes, cuyo acuerdo funciona únicamente como presupuesto para conferir ex lege el mencionado tipo de encargo (“L'esercizio privato delle funzione e dei servizi pubblici”, n° 144, Milano, 1920).

(33) Según lo destaca IBAÑEZ FROCHAM, (*La jurisdicción*, p. 177, Buenos Aires, 1972).

(34) ALSINA, *Tratado*, cit. t. VII, p. 52.

(35) SAGÜES, *Recurso extraordinario*, 3ª ed., t. I, p. 106, Buenos Aires. A propósito de este sistema es del caso advertir que el tema constitucional reviste el carácter de una verdadera cuestión prejudicial, pues cuando la decisión de la causa depende de la definición de aquélla, se está frente a un supuesto de suspensión necesaria del proceso originario hasta tanto la Corte Constitucional se expida. Tal suspensión, por otra parte, puede verificarse en cualquier grado y estado del proceso (incluso en casación), aunque dicha contingencia se atenúa por la facultad discrecional del juez en el sentido de declarar “manifiestamente infundada” la excepción de ilegitimidad constitucional, o bien frente a la hipótesis de que el juez o tribunal de mérito considere que la causa puede resolverse por aplicación de una ley distinta a aquélla cuya legitimidad constitucional fue planteada (CALAMANDREI, *La legitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, en “Estudios sobre el proceso civil” [trad. Sentís Melendo] t. III, p. 21.)

que se tramita ante un tribunal de provincia se suscite inicialmente un tema constitucional, cuya decisión incumbe a ese tribunal.

De allí que la Corte, en el juicio "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo" expresara (Fallos, 33-194) en relación con el primero de esos aspectos:

"Es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella".

Y respecto del segundo de los aspectos precedentemente recordados, en un caso en el cual un tribunal de provincia dispuso abstenerse de emitir decisión acerca de un tema federal dijo la Corte (considerando 4):

"Que, a partir de la sanción de la ley 48 —arts. 14 y 15—, la circunstancia de que en una causa radicada ante un tribunal provincial se haya propuesto una cuestión federal, no justifica que un juez provincial que no declara su incompetencia, la remita al juez nacional de sección, luego de resuelto el caso, a los fines de la decisión originaria del punto federal del pleito. Ello es así porque todos los jueces, *de cualquier jerarquía y fuero* (énfasis agregado), pueden interpretar y aplicar la Constitución y las leyes de la Nación en las causas cuyo conocimiento les corresponde —Fallos: 149—122 y otros— sin perjuicio de los recursos a que pueda haber lugar, incluso el extraordinario" (36).

7. De lo dicho se deriva que conforme al régimen de control judicial vigente en nuestro país quienes lo ejercen son, predominantemente, tribunales de justicia, cámaras de apelaciones y juzgados cuyos titulares deben tener el título de abogados, de modo que dicho control, entre otras características que lo distinguen, es predominantemente *letrado* (37).

Pero ese principio no descarta la posibilidad de que el control de que se trata, en virtud de su amplitud, sea también ejercido por jueces legos,

(36) Fallos: t. 254, p. 437.

(37) SAGÜES, *op. cit.* p. 109.

como eran los jueces de paz que funcionaban, con anterioridad a su provincialización, en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, y como lo son todavía los que forman parte del organigrama judicial de algunas provincias argentinas.

Aunque este tipo de jueces tienen también el deber de ejercer el control de constitucionalidad, la experiencia acredita que rara vez esa atribución se concreta, circunstancia que obedece, entre otras razones, a la escasa significación de los asuntos que habitualmente se sustancian ante aquéllos; a la reducida intervención, en esas causas, de profesionales del derecho; a la deficiente cultura jurídica de los jueces legos y a la mínima trascendencia social de los fallos que dictan (38).

Las precedentes consideraciones revisten empero marcada importancia en función de lo que luego se dirá acerca de una de las modalidades que presenta el arbitraje.

8. Demostrado que los árbitros —sean de derecho o de equidad— ejercen funciones jurisdiccionales y se encuentran habilitados para dirimir cualquier tipo de controversias que versen sobre derechos disponibles, cabe preguntar si, dentro de ese marco, tienen atribuciones para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes o de otros actos de gobierno involucrados en los casos concretos sometidos a su decisión, y aun cuando las partes hayan renunciado a los recursos judiciales.

No existen a mi juicio razones válidas que se opongan a la respuesta afirmativa, y las que habitualmente se esgrimen en sentido contrario carecen de todo respaldo en el ordenamiento jurídico vigente.

En primer lugar si, como se ha destacado, el laudo emitido en el juicio arbitral goza de evidente aptitud para adquirir eficacia de cosa juzgada, la tesis negativa conduciría a la conclusión —manifiestamente errónea— de que si una cuestión constitucional articulada en el trámite de dicho juicio no fuera decidida por los árbitros mediante el solo argumento de su incompetencia para hacerlo, aquélla no podría ser materia de pronunciamiento en un proceso posterior tramitado ante los jueces estatales.

(38) SAGÜES, *op. cit.*, p. 110.

También se ha hecho hincapié en el carácter de orden público que cabe atribuir a la normativa constitucional, argumento que resulta desechable no bien se repara en el hecho de que el laudo se halla desprovisto de efectos fuera del contexto del caso específico que se resuelve, según acontece, por lo demás, con una sentencia dictada por un juez o un tribunal estatal, y de que, como es obvio, carece de todo efecto vinculante como lo pueden tener la doctrina legal establecida por un tribunal de casación y menos aún de la autoridad moral que se asigna a los precedentes de la Corte Suprema en materia constitucional (39).

En virtud, asimismo, de que la Constitución Nacional configura el fundamento de validez de la totalidad de las normas jurídicas vigentes, con prescindencia de la naturaleza de las relaciones o situaciones jurídicas que regulan, no comporta óbice a las precedentes conclusiones la circunstancia de que los tribunales arbitrales tengan circunscripta su competencia a las cuestiones que pueden ser objeto de transacción, por cuanto los preceptos que conceptualizan ese género de cuestiones son válidas en tanto se adecuen, en su contenido y forma de creación, a las normas constitucionales. Demás está agregar que la declaración de inconstitucionalidad debe ser utilizada por los árbitros (de la misma manera que por los jueces estatales) con la mayor mesura, teniendo siempre en cuenta que tal pronunciamiento debe ser considerado como la última *ratio* del orden jurídico, de modo que, en la duda, habrá de estarse por la constitucionalidad (40).

9. Apenas falta agregar que la atribución de que se trata pertenece tanto a los árbitros de derecho como a los amigables componedores, resultando irrelevante el hecho de que estos últimos deban fallar —como lo dispone el art. 769 del Cód. Procesal y normas provinciales concordantes— “según su saber y entender”.

Esta expresión normativa no debe empero entenderse en el sentido que los arbitradores estén facultados para prescindir de aplicar las normas jurídicas y, por ende, la ley fundamental, de modo que si el tribunal se compone de abogados y de otras personas carentes de ese título, la decisión de las causas debe tener como fundamento —como se expuso

(39) MORELLO, *op. cit.* en la nota 28.

(40) CS, Fallos: 315-923; 312-2315, sus citas y otros.

en el prólogo que encabeza el Reglamento del Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio— en “el leal saber y entender de letrados, vale decir que deberán integrarse con el saber y entender de hombres versados en derecho” o, según lo dispone el art. 633 del Código de Córdoba, en “razones de equidad (*ex aequo et bono*) moderando, según las circunstancias, el rigor de las leyes”.

Cabe por lo demás destacar que, en la mayor parte de los casos hasta ahora resueltos, dicho Tribunal se ha pronunciado expresamente en el tema de que se trata, en asuntos de equidad, sea a través de la resolución de excepciones de incompetencia o de laudos en uno de los cuales, por ejemplo, declaró la inconstitucionalidad de la aplicación retroactiva del decreto 704/2002 (Adla, LXII-C, 2934) —relativo al pago en moneda extranjera realizado con fondos del exterior— en tanto afectaba, en desmedro del art. 17 de la Constitución nacional, una transacción en la cual, con anterioridad, se pesificó, sin reservas, el pago del saldo de precio de un paquete accionario (41).

III. El recurso extraordinario

10. De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, en tanto el arbitraje voluntario implica una renuncia a la jurisdicción judicial en cuya cúspide se encuentra ese alto tribunal, es inadmisibles el recurso extraordinario deducido contra el laudo arbitral (42).

En razón de que tal doctrina es aplicable incluso ante el caso de que los árbitros hayan resuelto una cuestión constitucional, no cabe compartir la opinión conforme a la cual el recurso extraordinario sería admisible frente a la hipótesis de producirse graves errores o arbitrariedades en

(41) V. R. M. c. S. del 08/04/03.

(42) Fallos, 255-13; 274-323; 298-230; 305-1365 y otros. La solución difiere, naturalmente, en los casos en que se trata de un arbitraje obligatorio o se cuestiona la constitucionalidad de éste.

(43) Como lo entiende MORELLO, *op. cit.* en la nota 28. Asimismo, en el caso “Meller Comunicaciones S.A. UTE c. ENTEL (LA LEY, 2003-B, p. 905), mientras la mayoría de los ministros de la Corte desestimó la queja por denegatoria del recurso extraordinario deducido contra la decisión del Tribunal Arbitral de Obras Públicas con fundamento en la irrecorribilidad judicial de aquélla conforme a lo dispuesto en los arts. 7° de la ley 12.910, 6°, 7° y 8° del decreto ley 11.511/47, su aclaratorio 4517/66 y en el decreto 1098/56, así como en el precedente de Fallos: 322:298 y sus citas, la minoría integrada por los doctores Fayt,

el pronunciamiento o a un supuesto de gravedad institucional (43). Corresponde, por consiguiente, acordar primacía a la voluntad de las partes que dispusieron, libremente, la renuncia a la intervención de un órgano judicial, cuya jurisdicción concluye con la que ejerce la Corte Suprema, aunque cabría eventualmente acceder al alto tribunal contra la sentencia judicial dictada con motivo de un limitado recurso de nulidad, cuya deducción es irrenunciable (Cód. Procesal, art. 760), o con la recaída a raíz de la acción de nulidad prevista contra el laudo de los amigables componedores (id. art. 771). ◆

Petracchi y Belluscio se pronunció en sentido contrario apoyándose en el raciocinio consistente en que dicho Tribunal ejerce una jurisdicción arbitral obligatoria en la medida en que si bien la sumisión a aquélla es voluntaria para el contratista no lo es para el Estado Nacional, quien se ve compelido al arbitraje por su contraparte. Tal conclusión adolece de error en tanto omite ponderar el hecho de que el propio Estado Nacional otorgó, en el caso, carácter voluntario al arbitraje, razón por la cual, precisamente, se declaró, en el citado precedente de Fallos: 322:198, que carece de legitimación para cuestionar ese régimen.

ÉTICA DE LOS JUECES. ANÁLISIS PRAGMÁTICO

POR AÍDA ROSA KEMELMAJER DE CARLUCCI (*)

SUMARIO: I. La importancia del tema. Orígenes. — II. Objetivo de estas reflexiones. Ética práctica. Razones. — III. Ética, deontología y profesiones. Terminología. — IV. Deontología y normas jurídicas. — V. Regular o no regular. Quién regula. Qué efectos tiene la violación de la regulación. — VI. Una o muchas éticas. La ética judicial y las otras éticas. — VII. Los valores específicos en el juez. Dificultad de su enumeración. — VIII. Una regla general. — IX. Un punto de partida derivado de la esencia de la función: la inevitable porción de la discrecionalidad judicial. — X. Los valores específicos de la ética judicial. Independencia e imparcialidad. — XI. El coraje moral para ser independiente e imparcial. — XII. Algunas normas que prestan apoyo a la regla de la imparcialidad del juez. — XIII. Axiología procesal. — XIV. Deontología tribunalcia. — XV. Axiología social. — XVI. Ética, docencia y judicatura. — XVII. El deber ético del juez de pagar sus deudas. — XVIII. La ley de ética pública 25.188 y los jueces. Las declaraciones juradas del patrimonio. Una acordada de la Corte de vías de modificación. — XIX. El deber ético de pagar el impuesto a las ganancias. — XX. Algunas conclusiones provisionales.

Los jueces son, y deben ser, necesariamente, hombres buenos, de alma limpia, sin rencores, ni mala codicia (1).

(*) Comunicación efectuada por la Dra. Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 24 de junio de 2004.

(1) PODETTI, José Ramiro, *El juez y su función*. En: *Poderes y deberes del juez*. Homenaje a J. Ramiro Podetti, Número extraordinario de la Revista de Derecho Procesal. p. 12, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004. En este trabajo, publicado por gentileza de su hijo doctor Humberto Podetti, el autor del Código Procesal de Mendoza traduce las Partidas (3°, Título IV, Ley 3°) de modo no textual; los textos de las partidas se pueden consultar en Colección de Códigos y Leyes de España, publicado bajo la dirección de D. Esteban PINEL y D. Alberto AGUILERA y VELASCO, t. II, ps. 321/322, Madrid, 1865, o en los Códigos españoles concordados y anotados, 2ª ed. Madrid t. III, ps. 37/39, 1872. El autor concreta la afirmación referida traduciendo de un modo no textual.

No es honesto refugiarse dentro de la cómoda frase hecha que dice que la magistratura es superior a cualquier crítica y a cualquier sospecha, como si los magistrados fuesen criaturas sobrehumanas, no tocadas por la miseria de esta tierra y por eso intangibles. Quien se adhiere a esta tonta adulación ofende la magistratura, a la que se honra no con adularla, sino con ayudarla a estar a la altura de sus funciones (Piero Calamandrei) (2).

Sé que no se puede hacer reproches a la Constitución ni tampoco a la Corte Suprema como institución. La única dificultad está en algunos de los seres humanos que forman la Corte (Franklin D. Roosevelt) (3).

I. La importancia del tema. Orígenes

En su obra *La transazione nella giurisprudenza*, Enrico Rotondi cuenta que en la antigua China, los jueces eran cuidadosamente elegidos entre los individuos más malvados e impredecibles con el fin de que ellos generaran el sentimiento de terror en la Justicia y los hombres se cuidasen de recurrir a sus estrados. La tradición occidental a la que pertenecemos es completamente distinta; así, hablando de la corte norteamericana, Steele Commanger dice que "el Tribunal Supremo ha llegado a ser para los americanos lo que la familia real era a los ingleses, el ejército para los alemanes, y la Iglesia a los españoles"; por eso, dado que requerimos hombres probos y predecibles, necesitamos reflexionar sobre la ética; de allí los importantes encuentros, jornadas, congresos, que sobre el tema se vienen celebrando en estos últimos años en muy diversos países del mundo.

En Roma, Italia, en enero de 1999, se realizó un Congreso internacional en honor de Pietro Rescigno bajo el título *Etica y Deontología*

(2) Cit. por GIACOBBE G.; NARDOZZA, M., *Potere e responsabilità nell'ordine giudiziario*, Milano, Ed. Giuffrè, 1996. Epígrafe. La versión completa puede consultarse en El elogio de los jueces escrito por un abogado. Trad. por Conrado Finzi, 3ª ed., p. 256, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1956.

(3) Cit. por BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, p. 37, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984; también por GONZALEZ CALDERON, Juan, *No hay justicia sin libertad*, p. 26, Ed. Víctor P. de Zavallá, Buenos Aires, 1956, quien remite, para la conflictiva relación de la Corte Suprema con Roosevelt a raíz de su política del New Deal, a la notable obra de Samuel Eliot MORRISON y Henry STEELE COMMANGER, *Historia de los Estados Unidos de Norteamérica* (The Growth of American Republic).

Judicial (4); en octubre del año 2000, en Limoges, Francia, se convocó un coloquio al que se llamó "*La ética de la gente de la justicia*" (5); en España, en el año 2003, una universidad española editó un libro, en dos volúmenes, titulado "*Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*" (6) que recogió los trabajos presentados en una reunión similar. Durante el año 2004, en la Argentina, al menos dos importantes encuentros trataron la cuestión: en la Universidad Nacional de Buenos Aires se desarrollaron las Jornadas Internacionales sobre Ética Judicial (7), y la Junta Federal de Cortes incorporó el tema en su reunión Anual celebrada en Paraná, en los primeros días del mes de julio.

No desconozco que entre abogados y jueces median diferencias importantes desde que los jueces somos funcionarios públicos y la ética pública presenta especiales particularidades (8). Sin embargo, en mi opinión, la cuestión ética debe ser abordada globalmente, comprendiendo a todos los que participan en la resolución de los conflictos puesto que abogados, jueces, agentes fiscales, auxiliares de la Justicia (9) integramos

(4) Las comunicaciones se publicaron con el mismo título bajo la dirección de Giovanna VISINTINI y Sergio MAROTTA, por la editorial Vivarium, de Napoli, en 2003. La comunicación argentina correspondió a Gustavo BOSSERT, por entonces juez de la Corte Nacional, bajo el título *L'esperienza del mondo sudamericano* (ps. 113/126).

(5) Los trabajos se publicaron bajo el título *L'Étique des gens de justice* (Limoges: Ed. Presses Universitaires de Limoges, 2001). Las jornadas y libros sobre esta cuestión son frecuentes, aunque a veces ponen el acento en algunos de los operadores; así, por ejemplo, en Bélgica se publicó un libro bajo la dirección de Laurent Marlière bajo el título *¿Qué abogado para el siglo 21? (Quel avocat pour le 21^{ème} Siècle. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2001)*; en España, en 1995, se editó una obra que compendia todas las normas relativas a las diversas profesiones jurídicas, incluyéndose las relativas a los jueces (SANTAELLA LOPEZ. *Manual de Ética de las profesiones jurídicas*. Ed. conjunta de la Universidad Complutense y de la Universidad Pontificia Comillas).

(6) Murcia: Universidad Católica San Antonio, Cátedra de Ciencias Sociales, Morales y Políticas, 2003.

(7) Ver síntesis de algunas participaciones en Suplemento del diario *Realidad Judicial*, *La Ley*, 20/09/1994.

(8) Ver RAZ, José, *La ética en el ámbito público*, Trad. por María Luz Melón, Gedisa, Barcelona, 2001.

(9) En la República Argentina no son pocas las quejas contra los secretarios (Compulsar, especialmente, CUETO RUA, Julio C., *Para qué los secretarios*. *La Ley*, 1993-B, 1132); pero, al parecer, se trata de una cuestión generalizada (ver HERNANDEZ GALLEGU,

un sistema que requiere que todos funcionen adecuada y armónicamente. No hay Justicia sin abogados, ni abogados sin jueces que escuchen y resuelvan, ni buen servicio con auxiliares convertidos en verdaderas "máquinas de impedir".

Acepto ese punto de partida, pero advierto que este artículo se referirá sólo a la ética de los jueces; estamos dentro del sistema, y estamos obligados a reflexionar sobre estos temas, cualquiera sea la tradición en materia de selección a la que se pertenezca, derecho continental o Common Law (10). Con fina ironía se ha dicho que "No hay motivos para pensar que todos los jueces son buenos, que sienten la ensordecedora voz de la justicia escarnecida y viven su judicatura con efusivo rigor. No es así. Muchos jueces han llegado a la magistratura de la misma manera que cayó el gobierno de Napoleón el pequeño: por casualidad" (11). Obviamente, iguales términos pueden expresarse respecto de los árbitros, aunque no pertenezcan al sistema judicial (12).

Por otro lado, hay que reconocer que en nuestros días, la ética goza de notable interés; de algún modo, puede afirmarse que "está de moda", e incluso, hay cierto optimismo respecto de sus efectos (13); es frecuente

Pedro José, *Deontología del secretario judicial*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, t. II, p. 915, 2003).

(10) Para la responsabilidad de los jueces ingleses, Lord NELLY of BLANDEN, *Le responsabilità etiche dei giudici inglesi*. En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Ética e deontologia giudiziaria*, p. 101, Ed. Vivarium, Napoli, 2003.

(11) HERRENDORF, Daniel, *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, 2ª ed, p. 33, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

(12) La ética de los árbitros también preocupa a la doctrina. En el congreso celebrado en Roma en 1999, una sesión completa fue dedicada a la ética del juicio arbitral. Las intervenciones correspondieron a Francesco Benatti, Sergio Carbone, Herbert Kronke, Sergio La China, Nicolò Lipari y Eligio Resta, personas altamente valoradas en arbitrajes entre empresas de diversos países o multinacionales (VISINTINI-MAROTTA, *Ética e deontologia giudiziaria*, ps. 281/315, Ed. Vivarium, Napoli, 2003).

(13) Para esta actitud, ver GOZZI, Alberto, *L'ottimismo dell'etica*. En: *Studi in memoria de Gabriele Silingardi*, p. 383, Ed. Giuffrè, Milano, 2004. Por eso llama la atención que en algunas escuelas judiciales muy conocidas, como la española, no se haya incluido la deontología profesional como una materia específica dentro de sus planes de estudio (GABALDON LOPEZ, José, *Reflexiones sobre la ética judicial*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, t. II, p. 783, 2003).

invocar la ética en todo tipo de intervenciones (escritas, orales, ante públicos masivos, pequeños, en conversaciones privadas, etc.); todas contienen un verdadero clamor a favor de que los individuos se sujeten a normas éticas. Estar de moda tiene ventajas y desventajas; ventajas, porque el tema se instala en el debate público; desventajas, porque muchas veces el problema es tratado de modo superficial, incoherente, “se silencian aspectos trascendentes, se incurre en soluciones con dogmatismos, se despiertan prejuicios” (14), etc. Por lo demás, todo depende de la posición que le toca ocupar a quien habla. Bien se ha dicho que “toda persona es sensible a la falta de moralidad cuando es la víctima”, y “todo el mundo habla de la falta de ética de los demás” (15).

El tema que abordaré pertenece al ámbito de las profesiones. Al parecer, la primera profesión que experimentó la necesidad de una reflexión ética fue la médica, en los años sesenta; las causas detonantes fueron el avance tecnológico y la especialización creciente. El mundo del periodismo despertó poco después, en 1974, sobre todo, como reacción al asunto *Watergate*. Los ingenieros comenzaron a interesarse por la realidad ética en los años 70 en razón de diversos escándalos políticos y técnicos, especialmente la explosión del trasbordador espacial *Challenger* en enero de 1986. En los EE.UU., a comienzos del siglo XXI, los decanos de las facultades de economía se reunieron para discutir qué economía se estaba enseñando desde la Universidad; si ella respondía o no a la ética social (16). Por su parte, el boom de la ética empresarial data de los años ochenta; actualmente, en los EE.UU. se dictan más de 500 cursos de este tipo; parece haber una competencia “*por ser buenos*” (17);

(14) VIGO, Rodolfo L., *La moda de la ética: ventajas y desventajas*. En: *Justicia para todos*, p. 221, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1999.

(15) VAZQUEZ GUERRERO, Francisco D., *Ética, deontología y abogados*, p. 19, Ed. Internacionales Universitarias, Barcelona, 1996.

(16) En la República Argentina, los Colegios Profesionales de Ciencias Económicas están trabajando sobre un Proyecto de Código de Ética unificado (Compulsar K. de WAINER, Gladis, “Recopilación de normas éticas para los profesionales de ciencias económicas”. En: *Rev. Derecho de Daños, Responsabilidad de los profesionales de Ciencias Económicas*, 2004-1-431).

(17) De la TORRE DIAZ, Francisco, *Ética y deontología jurídica*, p. 146, Ed. Dickinson, Madrid, 2000. Para la ética empresarial ver, entre muchos, CAPRIGLIONE, Francesco, *Ética della finanza. Mercato. Globalizzazione*, Ed. Cacucci, Bari, 2004. SCARLIONI, Angelo (a cura di). *L'assicurazione e l'etica del business*, Ed. Giuffrè, Milano, 2003. MARCHESINI,

Adela Cortina explica que en los años setenta del siglo XX, en EE.UU., surgió con fuerza la ética de los negocios (*Business Ethics*), que buena parte del mundo europeo prefirió rotular como “ética de la empresa”, tal vez porque el capitalismo de la época, con bastante idealismo, concebía la empresa no sólo como un negocio, sino como un grupo humano que lleva adelante una tarea valiosa para la sociedad, la de producir bienes y servicios a través de la obtención del beneficio. Esta nueva ética empresarial se extendió por Europa en los años ochenta, y por América Latina y Oriente en los noventa. No obstante, sigue diciendo Adela Cortina, “la gente se asombraba de que alguien osara ligar los términos empresa y ética; el comentario era siempre el mismo: es como querer juntar aceite y agua” (18).

No sé si es cierto que una reflexión sobre la deontología y la ética por sectores profesionales determinados ayuda a reconstruir los valores de fondo de una sociedad (19). No obstante, no puede dudarse de la importancia que el llamado “mundo judicial” ejerce sobre la vida de prácticamente todos los sectores de la sociedad; de allí que el tema no puede resultar irrelevante para un juez; más aún, se trata de una función que exige reflexionar cada día sobre el sentido de lo que hace.

II. Objetivo de estas reflexiones. Ética práctica (20). Razones

No pretendo reflexionar *conceptualmente* sobre los grandes principios del mundo de la ética; mi propósito es más limitado; me propongo

Gian Carlo, *L'impresa etica e le su slide*, Ed. Egea, Milano, 2003. IBAÑEZ JIMENEZ, José G.; FERNANDEZ FERNANDEZ, *Ética y mercado de valores*, Ed. Parcial Pons, Madrid, 2002. Dentro de la empresa, su abogado, tiene un rol ético fundamental (ver CADENAS CORONADO, Jesús, *Deontología del abogado de empresa. Una aproximación a su problemática*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*. Murcia: Universidad Católica San Antonio, t. II, p. 1145, 2003); piénsese, por ejemplo, en el abogado de la empresa contaminadora del ambiente, o que lanza al mercado productos defectuosos que son un peligro para la salud de las personas, etc.

(18) CORTINA, Adela, *Las tres edades de de la ética empresarial*. En prólogo al libro colectivo, por ella dirigido. *Construir confianza. Ética de la empresa en la sociedad de la información y las comunicaciones*, p. 17, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

(19) Así lo afirma VIOLANTE, Luciano, *I principi etici delle profesión legali in rapporto alla gerarchia dei valori della società nel suo complesso*. En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Ética e deontologia giudiziaria*, p. 403, Ed. Vivarium, Napoli, 2003.

(20) Para la noción de ética práctica, ver MACKIE, J. L., *Ética. La invención de lo bueno y lo malo*, Trad. de Tomás Fernández Auz, p. 193 y sigtes., Ed. Gedisa, Barcelona, 2000.

hacer ética *aplicada* (21), o sea, plantear e intentar resolver algunos supuestos específicos, especialmente aquellos que he debido enfrentar como magistrada en más de una veintena de años. El listado de problemas tratados no tiene pretensión de completividad; sería imposible hacerlo, especialmente, en una comunicación de este tipo. No obstante, tengo la convicción de que las circunstancias fácticas pueden implicar una diferente actitud ante el tratamiento de los problemas éticos (22); de hecho, cuestiones que antes no eran objeto de reflexión ética hoy sí lo son, por lo que un análisis, aunque parcial, puede tener algún valor.

Las razones de esta metodología (tratar los problemas éticos desde la práctica) obedece a varias razones:

a) Nuestra cultura y forma de vida está impregnada de *pragmatismo*. Importa que las cosas sirvan para algo, que resuelvan problemas, y la ética no escapa a esa exigencia. Quizás, la frase que mejor exprese esta actitud es la atribuida a Albert Einstein cuando dijo: "La teoría es asesinada tarde o temprano por la experiencia". Pesa, obviamente, la concepción heredada del Renacimiento respecto del conocimiento científico: los conocimientos son susceptibles de aplicación práctica; en nuestros días, hoy lo son de modo casi inmediato, a punto tal que muchos de los conocimientos que se alcanzan tienen previamente prevista su aplicación. Como es sabido, "el Renacimiento produjo un cambio, un tránsito de la especulación a la acción; el saber no es mera especulación o teoría, que conlleva pasividad, sino obra activa, que tiende a aplicarse a la naturaleza para hacernos dueños de las cosas" (23).

b) Las profesiones están inmersas en un mundo de *complejidad creciente*. Durante años, el único discurso "autorizado y practicado" fue el de carácter técnico (24). Por el contrario, hoy se advierte que una profe-

(21) ATIENZA, Manuel, *Ética judicial*. En: *Jueces para la democracia*. N° 40, marzo 2001. p. 17.

(22) De la TORRE DIAZ, Francisco, *Ética y deontología jurídica*, p. 63, Ed. Dickinson, Madrid, 2000.

23 BLAZQUEZ RUIZ, Javier, *Derechos Humanos y proyecto genoma*, p. 31, Ed. Comares, Granada, 1999.

(24) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Ética de la función de juzgar*. En: *Jueces para la democracia*. N° 40, marzo 2001, p. 19.

sión implica no sólo el manejo de conocimientos de tipo instrumental, sino el de ciertos criterios sobre la justificación o no de los fines y de los medios para alcanzarlos. En suma, la técnica no se basta a sí misma. Consecuentemente, hoy es difícil saber qué es ser un buen médico, un buen profesor, un buen juez.

c) Esa complejidad genera inseguridad; “los cambios socioculturales causan inquietud, introducen una problemática vital nueva a la que es preciso aplicar soluciones de momento inéditas, ya que no nos sirven las anteriores normas de conducta; carecemos de un *vademécum* de soluciones concretas, y los hombres soportamos muy mal la inseguridad; necesitamos de una razonable garantía de acierto, pues para tomar decisiones son indispensables seguridades mínimas” (25).

d) En el ámbito de los jueces, esa complejidad aumenta por factores de tipo subjetivos y objetivos:

— *Subjetivos*, pues el mundo judicial ha perdido la homogeneidad que lo caracterizaba en cuanto a origen social, ideología, etc. ... En este sentido, se ha dicho (26) que en “las sociedades monoclase, como la que alumbró el juez del Estado liberal, y en situaciones político—culturalmente cerradas, el perfil ético político del operador judicial era de una *uniformidad clónica*. Desde esta perspectiva, el juez era un sujeto realmente fungible. El juez tradicional, tan bien representado en su hábito externo y en sus actitudes en los dibujos de Daumier, presenta las siguientes características: 1) Es un juez enamorado de las formas, ritual y distante; le gusta verse a sí mismo como una suerte de sacerdote, y a su función o misión, como sacerdotal; 2) Militó activamente contra la secularización del derecho y su autonomía de la moral; 3) Fue baluarte del antiliberalismo; muchos derechos hoy tenidos por fundamentales (libertad de expresión, de huelga) hasta no hace mucho tiempo, debieron abrirse camino a través de una beligerancia judicial encarnizada; 4) Como sujeto colectivo, salvo excepciones de alcance individual, se caracterizó por la dócil y funcional integración en todas las experiencias políticas autoritarias (Alemania nazi, Italia fascista, etc.); 5) Se tra-

(25) VAZQUEZ GUERRERO, Francisco D., *Ética, deontología y abogados*, p. 21, Ed. Internacionales Universitarias, Barcelona, 1996.

(26) DE LA TORRE DIAZ, Francisco, *Ética y deontología jurídica*, p. 378, Ed. Dickinson, Madrid, 2000.

ta de un operador marcadamente autoritario, carácter que se advierte, entre otras cosas, en los usos lingüísticos, vehículo de (in)comunicación, de imposición monologante. En sentido coincidente, se afirma que “en España, el retrato-robot del juez medio de 1984 era el hombre de unos 50 años, casado con una mujer de clase acomodada, católico practicante, se proclama apolítico, y es aspirante a llegar al Supremo” (27).

Afortunadamente, hoy no existe esa homogeneidad; por el contrario, el establecimiento del pluralismo en la magistratura ha hecho patente que el juez no es fungible. Esta diversidad es saludable, pero agrega complejidad al tratamiento de los temas, desde que no hay acuerdo entre los integrantes del Poder Judicial sobre cómo encararlos (28).

— *Objetivos*, por el aumento creciente de la diversidad de causas que asume el Poder Judicial; temas que antes no llegaban a los tribunales, de alto contenido ético, hoy son sometidos a su decisión. Esto supone un cambio de actitud de la población y del propio magistrado sobre su función del juez. Las II Jornadas de Derecho Procesal Argentino, reunidas en agosto de 1991, declararon: “la figura del juez ideal ha trazado un arco que va desde el juez boca de la ley, al juez teleólogo, para concluir con el juez con responsabilidad social”.

Explica Garapon que “la democracia liberal es el gobierno a través de la ley; justamente, la expresión anglo-sajona *rule of law* señala que son las reglas y no los hombres los que gobiernan. La autoridad del juez está fundada en que aplica la ley; de tal modo, su autoridad no deriva de la sacralidad de la persona sino de la fuerza simbólica unida al texto, a la regla. Sin embargo, el actual aumento del poder del juez testimonia que ha nacido una nueva fuente del poder; o sea, el juez no deriva su autoridad sólo de la ley. La pregunta es: ¿de dónde surge la autoridad del juez para limitar las facultades del ejecutivo y del legislativo? En opinión del

(27) BERGALLI, Roberto, *Hacia una cultura de la jurisdicción: ideologías de jueces y fiscales*, p. 26, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1999. Para el paso de un modelo a otro en España y el rol jugado por la asociación “Jueces para la democracia”, ver ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Veinticinco años de administración de justicia y Constitución*. En obra colectiva bajo la dirección de Juan Ramón CAPELLA, *Las sombras del sistema constitucional español*, p. 151 y sigtes., Ed. Trotta, Madrid, 2003.

(28) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Ética de la función de juzgar*. En: *Jueces para la democracia*. N° 40, marzo 2001. p. 21.

político francés que vengo glosando, esa autoridad surge del hecho que “la confianza en las instituciones emigra de una confianza directa en el Estado y la ley, hacia el poder indirecto de *controlar*. O sea, el poder deriva de lo que los americanos llaman el *judicial review*, el poder de controlar. Y ese poder de controlar toma mayor fuerza cuando el juez tiene para resolver un problema donde la persona, el individuo, sus derechos humanos adquieren el lugar central (29). En la misma línea, Stefano Mogini, probo magistrado que hoy representa a la justicia italiana en Francia, dice que la historia italiana reciente es la historia del proceso de descomposición de un sistema democrático; por motivos no escritos, pero tácitamente aceptados por todas las fuerzas políticas, se ha borrado una de las reglas fundamentales de la democracia, cual es la posibilidad de la alternancia. “Una democracia sin alternancia es una democracia bloqueada, pues la democracia se convierte en partidocracia. Esto lleva a la falta de controles, y un control que en una democracia auténtica debería ser residual, excepcional, o sea el control jurisdiccional penal, comienza a ser el único existente, y la historia empieza a ser relatada más en los documentos judiciales que en los debates parlamentarios. Consecuentemente, la atención del mundo político sobre la magistratura no se traduce en una preocupación por mejorar la administración dando estructuras idóneas, sino en la tentativa de deslegitimación e intimación” (30).

En suma, en algunos países, aunque no en todos, el juez pasó de ser “el juez del poder”, al “juez controlador de la efectividad de los derechos”. Desapareció la imagen del *juez-funcionario* para dejar paso a la del *juez-magistrado*, que ya no es fiel a un sistema político sino a la ley y a los valores constitucionales (31).

III. Ética, deontología y profesiones. Terminología

La voz “*Deontología*” se atribuye a Bentham; al parecer, fue acuñada por él en el año 1832, año de su muerte, en su obra *Ciencia de la Moral*.

(29) GARAPON, Antoine, *Le nouvel âge de l'autorité*. En: *L'Éthique des gens de justice*. Limoges, p. 13 y sigtes., Ed. Presses Universitaire, 2001.

(30) MOGINI, Stefano, *L'éthique du magistrat (inédita)*; MAHIQUES, Carlos A., *Los jueces, la ética y la revolución italiana*. ED, 157-814.

(31) PANSA, Gian Paolo, citado por MAHIQUES, Carlos A., *Los jueces, la ética y la revolución italiana*. ED, 157-818.

Etimológicamente, proviene del griego, *logos*, que significa razonamiento, ciencia, y *deon* o *deontos*. No hay total acuerdo sobre el significado de esta última voz. Para algunos, la palabra griega *deon* significa deber, lo obligatorio, lo justo, lo adecuado (32). O sea, cómo debe ser el derecho (33). Otros coinciden con que incluye la noción de *deberes*, pero agregan que se extiende al “arte de lo que es *conveniente* hacer”; o sea, para Bentham, que compartía esta última noción, la deontología es *ciencia de los deberes*, pero también *arte de lo que es conveniente hacer* (34); es la idea de utilidad, que tanto influyó en la cultura posterior. Dentro de la misma óptica, Guillaume Drago distingue entre la deontología, que es la ciencia de lo que conviene en una actividad profesional, y la ética, que es el arte de dirigir la conducta personal en el seno de esa actividad (35). En Italia, con otra visión, Battaglia dice que la deontología es “una parte de la filosofía que trata del origen, la naturaleza y el fin del deber”; de este modo, la contrapone a la *ontología*, que aborda la naturaleza, el origen y el fin del ser (36).

El Diccionario de la Real Academia Española proporciona una definición amplia de deontología: “*ciencia o tratado de los deberes*”; no obstante, en general, la palabra se utiliza para indicar los deberes que corresponden a determinadas *situaciones sociales*. En este sentido, y más específicamente aún, el diccionario italiano la define como “conjunto de reglas morales que disciplinan *el ejercicio de una determinada profesión*” (37). Siguiendo esta línea, un autor de ese país, Carlo Lega, afirma que es el “conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional, de carácter *no técnico*, ejercidas o vinculadas,

(32) ANDRUET (h), Armando S., *Ejercicio de la abogacía y deontología del derecho*, p. 60, Ed. Alveroni, 2001, Córdoba, nota 105. El autor cita a Ferrater Mora.

(33) VIÑAS, Raúl Horacio, *Ética y derecho de la abogacía y procuración*, p. 1, Ed. Panneville, Buenos Aires, 1972.

(34) CHIAPPINI, Julio, *Apuntes sobre la deontología forense*, La Ley, 2003-A, 1095.

(35) DRAGO, Guillaume, *Ethique et déontologie du juge constitutionnel français*. En: Dallos-Sirey. N° 25, juillet 1999, p. 263.

(36) Cit. por LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión del abogado*, 2ª ed. Trad. de M. Sánchez Morón, p. 24, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

(37) ZANCHETTA, Pier Luigi, *Appunti sulla deontologia dei magistrati*. Riflessioni a margine di un saggio di Luigi Ferrajoli. En: *Questione Giustizia*. N° 2/2000, p. 338.

de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Es, en sustancia, una especie de urbanidad del profesional. Su carácter ético se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario, como el arte forense y el arte médico" (38). Otros, en cambio, no excluyen de plano las reglas técnicas. En este sentido se sostiene que en la deontología convergen la *virtud*, que es moral, y el *virtuosismo*, que es la técnica con que hacemos las cosas. De allí que un gran jurista puede lucir virtuosismo, pero con poco o nada de virtud, y a la inversa (39).

Por su parte, la palabra *profesión* tiene varios significados: Por un lado, se vincula a la declaración y observancia pública de una fe religiosa, de un credo político (así se dice, Juan profesa la religión católica); por el otro, indica el ejercicio habitual y continuado de una actividad laboral desarrollada con la finalidad de sustentarse (40). Oficio (*officium*), en cambio, proviene de dos palabras: ob y facere. La preposición ob significa salir al encuentro prontamente de algo, en este caso, a un hacer (facere); *officium*, pues, es hacer sin titubeos, sin demora, lo que urge, la faena que se presenta como inexcusable. En esto consiste la idea misma del deber: cuando no nos queda margen para decidir nosotros mismos si hay o no que hacerlo. Podemos cumplir o no, pero si hay que hacerlo, es incuestionable; por eso es un deber (41).

(38) LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión del abogado*, 2ª ed. Trad. de M. Sánchez, Morón, p. 24, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

(39) CHIAPPINI, Julio, *Apuntes sobre la deontología forense*. La Ley, 2003-A, 1094. Sobre esta cuestión, y especialmente referida al abogado, cabe recordar, como lo hace José Gabaldón López, la conocida frase de Osorio y Gallardo: "La rectitud de la conciencia es mil veces más importante que el tesoro de los conocimientos; primero, es ser bueno; luego, ser firme; después, ser prudente; la ilustración viene en cuarto lugar; la pericia, en el último. Por vasta y bien cimentada que resulte la preparación científica tan sólo si ello va unido a una personalidad moral adecuada puede pensarse en ciertas garantías de acierto" (GABALDON LOPEZ, José, *Reflexiones sobre la ética judicial*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas*. Estudio sobre deontología. Murcia: Universidad Católica San Antonio, 2003. t. II, p. 782).

(40) LEGA, Carlo, *Deontología de la profesión del abogado*, 2ª ed. Trad. de M. Sánchez, Morón, p. 24, Ed. Civitas, Madrid, 1983.

(41) ANDRUET (h), Armando S., *Ejercicio de la abogacía y deontología del derecho*, p. 71, Ed. Alveroni, Córdoba, 2001. El autor recuerda a Ortega y Gasset. De esta cita deriva la siguiente conclusión: "No se puede dudar que la abogacía sea oficio en su sentido eti-

Algunos autores proponen que la deontología sustituya a la ética profesional. Vigo no comparte esta solución; el magistrado santafecino, profesor de Filosofía del Derecho, entiende que el código de deberes, al que apunta la expresión deontología, silencia el fundamento del deber; en su opinión, el deber es parasitario del bien; un deber sin algún fin beneficioso es un deber arbitrario; plantear la ética sólo como deontología, dice, es resumir a la ética a un catálogo de deberes olvidando los fundamentos y los fines (42). No entraré en la disputa si la deontología se reduce a la enumeración de los deberes o es comprensiva también de los fundamentos y los fines. Simplemente, aclaro que utilizaré la voz deontología dando por supuesto que los fundamentos del deber están implícitos en la regla.

IV. Deontología y normas jurídicas

Para algunos autores, la deontología no cubriría las reglas jurídicas sino sólo las morales. La distinción no es extremadamente difícil en las profesiones que encuentran su objeto en el mundo natural; por ejemplo, para un cirujano, las reglas *técnicas* le imponen intervenir conforme los estándares del estado del arte de su especialidad; un deber *jurídico* le impone, además, antes de intervenir, obtener del paciente el consentimiento informado; las reglas *deontológicas* le imponen comprensión con el paciente, respeto por su sufrimiento, etc. En cambio, como se verá, la distinción no es fácil en otros ámbitos, especialmente en el de los magistrados.

Por lo pronto, una gran cantidad de las reglas jurídicas y de las reglas técnicas presuponen reglas morales (43). Se ha dicho que las normas éticas presentan puntos de contacto con las normas de la costumbre y, por eso, tienden a transformarse en normas jurídicas. Por ejemplo, el art. 2233, apartado 2, del Cód. Civil italiano, dice “En todo caso, la cuantía de la compensación debe estar adecuada a la importancia de la obra y *al decoro de la prestación*”. De alguna manera, este criterio ha sido seguido en algunos votos de la Corte Federal cuando al tratar la materia

mológico y auténtico y no como mera categoría laborativa, como por caso profesión u ocupación; y este oficio es servicio que se otorga en definitiva para que lo suyo de cada uno esté en poder de quien así corresponda”.

(42) VIGO, Rodolfo L., *La moda de la ética: ventajas y desventajas*. En: Justicia para todos, p. 222, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1999.

(43) ZANCHETTA, Pier Luigi, *Appunti sulla deontologia dei magistrati*. Riflessioni a margine di un saggio di Luigi Ferrajoli. En: *Questione Giustizia*. N° 2/2000. p. 338

arancelaria, el tribunal se aparta de los porcentuales fijados por la ley y afirma que “no existe una recta administración de justicia cuando los jueces aplican la ley mecánicamente y con abstracción o indiferencia por las consecuencias que esa aplicación tiene para las partes y, de un modo distinto, però no menos trascendentes para el cuerpo social” (44). Recuérdese que una regla de este tipo estaba en el Decálogo de San Ivo, redactado en el año 1300 cuando decía: “El abogado no debe cargar al cliente con gastos exagerados”.

Para otros, la deontología judicial comprende diversos tipos de reglas, jurídicas y no jurídicas. Así, por ejemplo, Chiappini distingue tres tipos de reglas para la deontología forense: 1) La llamada deontología “*procesal*”; por ejemplo, el juez debe resolver dentro de los plazos; 2) La deontología “*tribunalcia*”. Por ejemplo, el art. 6°.1. del Cód. de Santa Fe, aprobado por acordada del 20/3/2002 de la Suprema Corte de esa provincia, dispone: “el juez debe preocuparse por conservar su despacho con el orden y el decoro que corresponde a la investidura del servicio de justicia”; 3) La deontología “*social*”. Por ejemplo, el juez no debe practicar juegos por dinero, ni frecuentar lugares destinados a ellos (45).

V. Regular o no regular. Quién regula. Qué efectos tiene la violación de la regulación

Hay reglas a las que se accede de modo intuitivo. Dice Guido Calabresi que “En el corazón de la tradición política moderna de occidente se encuentra la noción de que hay ciertas cosas que los que ejercen el poder no deberían hacer y ciertos lugares a los cuales no deberían ir, excepto en las más extremas circunstancias” (46). Sin embargo, la realidad muestra que muchas personas carecen de ese mínimo de intuición; la prueba de este aserto está cotidianamente en los medios televisivos.

Un sector de la magistratura se opone a un código de ética, no porque crea que todos los jueces tengan esa intuición, sino porque estima que

(44) Voto del doctor Vázquez, 19/08/1999, “Decavial c. DNV”, La Ley, 2001-D, 455 (en el caso, la sola interposición del recurso extraordinario implicaban para el abogado la suma de \$ 545.000. Fue reducido a \$ 150.000).

(45) CHIAPPINI, Julio, *Apuntes sobre la deontología forense*, La Ley, 2003-A, 1094.

(46) Citado por MORELLO, Augusto, *Las cortes políticas y la independencia del Poder Judicial*, ED, 155-641.

el dictado de un código implica una suerte de pérdida o disminución de la propia investidura de magistrados, desde que restringe la independencia y libertad de los jueces. Para otros, en cambio, este argumento es retrógrado, ingenuo y poco serio (47). No defiendo a los jueces que se oponen al código; digo, simplemente, que la oposición al dictado de normas éticas existe en todas las profesiones. Piénsese, por ejemplo, en los periodistas; algunos ni siquiera aceptan la palabra "autorregulación"; otro tanto sucede con los empresarios cuando se propone normativizar, por ejemplo, la publicidad. De hecho, en la Argentina, hoy tienen código de ética judicial las provincias de Santa Fe (48), Formosa, y Córdoba (49). Otras provincias tienen proyectos adelantados (50).

Superado este obstáculo, y aun suponiendo que existe acuerdo en regular, el problema siguiente es: ¿Quién regula? ¿Son los jueces quienes deben dictarse su propio código, o deben hacerlo personas ajenas, entre ellos los que "sufren" el sistema, o sea, los justiciables? Algunos magistrados sostienen que el código debe ser redactado por quien conoce desde adentro los problemas, o sea, ellos mismos; abrir la redacción de un

(47) ANDRUET (h), Armando, *Magistratura y códigos de Ética*, ED, 190-884.

(48) Para un comentario del código santafecino, ver MENDEZ COSTA, María J., *Información sobre el código de ética judicial de la provincia de Santa Fe*. En: Rev. de Derecho Procesal. 2002-2, Derecho Procesal de Familia, t. II, p. 455. El código se aprobó por acuerdo de la Corte Suprema de Justicia del 20/03/2002. La comisión redactora estuvo integrada por los doctores Sonia A. B. Bellitti, N. J. Iturrealde, A. B. Chavarri, R. F. Fosserò, A. Rouillon y la doctora Méndez Costa. La comisión funcionó bajo la coordinación general del doctor Rodolfo Luis Vigo.

(49) El Código de Córdoba fue aprobado por acuerdo del Superior Tribunal de la provincia el 27/11/2003. La comisión que lo redactó estuvo integrada por representantes del Poder Judicial de la Provincia, el Colegio de Abogados de Córdoba, la Asociación de Magistrados y funcionarios judiciales y la Federación del Colegio de Abogados de esa provincia. Para un breve comentario del código de Córdoba, ver CHIAPPINI, Julio, *Código de Ética para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*. LLC, 2004-84. A favor de la regulación, ver SERRA CRISTOBAL, Rosario, *La libertad ideológica del juez*, p. 212, Ed. Universitat de Valencia, Valencia, 2003.

(50) Tal el caso de la Provincia de Buenos Aires. Para una visión crítica de ese proyecto, ver GRAZIABILE, Darío, *¿Un código de Ética sin ética?*. Apostillas sobre el anteproyecto de código de ética para magistrados y funcionarios del poder judicial de la Provincia de Buenos Aires, Buenos Aires, La Ley, 2004-583.

código de ética a los "outsiders" significaría tener normas que desconocen la realidad. Contesto a estos jueces con un doble tipo de argumentos de naturaleza práctica: Uno está sintetizado en la frase de Sabán Godoy que dice "No existe precedente en la historia que muestre que alguien haya configurado un sistema eficaz de control de sí mismo" (51); en esta misma línea de pensamiento Zaffaroni dice: "A nadie que detente el poder se le puede asignar la función de controlar su propio poder porque ello implica concederle un poder ilimitado. Una república, y con mayor razón una república democrática, consiste, en última instancia, en un sistema de controles recíprocos y la pretensión de que el control sea auto control es un mesianismo contrario a la condición humana y a la competitividad intrínseca a la naturaleza de la actividad política" (52). El otro argumento está vinculado a la legitimidad que un código de este tipo puede alcanzar desde la perspectiva del justiciable; en este sentido, recuerdo que la primera crítica al código de ética de los magistrados de Italia redactado por el Comité Directivo Central de la Asociación nacional de magistrados, aprobado el 7/5/1994 (53), fue que "la determinación del modelo del buen juez, del buen magistrado es cuestión de toda la colectividad y no puede ser confiado únicamente a la magistratura" (54).

Respondidas ambas preguntas (se regula, conjuntamente con los outsiders del sistema), sigue la cuestión relativa a si ese código debe o no contener sanciones. Para algunos, un código de ética judicial sin sanciones no tiene sentido; como decía Ihering, argumentan, un derecho sin coacción sería como un fuego que no quema, una luz que no alumbrá; o como dice Saint Exupery en *Le petit prince*, sería un "enorme gigante con pie de barro que asemeja a un gran gobernador del planeta que no tiene asuntos" (55).

(51) Cit. por GONZALEZ, Joaquín, *Corrupción y Justicia democrática*, ps. 211/212, Ed. Clamores, Madrid, 2000.

(52) ZAFFARONI, Eugenio, *Dimensión política de un poder judicial democrático*. ED, 149-860.

(53) El texto completo se reproduce en Il Foro italiano 1996-I-36, PT y sigtes.

(54) CASTELLANI, Stefano, *Il codice etico dei magistrati*. En: CIARLO, Petro (a cura di). *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, p. 52, Ed. Giappichelli, Torino, 1997.

(55) La versión inglesa de El Principito dice: "as a ruler of a planet without subjects".

Manuel Atienza (56) no comparte este criterio. En su opinión, un código de ética, aun sin sanciones, no es inútil; por el contrario, sirve: 1) Para que los jueces reflexionen sobre sus propias prácticas (57); 2) Para explicar ciertos criterios que, de hecho, inspiran la práctica y, en consecuencia, para orientarla; 3) Para facilitar la crítica justificada que otros puedan hacer de esta profesión.

Otros entienden que la no coercibilidad de estas normas deriva de su propia finalidad. En esta línea, Giuseppe Barbagallo razona de la siguiente manera (58): a) estas normas consagran valores, no preceptos coercibles; sin embargo, al mismo tiempo, no son simplemente reglas morales por cuanto éstas no salen de la esfera de la interioridad de cada sujeto; son reglas exteriores, pero no típicamente jurídicas: b) Una de las razones por las que estas reglas nacieron fue la insuficiencia de las normas jurídicas; la insatisfacción creciente de la población frente a las normas jurídicas; se busca, entonces, normas que hagan efectivo el principio de igualdad y de justicia, para que ésta sea un verdadero servicio; se trata de normas que, de alguna manera, son un verdadero código de honor.

VI. Una o muchas éticas. La ética judicial y las otras éticas

Para algunos autores, cada profesión tiene su propia ética. Para otros, en cambio, esto no es posible desde que la ética es *única y última*.

Última, porque no puede haber razones que estén más allá de la ética. Para hacer algo, un juez puede tener razones de diverso tipo (pruden-

(56) ATIENZA, Manuel, *Ética judicial*. En: Jueces para la democracia. N° 40, marzo 2001. p. 19.

(57) Llama la atención cómo algunas prácticas están tan consustanciadas con los hábitos cotidianos que el funcionario público ni siquiera osa preguntarse si están bien o mal. En Italia, Di Federico se ha cansado de señalar una conducta, en su opinión contraria a la ética, que en la República Argentina es verificable todos los días: juez de instrucción y agente fiscal (el Ministerio Público italiano) entran todos los días juntos al tribunal, conversan, toman café, etc., todo en presencia del acusado, que a partir de esa visión no tiene por qué confiar en la independencia de criterio de ninguno de los dos (entre sus muchas intervenciones sobre esta cuestión, ver Di FEDERICO, Giuseppe, *Ética giudiziaria e procedimenti disciplinari*. En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Ética e dentologia giudiziaria*, p. 414, Ed. Vivarium, Napoli, 2003).

(58) BARBAGALLO, Giuseppe, *I codici etici delle magistratura*. En: Il Foro italiano 1996-1-36, PT.

ciales, jurídicas, morales), pero esas razones están estructuradas, de manera que no tendría sentido que alguien adujera razones de tipo prudencial o jurídico para no hacer lo moralmente correcto.

Unica, desde que los principios de la moral son los mismos para todos los campos de actividad; existe, en cambio, una *modulación* de esos mismos principios. Por ejemplo, en el campo médico, adquieren importancia los principios de autonomía y de paternalismo; en el de la ética periodística, el de la libertad de expresión y el respeto a la intimidad, etc.

Respecto de la ética judicial, otros van más allá y entienden que hay algo que, al parecer, la hace especial; en esta corriente, Vincenzo Chieppa argumenta: Cuando Sócrates, condenado a muerte por los jueces, es invitado a huir, responde: ¿Crees tú que la república se salvaría si las sentencias de los magistrados permanecieran incumplidas? En este interrogante desconcertante está el drama de nuestra función de jueces, está la exigencia dramática que condiciona nuestra ética profesional y le imprime el primado del cumplimiento de los deberes, que en ningún caso, en ningún momento, por ningún motivo pueden ser declinados o debilitados; la única vía es abandonar la toga" (59).

Más aún, para algunos (60), la ética del juez *constitucional* sería algo diferente a la del juez común; por eso, en Francia el juez del Tribunal Constitucional tiene un estatuto especial. Las diferencias obedecerían a dos razones: a) las cuestiones que pasan por el Tribunal Constitucional son jurídicamente "mayores" o más importantes; juzgar una cuestión constitucional no es lo mismo que tranzar un pleito entre particulares; b) normalmente, ante el Tribunal Constitucional se dirimen cuestiones relativas a los derechos fundamentales, y frente a ellos, el juez constitucional está obligado a asumir una posición que normalmente supone una reflexión ética.

Tampoco faltan quienes dirigen sus estudios a otro sector especial de jueces y abogados; me refiero a los que trabajan en la justicia pe-

(59) CHIEPPA, Vincenzo., *Principi di un'etica professionale del magistrato*. En: Studi in onore di Ernesto Eula, t. I, p. 306, Ed. Giuffrè, Milano, 1957.

(60) DRAGO, Guillaume, *Ethique et déontologie du juge constitutionnel français*. En: Dallos-Sirey. N° 25, juillet 1999, p. 263; ver también su intervención en la obra colectiva aparecida en Italia, bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Etica e dentologia giudiziaria*, p. 43, Ed. Vivarium, Napoli, 2003.

nal (61); y dentro de ellos, al Ministerio Público o agente fiscal, que parece exigir sus propias reglas (62).

VII. Los valores específicos en el juez. Dificultad de su enumeración

No fue muy difícil enumerar los valores en conflicto en otras profesiones. Para algunos, otro tanto sucede con las exigencias constitutivas de la ética judicial. En este camino, Vincenzo Chieppa afirma que los principios morales que informan toda actividad profesional y, de manera específica las profesiones de aquellos que operan en el ámbito del derecho —magistrados, docentes universitarios, abogados— se reducen a algunas ideas fundamentales comunes a todas: la ciencia (capacidad técnica), la diligencia, la fidelidad, la probidad, la dignidad, la caridad (63).

Para otros, en cambio, en este campo, existen particularidades especiales, por lo que no es sencillo enumerarlos.

Así, para Sócrates, las características que corresponden al buen juez son cuatro: escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente. En seguimiento de estas ideas, en Francia, Pierre Drai ha dicho que *Juger, c'est aimer écouter, essayer de comprendre, et vouloir décider*.

En la República Argentina, Vigo enumera las siguientes cualidades que, en su criterio, emanan de los códigos estadounidense e italiano: exigencia de afianzar la justicia; aplicar el derecho; ser prudente; apertura a realidades no jurídicas; independencia; imparcialidad; honestidad; dirigencia; lealtad; decoro y afabilidad (64).

(61) Compulsar el libro de la profesora de la Universidad de Northern Arizona, BANKS, Cyndi, *Criminal Justice Ethics. Theory and Practice*. (Thousand Oaks: Sage Publication, 2004).

(62) Ver BENEYTES MERINO, Luis, *Reflexión deontológica sobre el Ministerio Fiscal*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*, t. II, p. 871, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003.

(63) CHIEPPA, Vincenzo, *Principi di un'etica professionale del magistrato*. En: *Studi in onore di Ernesto Eula*, t. I, p. 305, Ed. Giuffrè, Milano, 1957.

(64) VIGO, Rodolfo L., *La moda de la ética: ventajas y desventajas*. En: *Justicia para todos*, p. 224, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1999.

Otros subrayan que la ética judicial no se agota en las normas; el buen juez, dicen, no es sólo el que cumple con ciertas normas de conducta y no incurre en responsabilidad penal, civil o disciplinaria, sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales. Así, el principio de independencia exige auto-restricción, modestia; el de imparcialidad, sentido de la justicia y valentía; el de motivación, prudencia, que implica capacidad intelectual y moral en aplicar los principios a los casos concretos, etc.

En los párrafos siguientes analizaré algunos de estos valores.

VIII. Una regla general

Antes de ingresar en las reglas específicas, es conveniente transcribir un dispositivo general contenido en el Código de Ética proyectado por Armando Andruet, a pedido de la Junta Federal de Cortes (65) y que reproduce, como principio 1.4., el código de ética de la provincia de Córdoba: *“El ciudadano que opte por el ejercicio de la magistratura debe asumir que junto a las prerrogativas que la Constitución le otorga y asegura en su función, la sociedad espera de él un comportamiento ejemplar. Cuando el magistrado omita tal extremo y la magistratura sólo sirva para sus propios o ajenos proyectos, se impone un severo examen de conciencia y reflexión acerca de su misma continuidad en el Poder Judicial”*.

En suma, la sociedad exige al juez “un comportamiento superlativo si se lo compara con el de cualquier otro ciudadano”. Comparto plenamente esta regla; más aún: la sociedad espera que los magistrados cumplan no sólo con todo aquello que les es obligatorio sino que, además, brinden muestra pública exterior de tales realizaciones. Dicho de otro modo, la credibilidad de la magistratura también se asienta en la apariencia externa de las conductas de los jueces.

IX. Un punto de partida derivado de la esencia de la función: la inevitable porción de la discrecionalidad judicial

Mal que les pese a muchos, la función judicial tiene un componente de discrecionalidad que no puede ser eliminado; en el ámbito de decisión, siempre existen espacios, de mayor o menor amplitud, que el juez debe llenar necesariamente con materias que no están en el ley; en

(65) ANDRUET (h), Armando, *Magistratura y códigos de Ética*, ED, 190-894.

ocasiones, ello ocurre porque el propio legislador, por falta de un consenso básico, resuelve no cerrar la cuestión en su formulación legal y transferirla al juez en términos de mayor o menor apertura; en otras, porque quien sanciona la ley no puede prever las infinitas variantes que la sociedad presenta. Desde la estricta y exclusiva perspectiva de la seguridad jurídica, quizás lo deseable sería un juez que no tuviese a su disposición ningún margen de apreciación; pero aunque esto fuese deseable, se sabe que no es posible cuando se trata de fijar la cuestión de hecho, y tampoco es siempre fácil en lo que afecta a las cuestiones de derecho.

Por lo demás, como decía Portalis, “la aparente arbitrariedad de la equidad judicial es mejor que el tumulto de las pasiones” (66). Bobbio ha explicado muy bien los alcances de esta frase: Portalis se da cuenta de la relatividad del juicio de equidad fundado en una valoración personal del juez, pero considera preferible resolver una controversia mediante la decisión de un magistrado que actúa según criterios racionales antes que dejarla a las reacciones emotivas de las partes enfrentadas (67). En la misma línea, el gran juez de la Corte Federal norteamericana Benjamín Cardozo, decía: “A medida que los años han pasado y he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, me he reconciliado con la incertidumbre porque he crecido hasta verla como inevitable. He crecido para ver que el proceso en su más altos niveles no es descubrimiento sino creación y que las dudas e incertidumbres, las aspiraciones y los miedos son parte del trabajo de la mente”.

Este aspecto de la cuestión es una muestra adicional de “por qué la ética de la función de juzgar, en cuanto mira lo que es dable exigir al juez en materia de actitudes de fondo, tiene hoy tanta relevancia como tema de reflexión” (68).

X. Los valores específicos de la ética judicial. Independencia e imparcialidad

La preocupación por la independencia del juez es muy antigua. Así, el Eclesiastés (cap VII, 6., Antiguo testamento) dice: “No pretendas ser

(66) PORTALIS, *Discours préliminaire du Premier Projet de Code Civil*, p. 5.

(67) BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, p. 91, ed. Debate, Madrid.

(68) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Ética de la función de juzgar*. En *Jueces para la democracia*. Nº 40, marzo 2001, p. 21.

juez si no te hallas con valor para hacer frente a las injusticias; no sea que por temor a la cara del poderoso te espongas a obrar contra equidad". Una vieja regla inglesa reitera: "El juez tiene la obligación de administrar justicia sin miedo ni favores, afecciones o voluntad enferma" (69). La necesidad de independencia, pues, no puede ser discutida; surge, incluso, de la sabiduría popular, para la cual "buen juez es el juez independiente" (70). En esta línea, Rodolfo Vigo afirma enfáticamente: "Convocar a alguien para resolver conflictos y pagarle con la conciencia de que lo va a resolver de manera parcial o dependiente, sólo se entiende en una sociedad masoquista" (71). Si esto es verdad, lamentablemente, en casi todos los países, hay prueba reiterada sobre el carácter masoquista de los gobernantes.

Ser juzgado por un juez independiente es hoy un derecho humano reconocido en los tratados internacionales. Así, el art. 6° I. de la Convención Europea de Derechos Humanos dice: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, *por un tribunal independiente e imparcial*, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella". El art. 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos —Adla, XLIV-B, 1250— (Pacto de San José de Costa Rica) es sustancialmente similar (72).

(69) BINGHAM, Tom, *Judicial Ethics*. En: The business of judging. Selected Essays and Speeches, London: Oxford University Press, 2000. p. 74. Recuérdese, sin embargo, que en la Inglaterra medieval los jueces eran servidores del Rey quien los nombraba y destituía a su entera voluntad y, por tanto, también enviaba instrucciones directas. Recién a partir de la Carta Magna de 1215 comienzan a observarse sentencias en las que los jueces deciden en contra del monarca (SERRA CRISTOBAL, Rosario, *La libertad ideológica del juez*. Valencia, p. 18, Ed. Universidad de Valencia, 2003).

(70) Compulsar MARTINEZ-CALCERRADA y GOMEZ, Luis, *El juez: su independencia y axiología*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas*. Estudio sobre deontología, t. II, p. 821, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003.

(71) VIGO, Rodolfo L., *La moda de la ética: ventajas y desventajas*. En: Justicia para todos, p. 223, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1999.

(72) Algunas decisiones de nuestro país que resuelven recusaciones citan la norma internacional referida en el texto. Ver erudito voto del doctor FRONDIZI, en el que se cita jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre este tema (CFed. La Plata, sala 1ª, 2003/05/05, JA, 2004-I-599, con nota de CHIAPPINI, Julio, *Una recusación con sus bemoles*).

Las disposiciones jurídicas internas (constitucionales e infraconstitucionales) que se refieren a la independencia del juez son innumerables. Mencionaré sólo dos contenidas entre las normas fundamentales de diversos Estados. La Constitución española dice: “*Los magistrados serán independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley*”. El art. 114, inc. 6°, de la Constitución argentina, enumera entre las atribuciones del Consejo de la Magistratura “*dictar todos los reglamentos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia*” (73). En la República Argentina se afirma reiteradamente que “Las condiciones de independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional se encuentran insitas en el principio del juez natural y en la garantía innominada del debido proceso de acuerdo con los arts. 16, 18, 28 y 33 de la CN; en nuestro orden jurídico la imparcialidad del juez ha sido siempre una garantía emanada del texto de la ley suprema y no de una mera concesión legal” (74).

¿Por qué sólo se habla de la independencia del Poder Judicial? ¿Por qué no se habla de la independencia del Poder Legislativo ni del Poder Ejecutivo? D’Alessio responde que ello obedece a la gran diferencia de roles. “Los poderes ejecutivo y legislativo son reflejo de la opinión mayoritaria de la población; son los poderes que, gracias a que el sistema republicano es también democrático, reciben un mandato para hacer prevalecer las ideas y los intereses de la mayoría de los ciudadanos. Sin embargo, no es ninguna novedad que en la historia de la democracia la simple consideración de intereses y concepciones mayoritaria puede resultar gravemente lesiva hacia el sector restante de la población: la minoría. Por eso, la Constitución consagra un sistema de garantías; precisamente para ponerlo como valla hacia el ejercicio del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, tanto en la creación de las leyes como en su ejecución y reglamentación. Son los jueces quienes están llamados a hacer efectivo el vallado de garantías que la constitución pone al ejercicio

(73) El art. 3° 2. del Código de Santa Fe, menciona entre los principios fundamentales: “Independencia: el juez adopta sus decisiones en el ámbito de su conciencia jurídica y ética, y por tanto, debe resistir y excluir todo tipo de interferencias, como así también evitar conductas o actitudes que puedan generar sospechas en contrario”.

(74) CNCrim y Correc. Fed. sala 2ª, 2003/12/03, “Jacoby, Pablo”, JA 2004-1-591. La decisión fue dictada en el tristemente célebre “Caso Amia” y la separación de la causa del juez Juan Galeano.

del poder mayoritario; en otros términos, el poder judicial es el necesario balance hacia el poder de la mayoría”.

¿Qué significa ser un juez independiente? ¿Es lo mismo que ser un juez imparcial?

La respuesta no es fácil. Un famoso juez inglés a quien se preguntó qué era la independencia, luego de sonreír, formuló otra pregunta: ¿En cuánto tiempo quiere que le conteste?; luego, en forma clara, sencilla, y sin eufemismos, respondió: “Voy a tratar de resumirlo e ir al punto que considero esencial. Cualquiera que tenga que recurrir a la justicia por un caso de cualquier materia, penal, civil, de familia, lo que sea, tiene derecho a ser escuchado por un juez y que ese juez esté libre de todo tipo de interferencias. Ya sean interferencias políticas, gubernamentales, o cualquier otra. El objetivo de ese juez es hacer justicia al margen de lo que pueda involucrar desde el punto de vista de otras consideraciones. Cuando un juez asume su cargo tiene que hacer un juramento, y el juramento es hacer justicia de acuerdo con la leyes y los usos de ese país. Y ahora viene lo importante, sin temor ni favor, sin afecto ni aversión. Eso es lo que debe ser una justicia independiente”.

Para algunos, la *independencia* es una consecuencia del papel institucional del juez; ese rol consiste en dar la última respuesta social a un conflicto y requiere que se expulsen de las decisiones los factores de presión (políticos y de otro tipo), y que ellas se funden exclusivamente en normas estrictamente jurídicas. En este sentido debe entenderse la célebre expresión de Calamadrei que dice: “*Cuando la política entra por la puerta del ordenamiento judicial, la Justicia sale por la ventana*”.

Para entender cómo juegan las presiones no jurídicas sobre el juez resulta útil recordar la hermosa “parábola” contada por el español Alejandro Nieto (75):

“En los primeros días del año I de nuestra era acudió al juez de Belén el propietario de un establo denunciando que éste había sido ocupado por una pareja de forasteros llamados José y María, quienes se habían instalado sin pagar renta y, al parecer, sin intención de abandonarlo con el pretexto de que les había nacido un niño y no estaban en condiciones

(75) NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona. p. 405, Ed. Ariel, 2000.

de reanudar el viaje; en consecuencia, el propietario solicitaba una decisión de desahucio y lanzamiento de los intrusos.

“La situación era clara y el juez se disponía a pronunciar sentencia acogiendo la demanda con el apoyo de textos legales contundentes, cuando fue detenido por los ruegos de su esposa, también parturienta y de la misma tribu de los viajeros. Era explicable que el juez se identificase, a través de su esposa, con la situación de los intrusos, aunque tampoco resultaba sencillo dejar de aplicar una ley tan inequívoca, más aún tratándose de un vecino pudiente con el que siempre se había relacionado bien; sin olvidar el malestar que inevitablemente habría de provocarse entre las clases propietarias de Belén que terminarían acusándole de falta de celo y con el riesgo consecuente de no volver a elegirle.

“El caso se complicó más al poco tiempo con la aparición de los Reyes Magos que también intercedieron a favor de los ocupantes y hasta puede que hicieran un espléndido regalo al juez para mover su tolerancia. Decididamente el asunto parecía perdido para el propietario; máxime cuando el magistrado no tenía problema alguno de conciencia, puesto que, independientemente del obsequio y de la influencia conyugal, entendía que su decisión era justa, pues sería cruel ponerles en la calle en lo más crudo del invierno y podía justificarla razonando que los demandados no producían perjuicio alguno al actor. Pero sucedió que, en vísperas de pronunciar sentencia, llegó a sus oídos la noticia de la política antiinfantil de Herodes, que se extendía, no sólo a los niños, sino también a quienes los protegían. Vemos, entonces, a un juez en apuros porque si absolvía, se enemistaba con los propietarios de Belén (entre los que él mismo se encontraba) y, lo que es más grave, corría el riesgo de perder la carrera y hasta la vida por la cólera de Herodes; pero si ordenaba el desahucio padecerían sus sentimientos humanitarios, sería regañado por su mujer y tendría que devolver el regalo de los príncipes orientales. Planteadas así las cosas, ojeó entonces afanoso sus libros, que no le sacaron de dudas porque en ellos se deducía que la ley podía ser interpretada de diversas maneras y que había precedentes para todos los gustos.

“En estas circunstancias concretas, nadie puede predecir lo que va a decidir nuestro atribulado juez. No sabemos si se dejará llevar por las presiones de su esposa o por las ventajas resultantes de su cálculo estratégico respecto de Herodes y de sus vecinos. Lo único que sabemos es que una vez decidido el pronunciamiento —que es rigurosamente

personal y bajo su exclusiva responsabilidad— a la hora de redactar la sentencia silenciará rigurosamente las causas reales que han estado interfiriendo y, en su lugar, fundará el resultado —cualquiera que sea— con algún precedente que seguro ha de encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Jerusalén”.

En esta parábola aparecen claramente las presiones políticas (Herodes), sociales (los propietarios), culturales (la pertenencia al grupo poderoso y, al mismo tiempo, sentimientos de piedad), personales (los propios temores), etc.

Parangonando la situación del magistrado con las tres tentaciones de Jesús, un autor francés, André Damián (76), dice que la independencia del juez está sometida a tres tentaciones: la primera es que el juez sea corrompido *por una de las partes*; la segunda, el servilismo del juez *respecto al poder del Estado* que lo nombró o que gestiona su carrera judicial; la tercera, el servilismo *a las ideas recibidas*, a las ideas de su tiempo, a lo que d'Aguesseau llamaba “la prevención”.

Para vencer la primera tentación (corrompido por una de las partes), dice Damien, vale la deontología *preventiva*, consistente en condenas severísimas que sirvan de alerta a otros. En este sentido, menciona varios casos de la historia francesa. Una de ellas, es la del antiguo presidente del Colegio de abogados que luego fue presidente de la sala criminal de la corte de casación, M. Teste, quien recibió como regalo unas vasijas de vino cuando era ministro de obras públicas; pues bien, el 16/7/1847 fue condenado a tres años de prisión; luego de su liberación, vivió de manera miserable, y gracias a los subsidios que le daban sus antiguos compañeros. El caso relatado muestra severidad, pero en materia de sanciones a un juez corrupto, ninguna alcanza dureza similar a la dictada en el proceso relatado por Herodoto: habiendo dictado una sentencia injusta por dinero, Sisamnès fue colgado cabeza abajo; luego de muerto le sacaron la piel, y con ella se tapizó la silla desde la cual administraba justicia. Posteriormente, en ese mismo puesto, Camby-ses, el gobernante que ordenó la muerte, designó juez al hijo de Sisamnès, quien debía hacer justicia desde esa misma silla, siendo de este modo consciente, en cada sentencia, de la necesidad de no ser corrup-

(76) DAMIEN, André, *Pouvoir judiciaire et vertu. Les 3 tentations du magistrat*. En: Archives de Philosophie du Droit. t. 42, p. 234, L'argent et le droit. Paris, Sirey, 1998.

to (77). “La piel del padre corrupto sobre la cual se sienta el hijo, representa, de este modo, el signo más incuestionable de la legitimidad de la institución, y la garantía de la integridad del juez que ha sucedido al corrupto”.

Pues bien, en opinión de Damien, la magistratura francesa no sufre la primera de las tentaciones, desde que es de una honestidad escrupulosa, permanece indemne a cualquier tipo de acusación que roza a los otros poderes del Estado, y es garante de una deontología rigurosa. Por el contrario, dice, la presión del Estado es más frecuente, y puede decirse que aún no se ha vencido la segunda tentación, o sea, el servilismo respecto del Estado.

A la pregunta de si el magistrado francés es independiente respecto de su propio grupo social, Damien responde: El magistrado continúa dependiendo de su cultura, de su educación, del medio social al que pertenece y a su manera de pensar; reacciona según las directivas no escritas del grupo social del cual es miembro, sea por conformidad a un ideal burgués al cual se refiere, sea, al contrario, por una oposición con ese ideal, considerando que todo burgués es culpable por naturaleza, aunque no lo sea por los actos que ha realizado.

Esta tercera tentación es difícil de vencer en todos los países. Efectivamente, las pautas culturales y sociales tienen gran peso. En la Argentina, esa influencia suele ser visible cuando la sentencia se vincula a cuestiones discrecionales, como es la cuantificación de ciertos daños y perjuicios (78). La Corte Federal descalifica por arbitrarias las sentencias fundadas exclusivamente en los criterios personales, culturales, sociales del juzgador. El *leading case* en esta materia es “Santa Coloma c. Ferrocarriles Argentinos”, del 5/8/1986 (La Ley, 1987-A,

(77) La historia está recordada en la pintura *La Justice de Cambyse*, de Gerard David de 1498. Ver reproducción en JACOB, Robert, *Images de la justice*. Paris: Le Léopard d'Or, 1994.

(78) Por esta razón, las jornadas celebradas en Roma en 1999 dedicaron al tema “Las instancias éticas en los procesos discrecionales” una sesión especial que fue conducida por el famoso profesor Algelo Falsea (ver los trabajos de los afamados juristas Gregor Bender, Francesco Busnelli, Andrea D'Angelo, Giovanna Visintini y Vincenzo Zeno Zencovich en obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Etica e dentologia giudiziaria*, ps. 331/387, Ed. Vivarium, Napoli, 2003).

442) (79): frente a una suma irrita acordada a los padres de buena posición económica por la muerte de tres hijas acaecida en un accidente ferroviario, el tribunal dijo en palabras que es conveniente transcribir sin corte alguno: "Al fijar una suma cuyo alegado carácter sancionatorio es, por su menguado monto, meramente nominal, y al renunciar expresamente y en forma apriorística a mitigar de alguna manera, por imperfecta que sea, el dolor que dice comprender, la sentencia apelada ofende el sentido de Justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna". "No figura entre las potestades de un Estado constitucional imponer a los habitantes cargas que superen las requeridas por la solidaridad social. No cabe que al determinar el derecho al daño moral los jueces se guíen por patrones de moralidad que excedan los habitualmente admitidos por el sentimiento medio, pues como lo señala Cardozo, los jueces deben dar vigor con sus sentencias a la moralidad corriente de hombres y mujeres de conciencia recia. La decisión judicial no ha de reemplazar las opciones éticas personales cuya autonomía también reconoce el art. 19 de la CN. En el sentimiento corriente, la actitud hacia las pérdidas definitivas no es aconsejar su asunción heroica, sino que se traduce en un activo intento de mitigarlas, aun a sabiendas de la pobreza de medios con que se cuenta a ese fin. La Cámara, por el contrario, compele a los padres a un renunciamiento, consistente en soportar calladamente la pérdida de tres hijas, que no puede ser impuesto a los demás, sino sólo libremente escogido por ellos".

En una sentencia más cercana, un voto minoritario recordó el caso Santa Coloma, y entendió que la sentencia debía revocarse porque los jueces habían fundado la decisión exclusivamente en conceptos morales personales. En el caso, una persona que vivía en concubinato con la causante, demandó a la hermana, heredera única, por repetición de lo gastado en la última enfermedad. Los jueces de grado rechazaron la demanda; sostuvieron que lo gastado por el concubino en remedios, internaciones, etc. de su compañera constituía una obligación natural, y por tanto, era irrepetible. La Corte, por mayoría, selló la suerte del recurso con el art. 280 del CPCCN (*certiorari*). En cambio, el voto del juez Vázquez propició abrir el recurso, entendió que la acción debía

(79) CS, 1986/08/05, "Santa Coloma Luis y otros c. Empresa Ferrocarriles Argentinos", La Ley, 1987-A, 142 y ED, 120-649, con nota laudatoria de Borda, Guillermo, "El caso Santa Coloma: un fallo ejemplar".

prosperar en virtud de los arts. 771, 3880, inc. 2, 727, 768, y afirmó que la obligación era natural respecto de la concubina pero no de su heredera; en lo que al tema de estas reflexiones interesa, dijo: "El juicio de valor expuesto por el *a quo* en el sentido de que el reclamo intentado repugna a la conciencia recta y a la moral media, importó hacer pesar sobre el actor, con la finalidad de justificar desde un punto de vista axiológico el rechazo de la pretensión, la especial y respetable concepción ética de quienes formularon tal juicio, lo que es inadmisibles en el marco de un estado constitucional, toda vez que no es lo propio de las decisiones judiciales que deben ser conformes al derecho vigente. Lo contrario importa reemplazar la opción ética personal realizada por el justiciable a la hora de decidir el contenido del reclamo que incoa, selección que se encuentra amparada por el ámbito de privacidad que garantiza el art. 19 de la CN" (80).

En los EE.UU., una de las decisiones más paradigmáticas en el tema "moral individual del juez" es la expresada en el voto conjunto de O'Connor, Kennedy y Souter, jueces conservadores de la Corte Federal, quienes resistiendo a esa influencia, dijeron: "Algunos de nosotros, como individuos, encontramos el aborto ofensivo a nuestros más básicos principios morales, pero ello no puede controlar nuestra decisión. Nuestra obligación es definir la libertad de todos, no imponer nuestro propio código moral. No es posible apartarse de los principios sentados en Roe sin provocar un grave daño a la credibilidad de la Corte" (81).

En el extremo opuesto se ubica la decisión de un juez subrogante de la Corte de Buenos Aires cuyo voto, requerido para desempatar en una materia mucho menos comprometedor que el aborto (cual es la relativa a si fijada la tasa de interés en la sentencia puede o no ser ulteriormente revisada en la etapa de liquidación) (82), está cargado innecesariamente de ideología.

El arte ha dado buenas muestras de la influencia de las pautas culturales y sociales sobre el juez. Así, un personaje de Balzac que representa a

(80) CS, 1996/09/17, DJ, 1997-2-587.

(81) Citado por GARAY, Alberto, *La independencia intelectual y funcional de tres jueces de la Corte Suprema norteamericana*, ED, 150-889.

(82) SC Buenos Aires, 2003/10/29, JA, 2004-I-660. Me refiero al voto del doctor Domínguez y a la certera crítica formulada por el maestro Morello (*Los jueces, la interpretación y las carpas ideológicas*, JA, 2004-I-666).

un magistrado dice con fina ironía: "He luchado toda la noche con mi conciencia, pero al final, he vencido yo" (83); el abogado de la película "El veredicto final", representado por Paul Newman, dice al juez que interroga al testigo: "Señoría, con el debido respeto, si va Ud. a llevar el caso, me gustaría que no lo perdiera..."

En suma, al redactar cada sentencia, todo juez debería recordar que "la democracia en la que felizmente vivimos significa, por de pronto, el reino de la ley. El derecho dejó de ser una invención libre de los jueces, ni de ninguna persona que se arrogue cualquier género de superioridad moral de los ciudadanos" (84).

Para otros autores, la primera de las tentaciones, o sea, la posición del juez frente a las partes del proceso, no se relaciona con la independencia sino con la *imparcialidad*. O sea, la diferencia entre imparcialidad e independencia radica en que la imparcialidad es la posición del juez frente a las partes, específicamente, se refiere a una actitud interna, personal y subjetiva; en cambio, la independencia se vincula a una relación externa, y por eso es independiente de los otros poderes. Esa independencia genera un régimen de incompatibilidades: no puede ejercer jurisdicción ajena a la del Poder Judicial; no puede ejercer cargos electivos en otros poderes del Estado, con el ejercicio de la abogacía (85), etc.

Para ejemplificar sobre el altísimo valor de la imparcialidad se recuerda a Quilón el Lacedemonio, uno de los siete sabios de Grecia, quien sintiendo aproximarse su muerte, habló de esta manera a los amigos que le rodeaban: "Parece que en el largo curso de mi vida, nada he dicho ni hecho de lo que tenga que arrepentirme; y tal vez vosotros mismos me tributéis este testimonio. Si no me engaño en esta hora suprema, no creo haber cometido ninguna acción cuyo recuerdo deba afligir mi conciencia, exceptuando una sola, y de tal naturaleza, que

(83) Cit. por GROSSI, Pierfrancesco, *Il giudice tra etica, diritto e legge*, p. 53, Ed. La Sapienza, Roma, 1998.

(84) Nota del autor aparecida en el diario ABC de España, del 13/2/2001 recordada por GABALDON LOPEZ, José, *Reflexiones sobre la ética judicial*. En: *Ética de las profesiones jurídicas*. Estudio sobre deontología, t. II, p. 799, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003.

(85) De la TORRE DIAZ, Francisco, *Ética y deontología jurídica*, p. 361, Ed. Dickinson. Madrid, 2000.

todavía ignoro si es inocente o culpable. Debía sentenciar con otros dos jueces en la causa de un amigo acusado de crimen capital. La ley le condenaba evidentemente, y tenía por lo tanto que dictar sentencia de muerte contra un hombre a quien quería, o bien emplear artificios para sustraerle a la ley. Después de meditar mucho acerca de los medios que había de emplear para salir airoso de posición tan delicada, creí como mejor la estrategia que me había fijado. Di, en voz muy baja, sentencia condenatoria, y aconsejé a mis colegas que absolviesen. Así, pues, en circunstancia tan difícil, cumplí al mismo tiempo los deberes de amigo y de juez. Pero confieso que esta acción me entristece: temo que no sea otra cosa que fraude culpable haber aconsejado a los otros al mismo tiempo, en el mismo asunto, y en la cuestión misma, lo contrario de lo que creía yo deber hacer". "Así pues, Quilón, aquel hombre tan profundamente sabio, no supo hasta qué punto pudo infringir la ley y la justicia por amistad, y esta duda atormentó su conciencia en el último momento de su vida" (86).

Las dudas del sabio alcanzan ribetes más graves en Francis Bacon (1561-1626) uno de los más dotados y elocuentes (87) de los jueces británicos (a él se le atribuye la frase "El conocimiento es poder"); fue reverenciado y considerado infalible mientras actuó como Procurador General y Lord Canciller de Inglaterra; "sus pronunciamientos éticos se preservan en los textos legales y sus palabras se encuentran grabadas en las fachadas de piedra de los palacios de justicia de todo el mundo anglosajón". Sin embargo, tres años después de haber llegado a la más alta posición judicial en Inglaterra, fue sometido a juicio de responsabilidad; la Cámara de los Comunes determinó que había aceptado por lo menos 28 sobornos; su defensa fue realmente novedosa; Sir Francis Bacon argumentó que había tomado sobornos de ambas partes, para que de esa manera nunca estuviera en la posibilidad de que el sucio dinero influyera en sus decisiones. El Parlamento no se dejó impresionar y fue sentenciado a prisión; "el rey Jaime lo perdonó en un momento de melancolía, pero Bacon nunca regresó al Parlamento y tampoco se le permitió visitar la Corte Real; cinco años más tarde contrajo un resfrío cuando experimentaba en la refrigeración, llenando el interior de un ganso con nieve. Murió, pero su humillación y su corrupción vivirán para siempre" (88).

(86) GELIO, Aulo, *Noches Aticas*, p. 3, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1959.

(87) A él se atribuye la feliz expresión "El conocimiento es poder" (Knowledge is power).

(88) ASHMAN, Charles, *The Finest Judges money can buy and other forms of judicial*

Ahora bien, para algunos, la imparcialidad sólo es posible en un juez independiente; es el resultado necesario al cual tiende la independencia. La independencia sería un principio *instrumental* para asegurar que la actividad del juez sea ejercitada sin interferencias externas inadmisibles. En este sentido ha dicho la Corte Federal: "El fin último de la independencia de los jueces es lograr una administración imparcial de justicia" (89). Para otros, imparcialidad e independencia son dos nociones aún más diferentes; se podría ser independiente y sin embargo ser parcial por ser un juez que se mueve con preconceptos; o sea, a veces el defecto de imparcialidad no deriva de la falta de independencia (90). En realidad, esta discusión versa sobre el contenido que se dé a la expresión independencia; si dentro de la independencia se incluyen los factores culturales, sociales, etc., es evidente que un juez que resuelve sólo sobre la base de esa formación, es un juez carente de independencia, y también de imparcialidad.

Se comparta una u otra posición, lo cierto es que el proceso tiene sentido desde la figura del juez imparcial, desde que la imparcialidad

pollution. Los Angeles: Nash Publishing, 1973; la obra relata 74 casos de jueces famosos que fueron destituidos por corrupción. La parte del libro que se refiere a Bacon está transcrita en http://www.tulanelink.com/tulanelink/finestjudges_03a.htm; también está citado por GONDORA PIMENTEL, Genaro, *Las partes en el juicio de amparo. La parte agraviada. Quiénes pueden ser parte agraviada. El municipio como persona moral oficial. Necesidad de una defensa para los municipios*. En: Estudios jurídicos en memoria de Adolfo Noriega Cantú, p. 241, Ed. Porrúa, México, 1991. Recuerdo, sin embargo, que para los admiradores de Francis Bacon, este proceso, impulsado por otro jurista célebre de la época, su opositor Edward Coke, fue sólo la expresión de la gran disputa existente entre el Parlamento y el rey Jaime I. La historia parece haber olvidado aquel "accidente" de la vida de Bacon; pocas biografías lo relatan; queda su gran prestigio como filósofo, científico, geógrafo, astrónomo, en suma como hombre de la cultura de nuestra civilización, a punto tal que muchos lo califican como el "padre de la ciencia moderna"; tampoco faltan quienes le adjudican ser el verdadero autor de varias obras de Shakespeare en las que aparece su fina labor como jurista y resaltan que, en aquellos tiempos, lo común era que los jueces recibiesen regalos de la parte ganadora (ver Rictor Norton, "Sir Francis Bacon", *The Great Queens of History*, updated 8 Jan. 2000, <http://www.infopt.demon.co.uk/baconfra.htm>). En cuanto a su enfrentamiento con Coke, sus biógrafos señalan que no se limitó al parlamento y a los tribunales (Coke enfrentó al rey Jaime I, en tanto que Bacon estaba protegido por él); compitieron, incluso, por una mujer, una hermosa y rica viuda llamada Lady Elizabeth Hatton que terminó casándose con Coke, aunque el matrimonio duró poco tiempo.

(89) CS, 1969/09/15, "Arigós", Fallos: 274-415.

(90) PAGANETTO, Giuliana, *Imparzialita e incompatibilità del giudice*. En: CIARLO, Petro (a cura di). *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, p. 254, Ed. Giappichelli, Torino, 1997.

deriva de su posición de tercero *frente a las partes* (91), y ser imparcial configura el primero y principal deber del juez (92). Las partes renuncian a la autodefensa y confían su derecho a la imparcialidad de un juez que no se ha inclinado de antemano por ninguna de las partes, que se sitúa frente a ambas partes sin ninguna predisposición. Bien se ha dicho que “el juez que no es imparcial ha perdido el alma de su profesión”. Juez imparcial quiere decir, “antes que otra cosa, juez intelectualmente honesto, empeñado en una actividad cognoscitiva que ha de empezar por proyectarse en el contraste autocrítico de la proposición frente al caso”; por eso, frente a cada expediente, debe recordar la bellísima metáfora de Pagano: “La verdad es como la luz, que por contraste, brota de la percusión de dos cuerpos” (93).

La necesidad de esa imparcialidad se acentúa en regímenes de control difuso de inconstitucionalidad, porque cualquier juez debe estar atento y vigilante a la adaptación de la ley a la sociedad; bien se ha dicho que “América pone en la imparcialidad del juzgador un compromiso muy grande teniendo presente que él debe controlar la constitucionalidad de las leyes y fiscalizar la política de la administración” (94).

Ahora bien, el juez no sólo tiene el deber de ser imparcial, sino que también debe mostrarse como juez imparcial. Los ingleses dicen en maravillosa síntesis: *Justice has not only to be done, but to seem to be done*. De allí que la Corte Europea de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, reconozca como principio fuera de toda discusión, que “la Justicia no sólo

(91) Cfr. D’ALESSIO, Andrés, J., *El sentido del juramento que prestan los magistrados*. En obra colectiva *Justicia para todos*. Buenos Aires: Ed. Ariel, 1999, p. 125. En esta línea, el art. 3° 2. del Código de Ética de Santa Fe define la independencia y el art. 3° 3. la imparcialidad. De esta última dice: “Imparcialidad: el juez debe tanto conservar íntimamente como poner de relieve sin ambages, en todo momento, que mantiene respecto de las partes procesales una igualitaria equidistancia y que, en el supuesto de no conservar esa actitud, procurará apartarse de la causa judicial”.

(92) GOMEZ PEREZ, Rafael, *Deontología jurídica*, 3ª ed., p. 114, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.

(93) ANDRES IBAÑEZ, Perfecto, *Ética de la función de juzgar*. En *Jueces para la democracia*. N° 40, marzo 2001, p. 23.

(94) GOZAINI, Osvaldo A., *La imparcialidad de los jueces y el debido proceso*. En: *Poderes y deberes del juez*. Homenaje a J. Ramiro Podetti. Número extraordinario de la *Revista de Derecho Procesal*, p. 129, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

debe ser rendida, sino que debe ser percibida como tal" (95). En esta misma línea, la Corte Constitucional italiana ha declarado la inconstitucionalidad de muchas disposiciones que no prevén causales de recusación y excusación para ciertas situaciones que hacen dudar de la imparcialidad del juez.

Separados o juntos, los códigos de ética regulan la imparcialidad y la independencia del juez con diferentes alcances. Para muestra, basta la trascrición de algunas disposiciones:

El Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, reunidos en Taipei (Taiwán), el 17/11/1999, aprobó por unanimidad (40 países, incluido Argentina), un Estatuto que entre sus normas prevé:

Art. 1°. *Independencia*. En el conjunto de sus actividades, los jueces deben garantizar los derechos de toda persona a un proceso justo. Deben poner en marcha todos los medios de que dispongan para permitir que los asuntos sean vistos en audiencia pública en un plazo razonable ante un tribunal independiente e imparcial establecida por la ley, a fin de determinar los derechos y obligaciones en materia civil o la realidad de los cargos en materia penal. La independencia del juez resulta indispensable para el ejercicio de una justicia imparcial en el respeto de la ley. La independencia es indivisible. Todas las instituciones y autoridades, nacionales o internacionales, deberán respetar, proteger y defender esta independencia.

Art. 5°. *Imparcialidad y deber de reserva*. El juez debe ser y aparecer imparcial en el ejercicio de su actividad jurisdiccional. Debe cumplir

(95) COMMARET, Dominique, *Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la magistrature*. En autores varios. *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la magistrature*. París: La documentation française, 2000, p. 203. Quizás por esta misma razón, aun la justicia penal, se aferra a los indicios para poder procesar al juez que falta a este deber. En tal sentido se ha resuelto que "Corresponde confirmar el procesamiento decretado en orden al delito de cohecho pasivo agravado por su condición de juez, respecto del magistrado que incurrió en falta de equivalencia frente a los letrados de las partes—designó en forma irregular al martillero interviniente en la subasta y otorgó un trámite preferencial al expediente—pues si bien dichas circunstancias no constituyen elementos incriminatorios directos, permiten inferir la existencia de un acuerdo previo entre el imputado y una de las partes que muy posiblemente abarcaría una promesa o dádiva a los efectos del dictado de resoluciones (CNCrim. y Correc., sala IV, 2003/07/07, "Embón, P.", La Ley, 2004-C, 17).

sus deberes con moderación y dignidad respecto de su función y de cualquier persona afectada.

Art. 10. Tanto la acción civil dirigida contra un juez, cuando sea admitida, como la acción penal, y en su caso la detención, deberán ser ejercidas en condiciones que no puedan tener como objetivo ninguna influencia sobre su actividad jurisdiccional.

El Código italiano de Etica de los Magistrados (96), dice:

Art. 8º: "El magistrado garante y defiende el ejercicio independiente de sus propias funciones y mantiene una imagen de imparcialidad e independencia. Evita cualquier forma de involucrarse en centros de poder político o cuestiones que puedan condicionar el ejercicio de sus funciones, o de cualquier modo empañar la imagen. No acepta encargos ni desarrolla actividad que obstaculice el pleno y correcto desarrollo de su propia función o que, por la naturaleza, la fuente y la modalidad puedan de cualquier modo condicionar la independencia".

Art. 9º: *Imparcialidad del magistrado*: el magistrado respeta la dignidad de cada persona, sin discriminación ni prejuicio de sexo, cultura, ideología, raza, religión. En el ejercicio de sus funciones actúa para hacer efectivo el valor de la imparcialidad, empeñándose en superar los prejuicios culturales que puedan incidir en la comprensión y valoración de los hechos y en la interpretación y aplicación de las normas. Asegura que en el ejercicio de las funciones, su imagen de imparcialidad sea siempre plenamente garantizada. A tal fin, valora con el máximo rigor situaciones de posible abstención por graves razones de oportunidad.

En mi opinión, algunas incompatibilidades de la función judicial con otro tipo de actividades están fundadas, entre otras razones, en la búsqueda de la imparcialidad. Así, por ejemplo, el ejercicio de la función judicial es incompatible con toda otra actividad profesional o asalariada, salvo algunas derogaciones permanentes o autorizaciones puntuales relativas a la enseñanza, al arbitraje, a los trabajos científicos, literarios o

(96) Aclaro que me refiero al Código de los magistrados ordinarios, desde que en Italia, existe, además, el Código Etico de los magistrados del Consejo de Estado, y el Código Etico de los magistrados de los Tribunales de cuentas. También existe un Código Etico de los abogados del Estado.

artísticos. Además de impedir que el juez distraiga su tiempo en otras actividades, la regla tiende a evitar que el magistrado tenga lazos previos con sectores económicos que son potenciales usuarios del servicio de justicia. Por eso, las autoridades de todos los países deberían cuidar celosamente, como en Francia lo hace el Consejo de la Magistratura, que se cumpla la prohibición de acumular funciones judiciales con actividades comerciales con fines lucrativos (97).

XI. El coraje moral para ser independiente e imparcial

Hasta hace algunos años, la idoneidad y la independencia eran calidades implícitas en los jueces; o sea, no se verificaban como una cualidad especial de ningún juez, sino como algo que debe ser. Hoy, en cambio, los justiciables necesitan saber que el juez es un hombre de probado coraje moral frente a las presiones de los poderes públicos y a la peligrosa persistencia y métodos de acoso de los poderes de hecho (fuerzas económicas, lobbies, etc.). Por eso, no extraña que en 1993, el recordado maestro Gelsi Bidart programara un seminario en la facultad de Montevideo cuyo núcleo central era *Coraje moral e independencia de los jueces* (98).

En esta misma línea, Gian Paolo Pansa dice que el núcleo central de la cuestión consiste en impedir que al igual que en los tiempos de Solón, las leyes sean “*semejantes a la telaraña; detienen a lo débil y ligero y son deshechas y traspasadas por lo fuerte y poderoso*”. Llamativamente, la obra cumbre de la literatura argentina, el *Martín Fierro*, contiene una frase muy similar (verso 4235), y expresa la misma idea del siguiente modo:

“La ley es tela de araña
 En mi ignorancia lo explico
 no la tema el hombre rico
 Nunca la tema el que mande

(97) COMMARET, Dominique, *Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la magistrature*. En autores varios. *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la magistrature*. París: La documentation française, p. 212, 2000.

(98) MORELLO, Augusto M., *Recreación de la ética colectiva desde las perspectivas del juez y del abogado. Cuatro propuestas*. ED, 154-1027.

Pues la rompe el bicho grande
Y sólo enreda a los chicos”

“La ley es como la lluvia
nunca puede ser pareja
el que la aguante se queja
pero el asunto es sencillo
la ley es como el cuchillo
no ofende a quien lo maneja”.

Los franceses hablaron de los jueces “*sans tâche et sans peur*”. En Italia, en los tiempos de *mani pulite*, estos jueces fueron apoyados por la opinión pública, y se enfrentaron a los políticos, los dirigentes de empresas, los contratistas del Estado, en una palabra, al poder establecido. “O sea, de un lado estaban unos; del otro lado, los jueces. Pero la realidad estuvo matizada. Hubo de todo en las dos partes” (99).

Hoy, en cambio, muchos jueces temen a la opinión pública, o mejor dicho, a la opinión publicada, es decir, a los *mass media*, que a veces con buenas intenciones, y otras con no tantas, intentan presionar al juez (100).

XII. Algunas normas que prestan apoyo a la regla de la imparcialidad del juez

a) *Prohibición de entrevistas y alegatos unilaterales sin la presencia de todas las partes o sus letrados.*

Decía Tomás Moro: “El juez que escucha solamente a una parte puede dictar una sentencia justa pero él no es un juez justo” (101).

(99) MOGINI, Stefano, *L'éthique du magistrat* (inédita); MAHIQUES, Carlos A., *Los jueces, la ética y la revolución italiana*, ED, 157-814.

(100) Para esta influencia ver, entre muchos, BERIZONCE, Roberto O., *El juez y la magistratura en las sociedades contemporáneas*. En: Poderes y deberes del juez. Homenaje a J. Ramiro Podetti. Número extraordinario de la Revista de Derecho Procesal, p. 31, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

(101) Citado por CHIAPPINI, Julio, *Código de Ética para magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba*, Córdoba: La Ley, 2004-87.

En este camino, la acordada 7/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 24/2/2004 dispone agregar como segundo párrafo del art. 72 del Reglamento para la justicia nacional el siguiente texto: *Cuando los litigantes y profesionales soliciten audiencia con alguno de los jueces del tribunal, ella tendrá lugar siempre que dichas personas obtengan la presencia de la contraparte o de su letrado en la causa contenciosa de que se trate.*

El dispositivo rige la actuación de los integrantes de la Corte Suprema, pero es evidente que muestra a los tribunales inferiores un camino a seguir.

El fundamento de esta regla es claro: la *bilateralidad* de la audiencia también debe regir con absoluta igualdad de trato en el tiempo de maduración de las sentencias (102). En efecto, de nada sirve la bilateralidad del proceso verificada en el expediente (demanda y contestación, prueba rendida bajo el control de las dos partes, etc.) si dentro de su despacho (o fuera de él) el juez escucha a una de las partes sin que la otra pueda responder a los argumentos expuestos, para peor, fuera del expediente. Por eso, de modo análogo al de la acordada mencionada, el código deontológico de los Abogados de la Comunidad Europea (Estrasburgo, 1988) elaborado por una comisión consultiva, dispone:

“4.2. En toda circunstancia, el abogado debe observar el principio de contradictorio en la causa. No puede hacer contacto con el juez actuante en el proceso sin advertir previamente al abogado de la parte adversa. Esta norma no es aplicable cuando el código procesal hace excepción al principio del contradictorio”.

Con criterio semejante, el art. 4° 4. del código de ética del poder Judicial de Santa Fe dice: “El juez tiene prohibido, salvo los casos en que la ley lo imponga o lo faculte, mantener conversaciones privadas con los litigantes o sus defensores respecto al mérito de las causas sometidas a su decisión. En los casos cuya urgencia lo justifique, el juez podrá recibir a una de las partes o sus defensores, siempre en su despacho y en presencia del secretario” (art. 4° 5).

La redacción del art. 3° 6. del Cód. de Ética de Córdoba presenta algunas variantes: “El trato equidistante exige que, cuando el magistrado o

(102) MORELLO, Augusto M., *Recreación de la ética colectiva desde las perspectivas del juez y del abogado. Cuatro propuestas*. ED, 154-1028.

el funcionario conceda alguna audiencia a alguna de las partes en el proceso, ofrezca a la otra igual posibilidad de hacerse oír, invitándola al efecto". En opinión de Chiappini, se trata de una disposición algo confusa: "No se sabe si la invitación es a la audiencia concedida a una de las partes o a otra posterior. Una interpretación razonable sostiene que se trata de la misma audiencia".

Cualquiera sea la redacción, lo cierto es que la solución no siempre es comprendida con claridad; muchos abogados creen que el juez tiene la obligación de recibirlo en el despacho y tildan de soberbio al magistrado que rechaza cualquier petición en este sentido; lamentablemente, muchos jueces tampoco entienden el porqué de la prohibición. En tal sentido, cabe recordar una decisión de la CNCrim. y Correc. Federal del 13/12/1995 que impuso al juez de primera instancia una "recomendación enfática para que en lo sucesivo ajuste su proceder a las disposiciones legales vigentes"; el tribunal citó el art. 5º, primer párr., de la ley 23.187—Adla, XLV-C, 2006—, que dispone: "el abogado, en el ejercicio profesional, estará equiparado a los magistrados en cuanto a su consideración y respeto que se le debe"; también invocó la acordada 25/76 conforme la cual forma parte del buen servicio de justicia "atender las cuestiones que se planteen a los jueces, sin perjuicio de las facultades discrecionales en cuanto ajustar las solicitudes según la urgencia manifestada y las posibilidades materiales de acceder a ellas" (103). En el caso, el abogado había solicitado reiteradamente una entrevista personal con el juez; el magistrado le requirió que primero indicara el expediente en el que se dirigía y la razón por la que solicitaba la entrevista personal; cuando el abogado proveyó esos datos, el juez señaló que la audiencia solicitada no estaba prevista en la norma ritual. En mi opinión, la recomendación al juez no correspondía: no conceder una audiencia privada no significa no respetar al abogado, desde que el juez debe mantener el contradictorio por lo que nada lo obligaba a escuchar al abogado fuera del expediente.

Algunos autores dudan sobre la utilidad de este tipo de normas. Con cita de John Stuart Mill y una cuota de ironía, Chiapini distingue entre *principio* y *conveniencia*, y ejemplifica: "La libertad de expresión es un principio; la libertad de mercado es una conveniencia. Con los principios no se juega (demasiado); con las conveniencias, acaso sí. Con esta

(103) CCrim. y Correc. Fed. en pleno, 13/12/1995, "Dr. Heredia s/presentación", ED, 167-291.

norma, el juez tendrá algunas ventajas, en especial, evitar que *le den la lata*. Pero no es un principio. Se trata de una norma que, aunque con buenas intenciones, está destinada al desuetudo". "La norma luce razonable en aras a la deontología forense, pero siempre la abrogará lo que Jellinek llamaba *la fuerza normativa de lo fáctico*. No es cuestión de levantar tronos a los principios y cadalsos a sus consecuencias, de urdir una Gestapo forense para ver con quién se reúne el juez, en cuál parte del tribunal, en presencia de quién, sobre qué departe, etc. Estado gendarme, puede ser. Estado policía, en estas cosas, *nones*. En suma, sin ser *pour la galerie*, la ley le proporciona al juez un arma para tamizar entrevistas. Su prudencia será la brújula. Un sano principio, pero no un dogma" (104).

b) Restricciones al derecho de asociación

Es sabido que los jueces no podemos estar afiliados a partidos políticos. De allí que la asunción como magistrado supone, automáticamente, la desafiliación partidaria (105). Pero los jueces somos parte de la sociedad y, como tales, integramos asociaciones de la vida civil (clubes deportivos, culturales, sociales, etc.); en casi todos los países existen Asociaciones de Magistrados, grupos de jueces que se presentan a elecciones para conducir esas asociaciones, etc. El derecho a pertenecer a estos grupos ha sido reconocido en diversas normas. Así, por ejemplo, el art. 12 del "Estatuto del juez", aprobado por unanimidad, por 40 países (el nuestro incluido) el 17/11/1999, en una jornada reunida en Taipei (Taiwán), convocada por el Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados, dispone: "El derecho de asociación profesional del juez debe ser reconocido para permitir a los jueces ser consultados, fundamentalmente sobre la determinación de sus normas estatutarias, éticas y otras, y para permitir asegurar la defensa de sus intereses legítimos".

Sin embargo, la pertenencia a algunas sociedades puede ser un elemento de perturbación en la independencia del juez. La cuestión se planteó en Italia con algunos jueces asociados a la masonería secreta

(104) CHIAPPINI, Julio, *El juez ¿puede atender a un litigante?*, en LLLitoral 2003-559.

(105) Compulsar CNElectoral, 1988/08/11, ED, 133-526 con sendas notas de Bidart Campos, Germán, *La desafiliación partidaria de un juez que asume su cargo sin renunciar al partido a que pertenece*, y de Herrendorf, Daniel, *Renunciar es necesario como expresión de una voluntad personalísima*.

(P2); la prohibición de pertenecer a ese grupo se fundó en las siguientes razones: I) hay contradicción entre el principio de independencia judicial y el principio de subordinación jerárquica que existe entre los masones sobre la base del grado; II) según el reglamento masón, los conflictos entre los afiliados son resueltos por la justicia masónica; III) los vínculos entre afiliados son extremadamente intensos, a punto tal que impide a un juez ser verdaderamente imparcial respecto de otra persona que pertenece al grupo (106). Sin embargo, cuando en marzo de 1995 el tema llegó al Consejo de la Magistratura, los jueces que se habían asociado no fueron sancionados; se argumentó que “en la época en que aconteció el hecho denunciado, no había conciencia colectiva, ni opinión pública, sobre el disvalor que implica para un magistrado inscribirse en la masonería”.

Obviamente, este argumento no podría invocarse después de aquel fallo (107), especialmente, porque el art. 7° del Código italiano de Etica de los Magistrados dice: *El magistrado no adhiere a asociaciones que requieran la prestación de promesa de fidelidad o que no aseguren la plena transparencia de la participación de los asociados.*

En suma, un magistrado puede estar adherido a todo tipo de asociaciones, siempre y cuando no tenga por objeto actividad política partidaria y, además, no exija a sus asociados promesas de fidelidad o sometimiento. Obviamente, la pertenencia lícita a una asociación no significa que el juez no deba excusarse de entender en una causa en la que el grupo está involucrado; recuérdese el caso del juez inglés que decidió en el caso Pinochet sin poner en conocimiento de las partes que él pertenecía activamente a una asociación de defensa de los Derechos Humanos.

c) Las causales de recusación y excusación

Todos los códigos procesales regulan entre las causales de recusación y excusación supuestos que permiten separar de la causa a un juez cuya imparcialidad puede estar puesta en duda.

(106) A vía de ejemplo, ver estos antecedentes en fallo de la Corte di Cassazione, sezioni uniti, 6/12/1995, Il Foro italiano, 1996 N° 1, I-106.

(107) Cit. por GROSSI, Pierfrancesco, *Il giudice tra etica, diritto e legge*, p. 52, Ed. La Sapienza, Roma, 1998.

Lamentablemente, muchas veces, los abogados recurren abusivamente a estas disposiciones legales para dilatar los procedimientos, o para que la causa no sea resuelta por un juez al que no tienen simpatía, etc.; más lamentable aún es el juez que se “inventa” causas de excusación sólo para “sacarse de encima un expediente”; pero más grave todavía es la conducta de aquellos jueces que no advierten, o no quieren advertir, la existencia de causas graves para intervenir por lo que, finalmente, su permanencia en el expediente tiende un manto de duda sobre la legitimidad ética de su actuación y de la Justicia en general. Quizás, el ejemplo más paradigmático de esta última situación sea el tristemente célebre caso “Fayt”, que declaró la inconstitucionalidad de la reforma constitucional que limitó la permanencia de los jueces de la Corte hasta la edad de setenta y cinco años (108). En mi opinión, la causa debió ser resuelta por conjueces; es decir, los jueces de la Corte debieron excusarse, desde que tenían un interés propio, pues esa decisión era aplicable a ellos mismos cuando alcanzaran la edad prevista en el nuevo texto; por eso, desde la perspectiva ética, tampoco era suficiente decir que la norma no era aplicable por haber sido designado con anterioridad a la reforma constitucional.

XIII. Axiología procesal

Dentro de las reglas que Chiappini denomina “axiología procesal”, analizaré cuatro supuestos: el deber del juez resolver dentro de los plazos legales; el de actualizarse; el de facilitar las vías de autocomposición, y el de corregir obstáculos rituales que impidan llegar a la finalización del proceso.

a) El deber de resolver dentro de los plazos y el correlativo derecho del litigante a un juicio sin dilaciones indebidas

En nuestros días, los justiciables no comparten la frase de Montesquieu según la cual “En algunos casos, es conveniente usar de la lentitud, para que el pueblo pueda calmarse, y pueda juzgar sin apasionamientos” (109). Por el contrario, el dicho recogido por la cultura popular

(108) CS, 1999/08/19, La Ley, 2000-C, 540, con nota de MIDON, Mario, *Los límites del poder constituyente; a propósito del caso Fayt*, JA, 1999-IV-616, con nota de COLAUTTI, Carlos, *Las reformas a la constitución y los límites de la revisión judicial*, y ED, 184-979 con nota de BIANCHI, Alberto, *Los efectos del caso Fayt sobre la reforma constitucional de 1994*.

(109) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, p. 57, Tecnos, Madrid, 2000.

es "Justicia tardía no es Justicia"... Más allá del dicho, los jueces no podemos ignorar que los tratados de derechos humanos prevén en sus disposiciones el derecho a un juicio "sin dilaciones indebidas". Es verdad que en un gran número de supuestos la excesiva duración de los procesos no es atribuible al juez, sino a todo el sistema. Sin embargo, resolver dentro de los plazos cuando el expediente está en estado sin crear nuevos vericuetos procesales es, además de un deber legal cuyo incumplimiento puede llevar a sanciones administrativas e, incluso, a la destitución del juez (110), un deber ético, pues el magistrado no puede dejar de advertir que el tiempo es vida del litigante.

En este sentido, el art. 6° del Estatuto del Juez aprobado por 40 países (el nuestro incluido) aprobado en una reunión convocada por el Consejo Central de la Unión Internacional de Magistrados reunida en Taipei (Taiwán), el 17/11/1999, dispone: *El juez debe cumplir sus obligaciones profesionales en un plazo razonable y poner en marcha todos los medios necesarios que tiendan a la mayor eficacia.*

Por eso, cuando la causa del retraso es *imputable* al magistrado, el incumplimiento de este deber debe ser juzgado con criterios estrictos, aunque no mecánicos (111).

En efecto, una de las grandes inequidades de nuestro servicio público de Justicia es la excesiva dilación de los procesos. "Si de poco sirve una eminencia médica que llega al lecho del enfermo cuando éste ya ha fallecido, ¿qué relevancia social puede acabar teniendo una Justicia en principio respetada, pero que hace oír su voz cuando ya nadie recuerda

(110) La Corte Federal ha declarado la inconstitucionalidad de las normas que disponen que el vencimiento de los términos para resolver genera automáticamente la causal de mal desempeño; dicho de otra manera, la causal es inconstitucional cuando opera mecánicamente (CS, 1968/10/28, "Davel, Juan", La Ley, 132-979, con nota aprobatoria de BIDART CAMPOS, *Pérdida de competencia judicial por demora: sanciones y enjuiciamiento político*). Ahora bien, esos mismos fallos han dejado perfectamente aclarado que "no es objetable la promoción del enjuiciamiento de un magistrado en razón de repetidas e injustificadas demoras en el trámite y resolución de las causas judiciales".

(111) No obstante, este criterio fue minoritario en un caso en que el tribunal de enjuiciamiento de la provincia de Mendoza no destituyó a un juez que tenía retraso crónico en su despacho (ver decisión del 4/3/2003, La Ley Gran Cuyo, 2003-161). Por las razones expresadas en el texto, voté por la destitución, con la minoría.

aquello de lo que por fin habla?" (112). En la misma línea, Ihering abogaba: "¿De qué serviría la certeza y la infalibilidad de la realización si su marcha fuese tan pesada y tan lenta que el hombre sólo llegase a conquistar su derecho en los umbrales del sepulcro?". En nuestros días, Agustín Gordillo dice: "Cuando en un juicio ordinario nos enteramos una década después del derecho judicialmente aplicable a nuestro caso, no hemos tenido acceso a la justicia sino a la historia".

Lamentablemente, los órganos de América Latina que deberían controlar el cumplimiento por parte de los Estados del deber de resolver en plazos razonables también incurren en dilaciones indebidas. Así, por ejemplo, en un informe de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dijo, correctamente, que "constituye una manifiesta desigualdad la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial que exige el agotamiento de la vía administrativa posterior a la iniciación de la demanda" (113); el problema es que para llegar a esta decisión, la Comisión tardó dos años.

Las cuestiones de competencia suelen provocar serios inconvenientes en la administración de justicia: recusaciones, inhibitorias, etc., pueden llevar no sólo a una dilación inusitada de los procedimientos sino a causar, directamente, la privación del acceso a la justicia. A veces, la cuestión adquiere tal magnitud que no obstante la falta de definitividad, el Superior Tribunal abre los recursos extraordinarios para terminar con el caos tribunalicio (114). La Corte Federal tiene resuelto

(112) TOHARIA, José J., *La imagen social de la Justicia en España*. En publicación colectiva del Consejo General del Poder Judicial, *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, p. 24, Madrid, 2000.

(113) 1999/09/29, Informe 105/99, caso 10.194, "Palacios, Narciso", La Ley, 2000-F, 594, con nota de BOTASSI, Carlos, *Habilitación de la instancia contencioso administrativa y derechos humanos*. En el caso, el contador de un municipio fue dejado cesante mediante decreto del intendente. Contra ese acto administrativo dedujo directamente demanda contencioso administrativa ante la Corte de la Provincia de Buenos Aires. Dos años después, el tribunal la rechazó in limine por no haberse agotado la vía. Resulta alentador que los organismos internacionales latinoamericanos comiencen a preocuparse de los temas relativos al acceso a la justicia y a la morosidad judicial.

(114) Tal lo sucedido en la Provincia de Mendoza con motivo de las discrepancias existentes en torno a la competencia por valor de los antes llamados jueces de paz letrados. Ver fallo del 20/2/1990 "in re": "Buci c. Cofym S.A.", en JA, 1990-III-286, con nota aprobatoria de Peyrano, Jorge W., *La predictibilidad como valor procesal*.

desde antiguo y, en especial luego del *leading case* "Penjerek" (115), que "las dilaciones excesivas motivadas por razones de competencia violan sustancialmente el derecho de defensa en juicio" (116).

De cualquier modo, es indudable que el incumplimiento del mandato constitucional que ordena que el juicio debe concluir dentro de un tiempo razonable no es totalmente imputable a los jueces; para modificar la situación se necesita: I) que la Universidad genere una nueva clase de abogados, comprometidos no sólo en no obstaculizar, sino en colaborar activamente en la solución del problema que aqueja al justiciable; II) que los poderes legislativo y ejecutivo dicten normas y provean los medios económicos para que la Justicia pueda atender las llamadas "pequeñas causas" por trámites sencillos, breves, carentes de toda burocratización, y por procedimientos más complejos las causas más difíciles; III) que a informatización sea aplicada sin preconceptos y, consecuentemente, sirva para aliviar notificaciones, etc.

b) El deber de motivar las sentencias de modo claro, para ser entendido por todos los "auditorios"

El juez debe fundar sus decisiones; la motivación es, de algún modo, el principal mecanismo de control. Según Esquilo, la sentencia de Zeus que encadena a Prometeo al tormento perpetuo es ejecutada por dos hermanos: el Poder y la Violencia. Ambos son hijos de la fuerza. Pero mientras la violencia está en silencio, el Poder explica, en términos nítidos y comprensibles, las razones de la condena. El mito se explica, desde el Derecho Político por cuanto el poder, como manifestación del orden civil, exige el consenso aun de aquél a quien golpea, y, para conseguirlo, da razones de sus decisiones, exponiéndose al disenso. La violencia bruta es silenciosa, porque mira sólo al sufrimiento de su víctima.

Cada poder que es llamado a ejercitar algún tipo de efecto o influencia en la sociedad debe ser aceptado por la sociedad misma. Hasta el médico del hospital estaría imposibilitado de curar a los enfermos si éstos no recibieran, más o menos de buen grado sus sugerencias. Esta regla vale, con mucha mayor razón, para el poder judicial, cuyo objetivo no es sólo punir al reo, o resolver la controversia individual sino también, con la

(115) Fallos: 257-132, JA, 1965-VI-249.

(116) CS, 1989/05/06, "Orazzini c. Petroquímica Gral. Moscón", JA, 1990-II-532.

ayuda de los abogados, dirigir la actividad de los habitantes para reducir la necesidad de intervenciones coactivas.

No es necesario remontarse tan atrás; el deber de motivar las decisiones es hoy un imperativo ético y político; por eso, Petracchi dice que “los jueces están con la ciudadanía en una relación dialéctica distinta de la que mantiene el legislador y el gobernante pues no poseen otro medio de imposición que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de sus fallos y del decoro de su actuación” (117).

No basta motivar; la motivación debe ser clara; hay un deber jurídico, pero también ético de ser claro. Bien se ha dicho que “los hombres acrecientan sus dificultades ancestrales para entenderse, y siempre ha sucedido que cuando eso sucede es porque se carece del apetito o exigencia por ser claros y precisos, no tan sólo para con los demás, sino respecto de sí mismo. No basta hacerse entender; es necesario aspirar a no poder dejar de ser entendido” (118).

“Una sentencia redactada a la ligera, sin cuidar la corrección del lenguaje, sin respeto a las reglas gramaticales, con faltas de ortografía, con incorrecciones de puntuación, no sólo pone en entredicho al juez que la firma, sino lo que es mucho más grave, desprestigia a la administración de justicia, por lo que es deber ético del juez poner todos los medios para evitar este desdoro de la institución. Entre tales medios se halla no sólo poner el más exquisito cuidado y atención en la redacción, sino también el de repasar y corregir el texto escrito, con espíritu autocrítico, tantas veces como sea necesario” (119).

¿Es ético revelar cómo se toman las decisiones en un tribunal colegiado?; o sea, ¿es permisible que un juez indique por escrito cuáles han sido las vicisitudes previas al dictado de la sentencia? En la decisión del 12/8/2003, recaída *in re*: “Bellini v. Jucht”, la mayoría de la Corte Federal

(117) PETRACCHI, Enrique, *Control judicial en la Argentina*, La Ley, 1987-E, 731.

(118) DONATI, José Humberto, *El deber de claridad en el juez y en el abogado*, JS, 1993, N° 4, p. 31.

(119) MORAL MARTIN, Antonio, *El juez civil ante la moral, la ética y la deontología*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*, t. II, p. 864, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003.

rechazó el recurso extraordinario por falta de fundamentación autónoma. El juez Vázquez, en disidencia, reveló que en las deliberaciones previas, tres de los jueces consideraron prudente oír al Procurador General antes de pronunciar voto, pero esa propuesta se encontró con el obstáculo de una mayoría que prefirió desestimar la queja invocando meras razones formales; el juez disidente sostuvo que esta conducta constituye un avasallamiento a la tarea de juzgar, pues si bien en un tribunal colegiado la mayoría se impone a la minoría al momento de sentenciar, no es aceptable que en la etapa preliminar del fallo pueda hacerlo, especialmente, cuando se priva a la minoría de su derecho a formar una opinión más acabada sobre el mérito escuchando al Ministerio Público (120). No entro en la cuestión relativa a si el tribunal debe o no escuchar al Procurador General cuando no logra mayoría sino en el hecho de que una decisión mencione las alternativas de la deliberación antes de llegar a la decisión. Según el comentador de la decisión, es quizás, la primera vez en la historia de la Corte, que un ministro devela, en voto disidente, discusiones previas en el seno del tribunal, y concluye: "Vázquez corre el velo del sancta sanctorum donde los ministros de la Corte discuten las decisiones que tomarán. Podría ser el puntapié inicial de un transparentamiento con la sociedad sobre cómo deciden los jueces de la Corte las importantes cuestiones que les toca resolver. Es una actitud que parece saludable. Bienvenida sea". Me resulta difícil adherir a esa conclusión. Como lo admite el autor que comenta la decisión, en los cuerpos colegiados es habitual que un juez redacte un voto proponiendo una determinada solución y luego, a causa de factores externos lícitos (el voto de otro ministro, por ejemplo) cambie su posición primitiva, realmente convencido de que la segunda es la mejor. Para eso, justamente, está la deliberación. No creo que mostrar por escrito tal cambio de posición haga a la transparencia del tribunal; por el contrario, podría llegar a ser un factor para que el juez no decida con total libertad por temor a que su cambio de razonamiento sea visto por el público lego como un signo de debilidad.

c) El deber de estar actualizado (121)

En las Cartas Persas (Carta LXVIII), uno de los personajes, Rica, relata a Usbek (el persa, personaje central del libro que al parecer representa

(120) CS, 2003/08/12, "Bellini c. Jucht", JA 2003-IV-831, con nota de HERCULES, *¿Cómo toman sus decisiones los jueces de la Corte?*.

(121) Para este tema y la normativa italiana sobre el particular, ver ALPA, Guido, *Formazione professionale, patrimonio di valori culturali, tecniche interpretative del magistrato*.

al propio Monstesquieu) el siguiente acontecimiento: Fui a comer a casa de un hombre de toga que varias veces me había convidado, y después de haber hablado de varias cosas... le digo: No he visto su estudio. "¿Cómo ha de ver usted si no lo tengo? Cuando tomé este cargo, necesité dinero para pagarlo; vendí pues mi biblioteca, y el librero que me la compró; de tantos tomos como en ella había, no me dejó más que mi libro de cuentas. Con esto no quiero decir que lo siento, porque nosotros los jueces no hacemos alarde de una ciencia vana. ¿De qué nos sirven todos esos librotos de leyes? Casi todos los casos son hipotéticos y se apartan de la regla general" ... "Y es imposible, caballero, le dije, que sea Ud. quien los saque de ella? ¿Por qué al cabo, para qué querían todos los pueblos del mundo leyes si nunca se han de aplicar? Y ¿cómo las puede aplicar quien no las sabe?". Si conociera Ud. la práctica, replicó el magistrado, no hablaría como habla: nosotros tenemos comentarios vivos, que son los abogados; éstos trabajan en vez de nosotros y toman también a su cargo el instruirnos". "Y a veces no toman también a su cargo el engañar a ustedes? Le respondí. Están armados para dar al traste con su justicia; bueno fuera que lo estuvieran ustedes para defenderla, y que no salieran al palenque con armas desiguales contra hombres armados de punta en blanco" (122).

Afortunadamente, los jueces del relato no abundan en la actualidad. En nuestros días, nadie duda que el juez, igual que el abogado, debe estar actualizado. Más aún, la regla *iuria novit curia* acentúa el deber en el magistrado.

En mi opinión, el cumplimiento de este deber no significa sólo conocer las reformas legales o la última jurisprudencia, sino abrir la mente. Diez Picaso dice, con razón, que el temperamento de los juristas, este-reotipadamente conservador, propende a dejar las cosas tal como están. Pues bien, cuando las cosas están mal, el juez tiene el deber ético de revisar los dogmas que ha recibido, comprobar y calibrar qué grado de verdad hay en ellos; debe evitar, como decía Benthan, que la jurisprudencia sea "el arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero". Seguir la jurisprudencia dominante genera seguridad

En: obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA. *Ética e dentología giudiziaria*, p. 241, Ed. Vivarium, Napoli, 2003.

(122) MONTESQUIEU, *Cartas persas*. Trad. de José Marchena, 2ª ed., p. 104, Tecnos, Madrid, 1994.

jurídica, y esto es éticamente valioso, mas debe recordarse que, a veces, como dice Vaccari, "las corrientes jurisprudenciales son como esas huellas en el campo, que empiezan débilmente con el paso de un vehículo y se profundizan luego con el de muchos otros, que la siguen sin vacilación. Pero ocurre que no siempre marcan el mejor camino y a veces son un motivo de empantanamiento. Por eso, es prudente volver a la fuente legal de las decisiones sometiéndolas a crítica, para ver si resisten el paso del tiempo o la confrontación con nuevos casos en nuevas circunstancias sociales" (123). Por lo demás, dado que en el sistema constitucional, jueces de todas las instancias, incluida la Suprema Corte, duran mientras dura su buena conducta, esa actualización debe ir acompañada de la comprensión de los nuevos valores positivos de la sociedad. "Un juez que rechaza esos nuevos valores positivos exclusivamente porque no los entiende, o porque no son los de su época, contradice palmariamente el sentido de la cláusula constitucional de la inamovilidad, pues siendo el interprete de la Constitución, impide su interpretación dinámica. Por eso, algunos norteamericanos señalan entre las "zonceras" de su Constitución, que los jueces, especialmente los de la Corte Suprema, duren mientras dura su buena conducta (124).

Por lo demás, la formación no concluye con la adquisición de los conocimientos jurídicos. El art. 3° del Código italiano de Etica de los Magistrados formula este deber del siguiente modo: *El magistrado desarrolla sus funciones con diligencia y laboriosidad. Conserva y aumenta su patrimonio profesional empeñándose en la actualización y profundización de sus conocimientos en los sectores en los cuales desarrolla su propia actividad.* Vincenzo Chieppa explica muy bien el precepto: "Tener capacidad técnica es un presupuesto para ser elegido a través de los exámenes; pero es un deber moral, un imperativo ético, que el magistrado tenga el ansia de formar, aumentar y perfeccionar día a día su cultura, no sólo en la esfera de la ciencia jurídica, sino en el campo más vasto de la cultura general; no puede juzgar bien quien no conoce; un magistrado inculto no representa sólo un caso de ignorancia más o

(123) VACCARI, *Indagini sul linguaggio della giurisprudenza*. En obra colectiva. *Studi giuridici in memoria di Alfredo Passerini*, p. 125, Ed. Boccia, Milano.

(124) LA RUE, L. H., *Neither Force nor Will*. POWE, L. A., *Old People and good behavior*. Ambos en: *Constitutional stupidities, constitutional tragedies*. Obra colectiva, coordinada por ESKRIDGE, W. y LEVINSON, S. New York: New York University Press, ps. 57 y 77, respectivamente.

menos deplorable y dañosa; es también un deshonesto en cuanto, por incapacidad culpable, se pone a riesgo de ser injusto" (125).

d) *El deber de facilitar los métodos alternativos de autocomposición del proceso (conciliación, acuerdo amistoso, etc.).*

Para algunos autores, la sentencia es "la entraña de la función judicial; el juez es verdadero juez sólo cuando pronuncia una sentencia; todos los demás, son medios, más o menos necesarios o eficientes, encaminados a preparar el momento supremo: la hora de la verdad, la suerte de matar, que dirían los taurófilos. Con la sentencia culmina la actividad del juez porque es, en definitiva, el acto por el que se cumple la tutela judicial efectiva" (126). No niego que la esencia de la función del juez es la "*juris dictio*", o sea, decir el derecho a través de la sentencia. Sin embargo, en muchas ocasiones, los jueces advertimos que la solución más equitativa no está en el expediente, sea por el modo como la litis se trabó, sea por verdades que quedaron sepultadas por errores procesales que el principio de preclusión, impide corregir, etc. En estos casos, es ético que el magistrado acuda a lo que Peyrano llama "justicia de acompañamiento" (127), o sea, intentar el acercamiento de las partes y la autocomposición de sus conflictos a través de la mediación y la conciliación (128). En este sentido, los medios alternativos no son sólo instrumentos para disminuir trabajo al sobrecargado sistema judicial, sino verdaderos remedios a los problemas que el sistema ha ocasionado.

Más aún, coincido con quienes piensan que "el juez debe valorar la paz justa entre las partes, por lo que debe intentar la eliminación de los

(125) CHIEPPA, Vincenzo, *Principi di un'etica professionale del magistrato*. En: *Studi in onore di Ernesto Eula*, t. I, p. 307, Ed. Giuffrè, Milano, 1957.

(126) MORAL MARTIN, Antonio, *El juez civil ante la moral, la ética y la deontología*. En autores varios. *Ética de las profesiones jurídicas. Estudio sobre deontología*, t. II, p. 862, Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2003.

(127) La expresión no debe confundirse con la tan negativa "justicia de acompañamiento" que prácticamente todos los gobernadores piden a los jueces cuando los presionan para que consoliden planes políticos, económicos, etc.

(128) PEYRANO, Jorge, *Perfil deseable del juez civil del siglo XXI*, en JA, 2001-IV-865. El autor muestra su preferencia por la conciliación, pero reconoce que "todo puede contribuir para aliviar la sobrecarga de tareas que aflige al aparato jurisdiccional".

conflictos intersubjetivos, y en la medida que el horizonte de sus actuaciones es perseguir y conseguir la paz, debe intentar facilitar un acuerdo amistoso o la conciliación previa, debe buscar el acuerdo antes de la confrontación. Su ideal es hacerse prescindible, que no se necesite su presencia porque las partes han logrado llegar a un acuerdo" (129).

e) *El deber de evitar que el proceso se convierta en una "máquina de impedir"*

En la Argentina no se han publicado muchas reflexiones sobre la ética judicial y el formalismo procesal. Por eso, es conveniente recordar el texto del art. 11 del Código italiano de Ética de los Magistrados: *En el ejercicio de sus funciones, el magistrado, conciente del servicio a rendir a la colectividad, observa los horarios de las audiencias y de las otras actividades de la función evitando inútiles inconvenientes a los ciudadanos y a los defensores y proveyendo toda aclaración que eventualmente sea necesaria. Desarrolla su rol con pleno respeto de los otros y actúa reconociendo la igual dignidad de las funciones de los demás protagonistas en el proceso asegurando su condición. Trata de alcanzar, en la observancia de las leyes, un resultado justo para todas las partes. Actúa con el máximo escrúpulo, sobre todo cuando está en juego la libertad y la reputación de las personas.*

En el cumplimiento de este deber, parecería que una de las funciones esenciales es la de reprimir el abuso del proceso por parte de los abogados y de sus propios auxiliares; más aún, aunque la cuestión pocas veces ha sido abordada desde la perspectiva de la ética, entiendo que es deber ético del juez no formar parte de este abuso, a través de formalismos estériles (130); en otros términos, el juez no debe convertirse en una máquina de impedir; no debe olvidar que si bien es un "poder del

(129) DE LA TORRE DIAZ, Francisco, *Ética y deontología jurídica*, p. 369, Ed. Dickinson, Madrid, 2000.

(130) Para el tema del abuso del proceso y la ética judicial ver TARUFFO, Michele. *Ética giudiziaria e abuso del processo*. En obra colectiva, bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Ética e deontologia giudiziaria*.

Napoli: Ed. Vivarium, 2003, p. 269. En: esta misma obra, CHIARLONI, Sergio, *Ética, formalismo processuale, abuso del processo*, p. 69; DI NAPOLI, Raffaele, *Ética e formalismo processuale anche in prospettiva comparatistica*, p. 83; ZUCKERMAN, Adrián, *Judicial choice in procedure. The ethical deficit*, p. 89.

Estado”, al mismo tiempo, integra un servicio público que requiere de eficiencia y eficacia (131).

f) El deber de no desentenderse del resultado eficaz de las sentencias que comprometen intereses colectivos y públicos

En mi opinión, el juez no puede desentenderse de manera absoluta de la eficacia de sus decisiones; es verdad que la misión esencial del juez es “decir el derecho”, transar el conflicto conforme los hechos probados y el derecho aplicable, más desde la perspectiva ética, no puede permanecer indiferente, cerrar los ojos, frente al incumplimiento de una sentencia en un proceso donde los intereses han trascendido los meramente individuales, donde hay comprometidos intereses públicos, o meramente difusos, como son, en general, los derechos de los consumidores, del medio ambiente, etc. Pondré un ejemplo para explicar el alcance del deber ético del que hablo: Un juez acoge un amparo de una asociación de consumidores, y en cumplimiento de expresas disposiciones legales, ordena al Poder Ejecutivo que, previo a cualquier autorización de modificación del precio del transporte escolar, se realice una audiencia pública a la que asistan los representantes de los consumidores y de los empresarios, y fija un plazo para la convocatoria de esa audiencia; esa decisión tiene amplia difusión periodística; sin embargo, vence el término sin que las partes hayan presentado escrito alguno en el expediente y sin que existan noticias de ningún tipo sobre la realización de esa audiencia; pues bien, ese juez tiene el deber ético, aunque no jurídico, de emplazar a las partes para que le informen de qué modo su decisión ha tenido o no cumplimiento. Tal deber se funda en la obligación de colaborar de modo activo en la credibilidad de la justicia. ¿Qué puede decir el hombre común, padre de un niño, que ha leído en el diario que el precio del boleto escolar no se modificará sin una audiencia pública, pues así lo ha resuelto un juez por decisión firme, que va a comprar el boleto escolar y el precio ha aumentado sin que se haya cumplido con lo dispuesto por la ley y por el juez? Obviamente, un juez que no realiza el “seguimiento” de la decisión que dictó no podrá ser sometido a juicio político, mas en este tipo de procesos, tiene el deber ético de dictar sentencias que tengan eficacia, para que sean creíbles; de otro modo, el destinatario final de este tipo de normas entenderá que de nada sirve “la lucha por el derecho”.

(131) Compulsar ROPPO, Vincenzo, *La magistratura come ‘professione legale’ per una deontologia del ‘servizio giustizia’*. En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Etica e deontologia giudiziaria*, p. 263, Ed. Vivarium, Napoli, 2003.

XIV. Deontología tribunalicia

La llamada por Chiappini deontología "tribunalicia" está referida al deber del juez de controlar el orden dentro de su tribunal. El incumplimiento de estas normas da lugar a las sanciones administrativas de la autoridad de superintendencia y, aunque excepcionalmente, puede dar lugar a intervenciones de tipo penal. Así, una decisión del fuero penal sobreseyó a quien fuera magistrado y secretario del juzgado por los delitos imputados (en el caso, haber introducido datos falaces en planillas estadísticas de causas del tribunal suscripta por ambos funcionarios), toda vez que "la mencionada información no tiene la entidad suficiente como para causar perjuicio a un bien jurídico distinto de la fe pública". La decisión reconoce que estas planillas son instrumentos públicos, pero que la cuestión debía quedar en el ámbito del control administrativo (132).

XV. Axiología social

Dentro de las reglas que Chiappini denomina "axiología social", analizaré el trato del juez con los abogados, con los otros jueces, y con las demás personas.

a) Preliminares

Aunque olvidadas por algunos jueces, las reglas de axiología social tienen significativa importancia, prueba de lo cual es que dan apertura al Código italiano de Etica de los Magistrados. En efecto, el art. 1º, 1º párrafo dice: *"El magistrado se comporta en la vida social con dignidad, corrección y sensibilidad a los intereses públicos"*. Por su parte, el art. 2º dispone: *"En su relación con los ciudadanos y con los usuarios del servicio de la justicia, el magistrado está obligado a un comportamiento respetuoso de la personalidad y de la dignidad de los demás, y rechaza toda presión o solicitud tendiente a influir indebidamente sobre los tiempos y sobre los modos de administración de la justicia. En sus relaciones sociales e institucionales el magistrado no utiliza su calidad para aprovechar ventajas personales"*.

b) Trato con los abogados

Calamandrei ha legado a las generaciones futuras célebres frases sobre el respeto que jueces y abogados se deben mutuamente. Bastaría

(132) CNCrim. y Correc., sala VI, 2003/06/17, "Souto María y otros", La Ley, 2004-A, 186.

repetir algunas para advertir la importancia de las reglas éticas en este ámbito. Por ejemplo, al concluir una conferencia en la universidad de México dijo: "En el proceso, jueces y abogados son como espejos; cada uno mirando la cara del interlocutor reconoce y saluda, y refleja en el otro su propia dignidad" (133). En su famosa obra "El Elogio de los jueces" afirma: "Abogados y jueces están colocados moralmente, si no materialmente, a la misma altura. El juez que no guarda respeto al abogado, como el abogado que no se lo guarda al juez, ignora que abogacía y magistratura obedecen a la ley de los vasos comunicantes; no se puede rebajar el nivel de la una sin que el nivel de la otra descienda exactamente lo mismo" (134); "Sería necesario que el abogado ejerciera de juez dos meses al año, y que el juez hiciera de abogado un par de meses también cada año. Aprenderían así a comprender y a compadecerse: y se estimarían más mutuamente" (135); "En el juez no cuenta la inteligencia; basta que ella sea normal para poder llegar a comprender, como encarnación del hombre medio, aquello que los hombres comprenden; cuenta sobre todo la superioridad moral, que debe ser tanta, que el juez pueda perdonar al abogado que sea más inteligente que él", etc.

La veracidad y exactitud de todas estas frases deriva de que "jueces y abogados son instrumentos de la paz social" (136). Por eso, la Carta internacional de los derechos de la defensa, aprobada en Canadá en 1987, reconoce que el derecho de defensa es uno de los soportes indispensables para la buena administración de la justicia y ésta requiere independencia del abogado, que resulta inseparable de la independencia del poder judicial. Sin tribunales independientes e imparciales no puede haber protección efectiva de la defensa. Por eso, uno de los deberes de las asociaciones de abogados es "proteger y defender la dignidad y la independencia del poder judicial" (137).

(133) Citado por CHIEPPA, Vincenzo, *Principi di un'etica professionale del magistrato*. En: *Studi in onore di Ernesto Eula*, t. I, p. 316, Ed. Giuffrè, Milano, 1957.

(134) CALAMADREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, p. 56, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1956.

(135) CALAMADREI, Piero, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, p. 68, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1956.

(136) DIAZ de GUIJARRO, Enrique, *Abogados y jueces*, p. 16, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959.

(137) Cit. por DANOVI, Remo, *La toga e l'avvocato*, p. 48, Ed. Giuffrè, Milano, 1993.

Los propios tribunales deben ser custodios de este respeto. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Córdoba llamó la atención a una Cámara de Apelaciones que había escrito en una sentencia: "De haber concurrido a la audiencia, el letrado habría comprobado personalmente la presencia e intervención de la actuario; habría también advertido la omisión de suscribir la copia de la sentencia que allí se consigna y se habría evitado, en definitiva, su discurso acerca de la supuesta ausencia, fruto de su imaginación y falta de información tan poco feliz como inconducente". El Superior Tribunal entendió que la decisión judicial revelaba "*exceso verbal de los señores vocales, y en resguardo del mutuo respeto que deben observar en su trato litigantes y magistrados, debe llamarse la atención por los términos empleados*" (138). Los comentadores del fallo aprueban el control judicial ejercido: "Si bien es justificable en los abogados un exceso de pasión en sus escritos, sobre todo cuando ella manifiesta una defensa ardorosa de la posición que entienden justa, no puede, en cambio, justificarse tal exceso en los jueces, a quienes el deber de imparcialidad les ha de conllevar necesariamente a una 'apatía' (a, sin; *pathos*, pasión), manteniéndolos imperturbables cualquiera sea la manifestación que las partes hagan, sin perjuicio de que, ante expresiones irrespetuosas, pongan en marcha los mecanismos legales previstos para su corrección. En este sentido, el juez debe ser como el avezado capitán de una nave, que aun en medio de la tempestad se sabe conocedor de la ciencia de la navegación y con ello mantiene el orden y el rumbo del barco. Su autoridad se preserva mientras demuestra firmeza y sabiduría en cualquier contingencia; si lo arrebatara la pasión perderá el dominio de la nave y el respeto de los marineros". Con gran tino, recuerdan las palabras de Don Quijote a Sancho Panza cuando va a gobernar la ínsula de Barataria: "Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones".

La malas relaciones entre jueces y abogados pueden llegar a generar responsabilidad civil, no sólo del magistrado, sino del propio Estado. Recuérdese el caso de aquel abogado que demandó al Estado invocando el daño moral causado por un juez a través del vocabulario usado al excusarse de entender en un juicio. Cuando se excusó, el juez dijo que lo hacía afectado por la "presión psicológica en cuanto al curso procesal que el profesional había pretendido ejercer sobre él"; en su momento, el tribunal de superintendencia (la Cámara Nacional Civil) sancionó

(138) TS Justicia, sala laboral, 1993/04/26, Foro de Córdoba, N° 16, 1993, con nota de RUEDA, L. R. y TINTI, Guillermo, *Deberes del juez y excesos verbales en la sentencia*.

disciplinariamente al juez; la decisión la tomaron 11 magistrados sobre un total de 21. Entendieron que los términos empleados por el juez al excusarse resultaban lesivos para la dignidad del profesional denunciante. Otros magistrados, en cambio, dijeron que el solo hecho de que el magistrado se considerase moralmente acuciado no resultaba ser injurioso para el profesional. Lo cierto es que la decisión administrativa quedó firme. Luego, el abogado inició la acción civil contra el Estado por el hecho del magistrado, basándose en la cosa juzgada de la decisión administrativa que sancionaba al juez. La acción fue admitida en primera instancia pero la Cámara la revocó; dijo que las impropiedades del lenguaje de los magistrados pueden dar lugar al ejercicio de las atribuciones de superintendencia a fin de resguardar la dignidad de las personas a quienes se refieren o dirigen, aun cuando carezcan de contenido agravante; en cambio, el resarcimiento del daño moral sólo puede sustentarse en el carácter injurioso de las expresiones empleadas, que en el caso no se daban (139). Aunque la demanda se rechazó por falta de prueba del daño moral, lo cierto es que si el daño se hubiese acreditado, el juez habría comprometido las arcas del Estado.

Por eso, el lenguaje galano no es cuestión ajena a los jueces. Recuerdo la frase del ex juez Alberti cuando, frente a una expresión de agravios extremadamente oscura, dijo: "La lectura de este escrito, que no está racionalmente fundado, es un verdadero esfuerzo de tolerancia cultural".

Como este es un camino de ida y vuelta, también los jueces demandan por daño moral a los abogados que ponen en duda, de modo agravante, la idoneidad e imparcialidad del magistrado; así, se condenó a pagar daños y perjuicios al abogado que durante el alegato en el juicio oral imputó al juez de instrucción y a su secretario un acuerdo espurio relativo al principal testigo de cargo (140). En otro caso, la Corte Federal

(139) CNCont. Adm. Fed., sala III, 1988/06/23, ED, 135-231, con nota de BIDART CAMPOS, Germán y HERRENDORF, Daniel, *Un caso muy curioso: pretensión resarcitoria por daño moral que un juez habría inferido a un abogado al excusarse en un proceso. Lenguaje, conductas, equilibrio*; la sentencia también se publica en La Ley, 1989-D, 372 con nota aprobatoria de D'ALBORA, Francisco J., *La correcta actuación de los sujetos procesales*, y en DJ, 1990-1-223.

(140) CNCiv. sala J, 2003/11/07, DJ, 2004-2-330 y en Rev. Responsabilidad civil y seguros, año VI, N° 3, abril de 2004, p. 70. La decisión fue comentada por PARELLADA, Carlos, *El ejercicio del derecho de defensa y su colisión con el honor. Límites y posible transposición de ellos*. En Rev. Responsabilidad civil y seguros, año VI, N° 7, agosto de 2004, p. 37.

revocó una sentencia de la CNCiv., sala B, e hizo lugar a una demanda de reparación de daños iniciada por un juez de un tribunal laboral contra un abogado que lo acusó de prevaricato y dio amplia difusión periódica a su denuncia remitiéndola, incluso, al colegio de abogados. El Superior Tribunal del país invocó el art. 902, y argumentó que la condición de letrado imponía al abogado obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas. “No puede exigirse a los magistrados que soporten estoicamente cualquier afrenta a su honor sin poder reclamar la reparación del daño injustamente sufrido, ello pues el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico no constituye una muestra de debilidad ni denuncia una falta de espíritu republicano. Admitir lo contrario importaría tanto como consagrar la existencia de una categoría de ciudadanos que, por su cargo o función pública, están huérfanos de tutela constitucional y expuestos al agravio impune” (141).

c) Trato con los otros magistrados, especialmente con los del Superior Tribunal. La crítica a los fallos y la libertad de expresión

Las relaciones entre la prensa y los jueces nunca han sido fáciles. No es ésta la oportunidad de tratarlas en su conjunto; tampoco la de meritar la ética del periodista cuando comenta temas judiciales (142); me propongo solamente analizar algunas violaciones a los deberes éticos a través de la prensa; lo haré mediante el análisis de dos decisiones judiciales que muestran cómo, a veces, el llamado “juez mediático”, tantas veces calificado por algunos periodistas como “el buen juez que se presta a los requerimientos de la prensa”, no sólo puede violar normas éticas, sino incluso los derechos de terceros y, de este modo, comprometer la responsabilidad civil del Estado.

En España se ha decidido que “La conversación de un juez con un periodista, luego publicada, en la cual el magistrado atribuyó a la esposa del demandante, posteriormente fallecida, haber mantenido

(141) CS, 2004/02/17 “Lescano c. Ardy”, ED, 207-505, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año VII, N° II, marzo 2004, p. 57; La Ley, 2004-B, 617; JA 2004-II-210, con nota de BADENI, Gregorio, *La defensa atenuada del honor de los jueces*. Compulsar reseña y comentario de este fallo de Julio César Rivera y Leopoldo Peralta Mariscal en Rev. de Derecho Privado y Comunitario, 2004-1, p. 301.

(142) Compulsar BONESCHI, Luca, *L'Etica professionale del giornalista nella cronaca giudiziaria*. En obra colectiva bajo la dirección de VISINTINI-MAROTTA, *Etica e dentologia giudiziaria*, p. 57, Ed. Vivarium, Napoli, 2003.

relaciones sexuales con un tercero, es causa de desmerecimiento en la consideración ajena aun en una sociedad abierta y permisiva como la española, que sigue manteniendo como algo positivo la fidelidad conyugal y el rechazo de conductas contrarias a aquel principio”, por lo que el daño causado debe ser reparado. En el caso, la esposa del actor había fallecido de sida, y el juez afirmó al periodista que “no es de rigor hablar de enfermedades profesionales porque según sus informaciones la joven tenía relaciones con otro hombre que no era su marido” (143).

Un caso similar se planteó en nuestro país. En una presentación televisiva, un fiscal afirmó que se tenían datos ciertos sobre quién era la autora de un secuestro de una bebita recién nacida; dio el nombre, pero los datos eran erróneos pues esa persona, a la postre, resultó ser totalmente ajena al hecho ilícito que se estaba investigando (en el caso, sustracción de la niña de un hospital). Se trata de un caso en el que no está en tela de juicio la libertad de prensa sino la actitud de un funcionario público que, al margen de su actuación procesal, pero invocando esa calidad, orienta a la opinión pública en la sospecha de una persona inocente. Corresponde, pues, tal como se decidió, “responsabilizar al Estado, pues una cosa es mantener vivo el interés de la población a través de los medios masivos de comunicación a los fines de acelerar el esclarecimiento de un secuestro y otra es emitir un juicio indebido sobre la posible participación de una determinada persona, a quien se expuso ante la opinión pública, generando una sospecha injusta, violando las normas procesales y disciplinarias que regulan la conducta de los funcionarios” (144).

Estos casos muestran palmariamente la necesidad de una regla similar al art. 6° del Código italiano de Etica de los Magistrados que dice: “*En sus*

(143) Audiencia Provincial de Madrid, 1997/04/25, Rev. General de Derecho, año LIII, N° 636, septiembre de 1997, p. 11.447.

(144) CNCiv. y Com. Fed., sala I, 1998/04/07, ED, 180-59 y JA, 1999-III-177. El fallo fue confirmado por la Corte federal en decisión del 15/02/2000, La Ley, 2000-C, 373, con nota de redacción “Responsabilidad del Estado por el funcionamiento del servicio a su cargo”. Votó en disidencia el doctor Vázquez, quien sostuvo que no debía responder el Estado sino sólo el funcionario. Adviértase, además, que la actora no reclamaba al Estado por el error judicial de la resolución ni por la detención equivocada, sino por la difusión de la noticia por parte del fiscal sin que sus afirmaciones respondieran a las constancias de la causa pues la persona acusada, a diferencia de lo expresado por el fiscal, no había sido identificada por el taxista.

contactos con la prensa y con los otros medios de comunicación, el magistrado no solicita la publicidad de noticias atinentes a su propia actividad en el cargo. Cuando no está obligado al secreto o a la reserva de informaciones conocidas por razones de su cargo y tiene el deber de suministrar información de su actividad judicial para garantizar la correcta información de los ciudadanos y el ejercicio del derecho de información, o de tutelar el honor y la reputación de los ciudadanos, evita la utilización de canales informativos personales reservados o privilegiados”.

Evidentemente, el tema se vincula al derecho a la libre expresión del magistrado, sus ámbitos (dentro y fuera de la actividad jurisdiccional) y límites. La procedencia o improcedencia del uso de la libertad de expresión por un juez fuera de la actividad jurisdiccional depende de múltiples factores como el contenido, el tiempo, el lugar, el modo de expresarse, etc. Así, por ejemplo, no es lo mismo una opinión respecto a cuestiones de política partidaria que a cuestiones no partidarias; de un caso que está sujeto a decisión u otro que ya ha sido fallado; expresar las ideas frente a un curso en la universidad que ante los medios masivos de información; el tono utilizado (irónico, despectivo, etc.) tampoco resulta indiferente.

La cuestión llegó ante la Corte Europea de Derechos Humanos en decisión del 28/10/1999 en el caso “*Wille v. Liechtenstein*”. Durante una conferencia sobre el Tribunal Constitucional, un magistrado defendió la tesis según la cual, en caso de existir desacuerdos entre el Príncipe y el Parlamento, correspondía resolver el conflicto al mencionado tribunal. El Príncipe entendió que esa conferencia ponía en duda sus poderes y dirigió una carta al magistrado acusándole de defender sus propias opiniones por encima de la Constitución. En esa misiva le decía que era inepto para ejercer la función y le comunicaba que no precedería a denominarlo como presidente del Tribunal Administrativo, cargo que ocupaba. El magistrado interpuso una reclamación ante el TEDH por vulneración de su derecho a la libertad de expresión, y Liechtenstein fue condenado por violación a la Convención Europea de Derechos Humanos (145).

En mi opinión, un juez debe evitar debatir a través de los medios de prensa todo tipo de cuestiones. Coincido plenamente con el Tribunal

(145) Mencionado por SERRA CRISTOBAL, Rosario, *La libertad ideológica del juez*, p. 108, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2003.

Europeo de Derechos Humanos, cuando en decisión N° 35 del 16/12/1999 recaída en el caso "*Buscemi c. Italia*", dijo: "A las autoridades judiciales llamadas a juzgar se les exige discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales. Esta discreción debe llevarles a no utilizar la prensa, incluso cuando sea para responder a provocaciones. Lo imponen la existencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial" (146).

Una cuestión ética aún más dudosa es si los jueces pueden (y deben) criticar las decisiones de otros jueces o, en todo caso, si pueden hacerlo de la misma manera que cualquier otro ciudadano. El tema ha dado lugar a enojosos asuntos judiciales. Mencionaré tres:

Unos camaristas cordobeses publicaron en un diario de esa provincia una especie de solicitada en la que criticaban al Superior Tribunal por no haber realizado ningún reconocimiento especial a un juez que se había jubilado. Sin dar oportunidad de defensa de ningún tipo, el presidente del Superior Tribunal sancionó a los tres camaristas con una multa, sanción luego ratificada por el resto del tribunal. Los camaristas interpusieron una acción procesal administrativa que prosperó, y la sanción se anuló. Posteriormente, iniciaron una acción de daños y perjuicios contra los magistrados que le habían impuesto la sanción; la demanda prosperó ante los jueces de grado, y el Superior Tribunal provincial integrado por conjuces, pero la Corte Federal revocó la decisión (147).

Otro asunto tuvo origen y resolución en la Corte de la Nación. Con motivo de las acordadas dictadas para cumplir con la ley que modificó la competencia de las Cámaras de Seguridad Social pasándolas a la justicia en lo contencioso administrativo, un juez hizo críticas al presidente de la Corte quien había dispuesto medidas tendientes a la ejecución de esa ley. En decisión administrativa del 26/3/1996, la CSN decidió llamar la atención al presidente de la Cámara de Apelaciones "que utilizó expresiones impropias para cuestionar lo decidido por el presidente de la Corte, poniendo de manifiesto una actitud teñida de un subjetivismo a todo trance que es ajena a la prudencia, circunspección

(146) Recordado por SERRA CRISTOBAL, Rosario, *La libertad ideológica del juez*, p. 117, Ed. Universidad de Valencia, Valencia, 2003.

(147) CS, 2001/06/14, *La Ley*, 2002-A, 372, con nota de VANOSI, Jorge R., *La responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones*; también en Foro de Córdoba N° 70, 2001, p. 133 y ED, 194-543. El fallo de la Corte Provincial del 28/04/1999, integrada por jueces subrogantes, que condenó, se publicó en Foro de Córdoba año XN° 53, p. 285.

y medida que son componentes indispensables de todos los actos de un magistrado". Dado que el juez también había criticado al Poder Legislativo afirmando que la distribución de competencia realizada por la ley 24.463 —Adla, LV-C, 2913— era un acto de irresponsabilidad política, la Corte lo sancionó también por esa manifestación. En disidencia, los doctores Belluscio y Petracchi dijeron que "no parece prudente que al celo de un magistrado que, en definitiva, se dirigió al mejor cumplimiento de los deberes de la magistratura, se antepongan subjetividades que, lejos de imponer el debido respeto al superior, quizás tiendan a hacer prevalecer la desidia en los problemas que presenta la administración de justicia, por temor a futuras reprimendas" (148).

Cuesta creer que los jueces dediquen su tiempo a controversias del tipo de las reseñadas, generadas entre ellos mismos, mientras los justiciables esperan que sus conflictos sean resueltos por tribunales sobrecargados de expedientes.

Desde la perspectiva ética, es más grave lo sucedido en el conocido caso "Magariño". La importancia del caso merece su relato. La Corte recibió de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio internacional y Culto una nota en la que le comunicaba "las especiales características de la denuncia contra el Estado argentino en el caso Fernández Prieto", y señalaba dos aspectos: a) La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado argentino había sido patrocinada por funcionarios públicos (defensores oficiales del Estado); b) ante la Comisión, como aval de la denuncia, se había presentado un dictamen de un juez argentino, el doctor Magariño. Cabe recordar que el caso "Fernández Prieto" terminó con una sentencia de la Corte Suprema de la Nación, de noviembre de 1998, que consideró legítimo el arresto policial que habían sufrido tres personas que circulaban por la ciudad de Mar del Plata, en horas de la tarde, con el exclusivo fundamento, dado por los policías intervinientes, de que dichas personas estaban en actitud sospechosa (149); la Defensoría oficial de la Corte Nacional, enton-

(148) CS, 26/3/1996, Superintendencia. Res. 213-96, "Buján", JA, 1996-III-373 y La Ley, 1996-C, 538.

(149) Fallos CS, 321-2947 y en La Ley, 1999-B, 282, con nota de MORELLO, *La actitud sospechosa como causal de detención de personas*; el maestro consideró preocupante

ces, interpuso una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y para dar una visión más completa, acompañó dictámenes de expertos. Uno de esos dictámenes fue hecho por Magariños, que es juez, pero también profesor adjunto regular del departamento de derecho penal de la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Pues bien, con la nota enviada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Corte inició un expediente administrativo y corrió traslado al magistrado, quien se defendió diciendo que ese dictamen no podía ser asimilado a "evacuación de consulta, asesoramiento o gestión" en los términos del reglamento para la justicia nacional, y que las opiniones allí vertidas no lo fueron en su calidad de juez, sino como profesor universitario. El 12/9/20002, por mayoría (votos de Nazareno, Belluscio, Vázquez y López), la Corte Suprema de la Nación impuso al juez Magariño una multa equivalente al 30 % de su remuneración; argumentó del siguiente modo (150): I) En principio, el cargo de juez no es incompatible con el ejercicio de la docencia universitaria; sin embargo, en el caso, la cuestión no se vincula a la función docente sino a efectuar un informe del tipo del realizado; II) Las limitaciones impuestas a los integrantes del poder judicial para el desarrollo de otras actividades tienen por fin preservar su imparcialidad, independencia y decoro; las incompatibilidades no son prohibiciones dirigidas a las personas de los jueces para crearles cortapisas en sus actividades sino como una garantía para su buen desempeño en la magistratura y para el funcionamiento correcto e imparcial de la administración de justicia; III) Consecuentemente, las normas del reglamento deben ser interpretadas en todo su contexto. En el caso, ese informe escapa a la función docente; además, la Casación Penal ha informado que durante el año 2000 el juez no pidió autorización para ejercer la docencia, circunstancia de por sí suficiente para aplicar la sanción; IV) Del dictamen surge que el juez sabía que esa pieza serviría para hacer la denuncia por lo que al no ser parte conten-

que se le reconozca a la policía facultad para detener por sospecha. Al declarar la validez de la detención, la Corte dejó firme una sentencia a cinco años de prisión fundada en la validez de la requisa del interior del automóvil donde se encontraron sustancias estupefacientes, proyectiles y un arma.

(150) CS, 2002/09/12, "Ministerio de Relaciones Exteriores", La Ley, 2003-A, 222, con nota desaprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán, *Las sentencias que dicta la Corte sin tener jurisdicción ni competencia en el caso son nulas de nulidad absoluta*; también se publicó en La Ley, 2002-F, 634, con nota desaprobatoria de CARRIO, Alejandro, *Jueces, reproches y procedimientos ante la Comisión de Derechos Humanos: Reflexiones sobre una sanción*.

diente, debe considerarse un asunto de terceros; V) Aunque no hay prueba de que el juez se haya encargado de la gestión del asunto, para emitir su opinión resultó necesario un examen de los antecedentes de la causa, tarea que de por sí demuestra su interés personal; VI) Aunque no haya asesorado al denunciante, expidió un dictamen favorable que implica "avaluar la procedencia de una eventual reclamación del interesado contra el Gobierno argentino en foros internacionales, lo que resulta notoriamente incompatible con la función desempeñada, por lo que no sólo violó las incompatibilidades sino que lo coloca en la posición de enfrentar internacionalmente al propio Estado que lo ha distinguido con la atribución de una magistratura, ofendiendo los intereses de la nación cuyos cuadros gubernativos integra".

Votaron en disidencia Bossert (quien entendió que la Corte era incompetente y que la cuestión debía ser dirimida por el Consejo de la Magistratura), y Petracchi, que entró al fondo del asunto. Respecto al patrocinio de los asesores públicos, Petracchi dijo que la función de éstos es defender al imputado y, consecuentemente, siempre litigan contra el Estado. En cuanto al juez, no fue el juez sino el profesor el que emitió el dictamen. De un profesor de derecho en una universidad pública es de esperar no sólo que dicte clases un par de veces a la semana, sino mucho más. La actividad docente comprende un espectro de funciones bastante más amplio y parece claro que en él está incluida la de opinar fundamentadamente sobre puntos jurídicos conflictivos. Para eso el Estado paga, aun cuando, a veces, lo que opinan los profesores les juegue en contra, pues esto es lo que nos define como Estado pluralista. "Nuestros funcionarios son un patrimonio que debemos desarrollar; no son un costo que debemos reducir ni debe convertírseles en bancos de prueba de nuestra superioridad jerárquica. Nada progresa infligiendo varapalos a las inteligencias indóciles, como la que probablemente adorna al juez Magariños. Por el contrario, hay que estimularlas para procurar así que las sentencia que se produzcan sean más bien jurisprudencia que una sucesión de naufragios" (151).

(151) Adhiero a la expresado por el juez Petracchi cuando, refiriéndose especialmente a los defensores oficiales que patrocinaron a Fernández Prieto en su denuncia ante la Comisión Interamericana, afirma que no cometieron ninguna falta ética, pues los funcionarios públicos no son "banco de prueba de la superioridad jerárquica". En efecto, los defensores públicos ejercen una función pública y están obligados a defender los derechos humanos de las personas, aunque en el ejercicio de esa función haya que decir a un organismo internacional que la justicia interna ha violado esos derechos humanos.

Por mi parte, coincido con Alejandro Carrió cuando al comentar la sentencia, señala que la dicotomía juez-profesor del voto de Petracchi no es correcta, pues Magariños es juez y es profesor; pero cuando es profesor no deja de ser juez y viceversa. El punto de partida del voto mayoritario es, pues, correcto; pero sólo el punto de partida pues además, había que resolver si realmente el dictamen implicaba ejercicio profesional. O sea, el tema era si cuando un profesor universitario, que además es juez, emite una opinión o dictamen (152) a pedido de un tercero, infringe alguna de las prohibiciones que lo acompañan siempre por su rango de juez. Para poder contestar, dice correctamente Alejandro Carrió, es decisivo el tipo de dictamen que se le requiere y la finalidad que el mismo pueda tener, justamente en función de los valores de imparcialidad, independencia y decoro. En el caso, concluye el autor al que vengo glosando, conocido defensor público de los derechos civiles de los habitantes de nuestro país, no correspondía la sanción porque "la contienda" en la que el juez estaba "interesado" no era una contienda judicial; era una denuncia ante la Comisión. La Comisión no decide los casos; recibe las denuncias. Es evidente que ese dictamen no hizo perder al juez ni la imparcialidad, ni la independencia, ni el decoro.

El caso que vengo relatando no concluyó allí. Posteriormente a la decisión administrativa de la Corte Federal, intervino el Consejo de la Magis-

Quizás, en el ámbito profesional de la contratación privada las cosas pueden ser diferentes, pero siempre y cuando no estén en juego violaciones a los derechos humanos; así, un tribunal decidió que "la conducta del consultor técnico que, sin previa consulta a su comitente, presentó en un expediente judicial un dictamen que no avalaba la posición de éste (en el caso, contrató al actor como consultor para juicios suscitados a raíz de la construcción de un complejo habitacional) configura una trasgresión al recíproco deber de lealtad, el cual existe en todo contrato bilateral, pues la buena fe contractual imponía al locador de los servicios honrar sus obligaciones mediante una conducta integralmente legal adecuada a las circunstancias" (CNFed. Civ. y Com., sala I, 2003/09/24, DJ, 2004-1-191).

(152) Uso indistintamente ambos términos, aunque no desconozco las diferencias sustanciales que tienen en otros ámbitos, por ejemplo en el derecho administrativo. Dice Fiorini: "Opinar no es dictaminar; quien opina expresa un parecer que es pasible de dudas; en cambio, cuando se emite un dictamen se aspira a decir una verdad porque su manifestación estuvo precedida de estudio, comparación, análisis y reflexión. El dictamen es un juicio de certeza y por ello no puede confundirse con el consejo o sugerencia" (FIORINI - MATA, *Licitación pública*, p. 143, citado por TORRES, Ismael, *Administración consultiva y dictamen jurídico. Pautas para una correcta elaboración*, DJ, 2004-1-175).

tratura (153), quien dejó la sanción sin efecto; en primer lugar, abordó su competencia (cuestión tratada en el voto de Bossert), y luego el fondo del asunto (considerandos 10 en adelante, en los que sigue básicamente el razonamiento del voto de Petracchi). Además, dijo que la sanción viola el derecho a la libre expresión, propia del sistema democrático.

Las vicisitudes de este procedimiento son por demás paradójales. En los países donde existe Consejo de la Magistratura, la cuestión debatida es si sus decisiones pueden ser revisadas por el Superior Tribunal jurisdiccional (en Italia y España, p. ej., si el Tribunal Constitucional puede dejar sin efecto una decisión del Consejo). En el caso bajo comentario, en cambio, es el Consejo quien ha dejado sin efecto una decisión de la Corte. Aunque estoy de acuerdo con lo decidido por el Consejo, no puedo dejar de señalar la gravedad institucional que ese control supone. Además, y en lo que es propio de estas reflexiones, entiendo que desde la perspectiva ética, la decisión de la Corte es altamente discutible, pues sancionó a un juez que la había criticado, justamente, por resolver en contra de los Derechos Humanos. Para la moral pública y el prestigio de la Justicia hubiese sido mejor que la Corte Nacional esperara la decisión del organismo Interamericano, y se avocara al estudio del expediente administrativo sólo si ese órgano, intérprete máximo de las violaciones de los Derechos Humanos en América, decía que no había existido vulneración alguna en su decisión.

En suma, creo correcta la conclusión de Manuel Atienza (154): Es lícito e incluso conveniente que exista críticas de los jueces a las sentencias de sus pares pues de esa manera se contribuye a la conformación de una opinión crítica libre. Sin embargo, es reprochable una crítica que no se centre en el contenido de la motivación y que se dirija fundamentalmente a suscitar reacciones emotivas, en lugar de a favorecer una discusión racional de la decisión.

d) Trato con las demás personas

El magistrado debe ser persona educada; por eso, dentro y fuera del proceso debe dirigirse a las demás personas sin ejercer presiones

(153) Consejo de Magistrados de la Nación, 01/07/2003, La Ley, 2003-F, 956, con nota aprobatoria de BIDART CAMPOS, Germán, *Lo que puede hacer un juez desde su función docente: ¿Qué es o qué no es incompatible?*

(154) ATIENZA, Manuel, *Ética judicial. Jueces para la democracia*. N° 40, marzo 2001, p. 18.

indebidas. Vincenzo Chieppa explica que “las buenas maneras entran en los deberes del magistrado cuya autoridad, aun en la función, en las relaciones con los abogados, con el personal del juzgado, con las partes y con todos los que intervienen en la justicia, no se demuestra con la cara adusta, no se refuerza con los puños, no se aventaja con la villanía de los modales, con las expresiones de suficiencia; la autoridad se expresa con la sustancial dignidad de la conducta, se refuerza y se aventaja con la cortesía del comportamiento que induce a escuchar a todos, pero escuchar estando dispuesto a aprender algo” (155).

La sala administrativa de la Suprema Corte de Mendoza comparte esta regla y, consecuentemente, llamó la atención a un juez de faltas que actuó descomedidamente en la calle contra agentes municipales, a quienes increpó para que no le impusieran una multa por mal estacionamiento de su vehículo, conminándolos para que lo acompañaran a su despacho. La Corte provincial reivindicó sus facultades de superintendencia y dijo que puede controlar la conducta de los magistrados sobre ciertos actos que, aunque no se cumplan en el ejercicio de la función pública, no se producen en el campo de su intimidad, sino que se cumplen en público y en grave detrimento de la imagen judicial (156).

Las inconductas de este tipo pueden llegar aún más lejos. El Tribunal Supremo español resolvió que “Constituye abuso de autoridad la actitud del juez que durante la absolución de posiciones da gritos o voces, impropios del ejercicio de la función jurisdiccional, que llegaron a provocar una situación de tensión nerviosa en una de las partes, todo lo cual constituye falta grave de exceso o abuso de autoridad” (157).

e) Algunas conductas públicas sin vinculación con la función judicial

He meditado sobre un caso francés vinculado a un abogado traspolándolo a un juez.

(155) CHIEPPA, Vincenzo, *Principi di un'etica professionale del magistrato*. En: *Studi in onore di Ernesto Eula*, t. I, p. 314, Ed. Giuffrè, Milano, 1957.

(156) SC Mendoza, sala III, 1996/08/23, “Intendente Municipalidad de Mendoza”, DJ, 1997-1-820 y en Foro de Cuyo 22-233, con nota de MONTBRUM, Alberto, *La Corte reafirma un principio republicano: Los jueces carecen de impunidad contravencional*.

(157) TS España, sala 3ª, 1997/07/14, Actualidad jurídica Aranzadi, Boletín del 04/09/1997.

Un tribunal de Bordeaux (158) dijo que la dignidad de la profesión de abogado excluye toda actividad pública o privada susceptible de atacar a esa dignidad; por eso, la profesión de abogado prohíbe a quien la ejerce, solicitar la generosidad del público tocando música en las calles y en los mercados fuera de toda organización social. Pero ese ataque no se produce si el público no está en condición de vincular la actividad de abogado y la de músico callejero que recurre a la generosidad del público con fines estrictamente privados. "Si en el momento en que él ejercía sus talentos de acordeonista en la vía pública, el abogado no tenía ningún vestido o signo exterior que rememorara su actividad, si sólo un público advertido puede hacer esa vinculación, entonces no corresponde sancionar disciplinariamente al abogado". Me pregunto qué habría resuelto un Consejo de la Magistratura si el músico callejero hubiese sido un juez.

f) El juez sin sentido del humor

Alguien ha dicho que "En general, el humor tiene su raíz en el fuerte deseo de desinflar la pomposidad de ciertos sistemas impuestos, los cuales no reconocen el caos y el absurdo de la mayor parte del mundo real".

¿Tiene el juez el deber ético de tener buen humor? ¿Debe desinflar la pomposidad? La justicia ha respondido negativamente (159): En un programa humorístico se mostraba las penurias por las que pasa una persona en los tribunales de familia. Dentro de la burla, jugaba un rol importante el apellido del juez, pues cada vez que el infortunado litigante estaba por concluir un trámite aparecía un sello que decía "Cancela", apellido de un magistrado del fuero de familia. La mayoría de la Corte acogió la demanda interpuesta. Dijo que si en un programa humorístico se pretendió criticar la deficiente administración de justicia mediante la recreación burlesca del funcionamiento de un juzgado de familia, la inclusión del apellido de un magistrado del fuero no aparece como un recurso justificado para tal fin, pues éste resultó injustamente identificado con la suma de males que se achacaban al sistema judicial vulnerándose así su integridad moral y su honor. El voto de la minoría

(158) Sala 1ª, 2003/06/03, "F.c. Conseil de L'ordre des avocats du Barreau de Bergerac" (La Semaine Juridique, 18/02/2004, p. 343, con nota de MARTIN, Raymond, *De la dignité d'un auxiliaire de justice*).

(159) CS, 1998/09/29, "Cancela c. Artear y Acher", La Ley, 1998-E, 574 y JA, 1999-II-167.

con el que coincido (Bossert, Petracchi y Belluscio), en cambio, dijo que la inclusión del nombre de un magistrado en un programa humorístico en el que se hacía burla del funcionamiento de un juzgado no genera responsabilidad para la conductora y coguionista si ésta consideró que dicha inclusión era útil para una sátira, pues ello excluye la culpabilidad necesaria para la atribución de responsabilidad. Petracchi recuerda las palabras de la Corte norteamericana cuando sostuvo que “debe tratarse a los jueces como hombres con fortaleza de ánimo, capaces de sobrevivir en un clima hostil” (331-US 376). La frase proviene de una disidencia de Holmes en el caso *“Toledo Newspaper Co v. United Status”*, quien dijo: “De un juez de los Estados Unidos se espera una firmeza de carácter normal”. La sentencia norteamericana se dictó sobre la base de los siguientes hechos probados: una controversia entre una concesionaria de tranvías y la ciudad, mantenida por años, terminó con una ordenanza que estableció la tarifa de tres centésimos a partir del 28/3/1914; un grupo de ciudadanos interesados iniciaron un proceso cautelar alegando que esa ordenanza era confiscatoria. El actor de esa acción era el director de un diario que por años había publicado información sobre el tema. El juez Killits dispuso una medida cautelar. Inmediatamente el diario publicó una caricatura en la que la línea de tranvías aparecía como un hombre en el lecho de muerte, sus amigos rodeándolo, y uno de ellos decía: “Hubiese sido mejor llamar al doctor Killits”. El juicio siguió adelante y durante seis meses, diferentes diarios hicieron alusión a esa caricatura; mientras tanto, el juez nada hacía; pero un día, consideró que todas esas caricaturas ofendían su propia autoridad por lo que, aun sin jurado, impuso al litigante una multa considerable. En disidencia, el juez Holmes, entendió que la sanción impuesta debía ser revocada (160).

XVI. Ética, docencia y judicatura

a) *Asumir un rol docente dentro del tribunal*

Llegada la oportunidad adecuada, y no como un deber insoslayable y omnipresente, para ayudar a los justiciables, es ético que el juez asuma un rol docente; por ejemplo, puede acontecer que una persona, enterada que una situación análoga a la que la aflige ha sido analizada previamente en ejercicio de dicha función judicial, cambie de actitud y decida

(160) COLMES, Oliver W., *Opinión dissenzienti*, p. 73, Ed. Giuffrè, Milano, 1975.

no acudir a la vía judicial. El ejercicio de esa función docente se advierte, de manera nítida, con la argumentación *obiter dictum* (161).

b) Ejercicio de la docencia universitaria

El ejercicio de la docencia por parte de los integrantes del Poder Judicial genera dificultades a veces difíciles de resolver; algunos jueces dan clase en horarios en que deberían estar atendiendo audiencias; otros, no han pisado nunca más la universidad desde que salieron de sus aulas permaneciendo ajenos a todas las reformas legislativas; en el medio de los dos extremos, puede visualizarse un amplio espectro de magistrados.

No debe extrañar, pues, el conflicto planteado entre Consejo de la Magistratura y Corte Suprema a raíz de esta cuestión. En efecto, mediante resolución 198/03, del 16/7/2003, el Consejo de la Magistratura dispuso que los magistrados pueden ejercer la docencia universitaria o la enseñanza superior equivalente, en cualquier lugar del territorio nacional, como profesores, directores de departamento, consejeros académicos, investigadores, directores de investigación o de tesis, jurados y otros cargos afines, cuando tales actividades no entorpezcan el normal desempeño judicial. Fundó esa decisión en varias razones: I) La formación permanente del juez es preocupación prioritaria; dar clases en facultades, obviamente, ayuda a esa formación; II) El art. 9° del decreto ley 1285/58 —Adla, XVIII-A, 587— prevé que los jueces deben pedir autorización para el desempeño de ese cargo, pero esas autorizaciones lo único que han producido es un desgaste administrativo inútil; III) El propio reglamento del Consejo acuerda puntaje por los antecedentes docentes; IV) No tiene sentido limitar esa actividad a un número determinado de cátedras u horas; cada juez debe juzgar hasta dónde la actividad docente le impide cumplir con sus tareas y si no lo hace está sometido al control disciplinario.

De este modo, el Consejo desoyó la resolución 504/03 de la Corte que había puesto restricciones a los jueces que se desempeñan como docentes en lugares distantes a más de 70 km. de su residencia. La decisión de la Corte se funda en el decreto ley 1285/58 y en el art. 8°, inc. k, del Reglamento para la Justicia Nacional. En el Consejo se comentó que si bien la resolución del 2003 se contrapone a lo dicho por la Corte, no la cuestiona sino que simplemente “reivindica la superintendencia

(161) PEYRANO, Jorge, *Perfil deseable del juez civil del siglo XXI*, en JA, 2001-IV-863.

que el Consejo tiene sobre el Poder Judicial. Según trascendidos, el integrante del Consejo que impulsó la iniciativa dijo que no entendía por qué la Corte “se basaba en normas del tiempo de las carretas para dejar a las facultades de Derecho sin profesionales capacitados”.

Frente a este tipo de conflictos parece razonable la solución del art. 3º.9. del Código de Ética de Córdoba: “El ejercicio de la administración de justicia no es incompatible con las funciones o actividades directivas relacionadas con la propia magistratura o vinculadas a la actividad científica, académica y cultural. Tampoco con la investigación o docencia superior. Todas ellas son compatibles en la medida que no afecten ni comprometan el ejercicio de la función de la magistratura”.

XVII. El deber ético del juez de pagar sus deudas

Un juez endeudado, que no hace honor a sus obligaciones, proporciona a la sociedad una mala imagen de la Justicia. No obstante, se discute cuál debe ser la reacción adecuada frente a esta situación.

Un tribunal de enjuiciamiento, por mayoría, dijo que “si bien es cierto que, en el caso, no puede decirse que el manejo de las finanzas personales evidenciada por el magistrado resulte elogiable, no es menos cierto que, a los fines de decidir su destitución, debe acreditarse que dicha comprometida situación económica personal tiene alguna incidencia en su actuación funcional”. En cambio, la minoría expresó que “los jueces que contraen obligaciones superiores a sus recursos, que están trabados en su libertad económica por la cuantía de sus deudas y que se ven perseguidos por sus acreedores, dejan de merecer la confianza pública, no ofrecen garantías de tranquilidad de espíritu, de serenidad de juicio, de imparcialidad y carecen de la autoridad moral que es inherente a la investidura (162).

XVIII. La ley de ética pública 25.188 y los jueces. Las declaraciones juradas del patrimonio. Una acordada de la Corte de vías de modificación

La ley de ética pública 25.188 —Adla, LIX-E, 5292— del 29/9/1999 establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades

(162) Trib. de Enjuiciamiento de magistrados de Córdoba, 1997/08/29, LLC, año 14, 1997, p. 802.

referentes a todos los funcionarios públicos. El art. 4° prevé la obligación de presentar una declaración jurada de bienes. El PE reglamentó la ley y excluyó de esa reglamentación a los magistrados, por lo que la Corte invocó los poderes implícitos y la reglamentó dentro del ámbito del Poder Judicial; lo hizo a través de una acordada que la doctrina califica de “institucional”. En esa normativa estableció que: 1) la Dirección de administración debe recibir las declaraciones juradas de los jueces y permitir su consulta bajo ciertas condiciones; 2) el alto tribunal no remitirá copia de tales declaraciones a la CNEP (Comisión Nacional de Ética Pública) ni ésta podrá requerirle informes. Esta segunda parte ha motivado, justamente, fuertes críticas: “¿Cómo esperar que la Corte se controle a sí misma?; ¿Cómo creer que la Dirección de administración general de la Corte, un organismo cuyo titular informa directamente a la Corte e, incluso, concurre a algunos acuerdos del cuerpo, controle adecuadamente a los ministros del tribunal?” (163).

Recientemente, el presidente Petracchi ha propuesto una nueva acordada que dé mayor transparencia al sistema. Es de esperar que no presente los mismos vicios.

XIX. El deber ético de pagar el impuesto a las ganancias

La acordada 20/1996 de la Corte Suprema de la Nación del 11/4/1996 (164) declaró la inaplicabilidad a los magistrados y funcionarios del Poder Judicial del art. 1° de la ley 24.631 —Adla, LVI-B, 1721— que derogó las exenciones contempladas en la ley 20.628 —Adla, XXXIV-A, 66—. En otros términos, el acto de la Corte implica declarar que los jueces están exentos del pago al impuesto a las ganancias. La acordada se fundó en los siguientes argumentos: I) Los poderes implícitos para pronunciarse sin un caso judicial, desde que la declaración formulada no atañe a las funciones jurisdiccionales, sino a la Corte Federal como cabeza de poder; II) La intangibilidad no es un privilegio sino una garantía de los justiciables. La “compensación” quedará reducida con el pago del impuesto, en violación a la norma constitucional; III) Sus propios antecedentes, como

(163) VENTURA, Adrián, *La ética y los jueces*, La Ley, 2000-B, 956. Cabe recordar que en 1996, en acordada 57/96, la Corte reglamentó las declaraciones juradas de los magistrados aceptando la invitación formulada por el PEN mediante decreto 494/95 (ver texto en DJ, 1996-2-1052).

(164) La Ley, 1996-D, 217 (no lleva la firma del juez Petracchi).

es el del 23/9/1936, "Fisco Nacional c. Rodolfo Medina", Fallos: 173-73; IV) La reiteración por la reforma constitucional del principio de intangibilidad absoluta, conducta que muestra la inequívoca voluntad de ratificarla, desde que el artículo no tuvo modificación alguna, por lo que debe entenderse que el reformador constituyente aceptó la interpretación de la Corte Federal; V) Los otros poderes no pueden modificar las garantías que el constituyente dio al Poder Judicial; bajo el ropaje de una legislación impositiva supuestamente respetuosa del principio de igualdad ante la ley se comienza a usar un sutil mecanismo de ulteriores impositivas. Los magistrados tienen gravados sus otros ingresos; por eso no se viola el principio de igualdad. No se trata de un conflicto individual con pluralidad de afectados que configure un derecho subjetivo de cada magistrado sino una injerencia legislativa que desorbita las facultades delegadas por la Constitución que afecta institucionalmente la independencia del Poder Judicial de la Nación.

A estos argumentos, Gordillo ha agregado uno de carácter eminentemente práctico pero altamente significativo desde lo institucional: "Si este impuesto debiese pagarse, el juez quedaría sometido a los controles de un funcionario administrativo, lo que es un verdadero dislate. Es realmente no entender de qué se trata el Estado de derecho" (165).

Un importante sector de la doctrina, entre otros, Germán Bidart Campos, García Belsunce, Herrendorf (166), ha criticado la referida acordada. Razonan del siguiente modo: a) Una acordada no es el medio para

(165) GORDILLO, Agustín, *Facultades reglamentarias de la Corte Suprema y remuneraciones e independencia de los magistrados*, Suplemento de jurisprudencia de derecho administrativo, *La Ley*, boletín del 25/10/1996, p. 13.

(166) BIDART CAMPOS, Germán, *La remuneración de los jueces como hecho imponible*, *La Ley*, 1996-D, 217; GARCÍA BELSUNCE, *Por qué los jueces deben pagar los impuestos*, Periódico Económico Tributario, 16/05/1996, p. 3; HERRENDORF, Daniel, *El poder de los jueces. Cómo piensan los jueces que piensan*, 2ª ed., p. 158, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994; NANO, Guillermo O., *La correcta interpretación del art. 110 de la Constitución Nacional. Especial enfoque respecto al Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires*, en Buenos Aires, *La Ley*, 2004-239; BRIANTI, Felipe O., *Las recientes acordadas sobre inaplicabilidad del impuesto a las ganancias a remuneraciones de jueces y funcionarios*, en *Rev. de Jurisprudencia Provincial*, sept. 1996, año 6, N° 9, p. 737; TELIAS, Sara Diana, *¿Tienen derecho los jueces y los legisladores a autoeximirse?*, Un caso de análisis económico de la ética, en: Periódico Económico Tributario, 18/10/1996. La tesis según la cual las remuneraciones de los jueces no están exentas fue defendida por Bielsa, Spota, Linares Quintana, entre otros.

declarar la inconstitucionalidad de una ley; b) El art. 110 dispone que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. No hay razones para sostener que el art. 110 (antes 95) es la excepción al art. 16; c) Pagar impuestos no es lo mismo que sufrir una disminución salarial; d) El impuesto a las ganancias afecta los ingresos del mismo modo que el resto de los impuestos directos o indirectos que no están exentos (al capital, IVA, etc.). Decir que la disminución es posible sólo cuando el gasto es voluntario, es insuficiente porque lo que gastamos en comer, vestirnos, etc., no es verdaderamente voluntario; e) Lo que la Corte dice hay que cumplirlo, porque "el derecho es lo que los jueces dicen que es", pero esta frase no siempre quiere decir que lo que la Corte dice sea la verdad; f) Algunas cláusulas constitucionales provinciales parecen aceptar expresamente la disminución por razones impositivas y de la seguridad social; en tal sentido, hacen referencia a que no podrán ser disminuidas salvo o sino "por disposiciones legales de carácter general" (Catamarca); "aporte de la seguridad social" (Jujuy); "fines de previsión, tributario o con carácter general" (Chaco); "impuestos y contribuciones generales" (La Pampa) (167), etc.; g) En EE.UU. en 1919, se dictó una ley que computa para el cobro del impuesto sobre la renta todas las ganancias percibidas y rentas, incluyendo los salarios que recibían los jueces federales. En "*Walter Evans c. Roger Gore*", la Corte Federal, con voto preopinante de Van Devanter, había afirmado que el Poder Legislativo no podía inmiscuirse en los sueldos de los jueces. Pero en 1939 esta jurisprudencia fue abandonada porque la mayoría de los jueces habían sido nombrados después de la entrada en vigencia de la ley que dice que tienen que pagar.

En mi opinión, las remuneraciones judiciales deben estar sometidas al régimen general del impuesto a las ganancias. Sin embargo, la opinión de Gordillo no debe ser despreciada; por el contrario, muestra dramáticamente el verdadero conflicto: en más de una ocasión, el problema se plantea por el desorden administrativo de los órganos recaudadores, desorden que provoca intimaciones a pagar impuestos que ya han sido cancelados. Por eso, quizás la mejor solución fuese que el porcentaje se descontase automáticamente de la remuneración o compensación; esto evitaría conflictos enojosos entre el ente recaudador y los jueces, individualmente considerados.

(167) Ver otras disposiciones constitucionales locales en BRIANTI, Felipe O., *Las recientes acordadas sobre inaplicabilidad del impuesto a las ganancias a remuneraciones de jueces y funcionarios*. En: Rev. de Jurisprudencia Provincial, sept. 1996, año 6, N° 9, p. 734.

XX. Algunas conclusiones provisionales

A muchos jueces argentinos nos es aplicable lo que, según Ortega y Gasset, ocurría con los españoles de su tiempo: “*No sabemos lo que nos pasa y eso es lo que nos pasa*” (168).

Creo, sinceramente, que los jueces deberíamos recordar más seguido las palabras del primer presidente de la Corte Federal norteamericana, John Jay, cuando dijo: “Además de hacer el bien, el gran objetivo de la administración de justicia debería ser lograr la satisfacción del público” (169), porque “antes que nada, la Justicia es una deuda que el magistrado acepta compartir desde que presta juramento y de la cual el deviene garante” (170). Tenemos esa deuda, porque los jueces debemos ayudar a conformar lo que Avishay Margalit (171) llama “La sociedad decente”; recuérdese que el autor distingue sociedad decente y sociedad civil. Civil es una sociedad en la cual los miembros no se humillan unos a otros; decente la sociedad en la que las instituciones no humillan a la persona. Por ejemplo, *el apartheid* es un modo de humillación institucional a través de la ley, y en tal sentido, puede decirse que la sociedad sudafricana no era decente. Los jueces integramos las instituciones del Estado y, por ello, para vivir en una sociedad decente, debemos respeto al justiciable y somos garantes de dar respuesta correcta a quien es humillado.

Una última reflexión; cada vez que dictamos una decisión, cada vez que transamos un conflicto, los jueces debemos tener presente la frase que Albert Einstein formuló para la humanidad: “Tendremos el destino que no hayamos merecido”. Los jueces actuales seremos o no sustituidos por otros sistemas según cuál sea nuestra actitud ética, en la que, como he expresado a lo largo de estas líneas, comprendo no sólo las conductas virtuosas, sino también nuestra actitud necesariamente eficiente. ♦

(168) Cit. por FRIAS, Pedro, *Prólogo al libro Justicia para todos*, p. 9, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1999.

(169) “Bradley v. Ficher” (1871), citado por WHEELER, Russell, *Algunos desafíos a la independencia judicial en el siglo XXI*. En: obra colectiva. *Justicia para todos*, p. 16, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1999.

(170) COMMARET, Dominique, *Les responsabilités déontologiques des magistrats à la lumière de la jurisprudence du Conseil Supérieur de la magistrature*. En autores varios. *Juger les juges. Du Moyen Âge au Conseil Supérieur de la magistrature*. París, La documentation française, p. 215, 2000.

(171) MARGALIT, Avishai, *La società decente*, Trad. de Andrea Villani, p. 49 y sigtes., Ed. Guerini e associati, Milano, 1998,

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

POR JUAN CARLOS CASSAGNE (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. Fundamento de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo: la tutela judicial efectiva. — III. Distintas clases de medidas cautelares. — IV. Las medidas cautelares típicas: prohibición de innovar y medida innovativa. — V. La suspensión del acto administrativo. — VI Las medidas de contenido positivo. La medida cautelar genérica del artículo 232 del Código Procesal. — VII. Las medidas autónomas y autosatisfactivas. — VIII. Cuestiones comunes que se plantean en el ámbito de los procesos cautelares. — IX. La contracautela. — X. Reflexiones finales.

I. Introducción

Toda persona puede encontrarse ante la situación de tener que accionar judicialmente a fin de obtener la tutela inmediata de sus derechos, lesionados por un acto administrativo, reglamento o ley, y aún por la inactividad material de la Administración en concederle o reconocerle su derecho, o bien, por el dictado de un acto o de un comportamiento material ilegítimo que lesiona su patrimonio, su libertad o cualquier otro derecho o interés digno de protección jurídica.

De cara a esa situación y sobre una técnica montada en la aplicación de las reglas que rigen el proceso cautelar en el orden civil, el derecho procesal administrativo comenzó tipificando la clásica medida de suspensión de los efectos del acto administrativo y terminó extendiéndola también a los reglamentos. Esta medida suspensiva, con los matices

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Juan Carlos Cassagne en la sesión privada del 14 de diciembre de 2000 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

propios que establecen los distintos ordenamientos comparados, ha sido durante mucho tiempo, la tutela cautelar típica del contencioso-administrativo, prescripta en aquellos países hispanos-americanos cuyos sistemas, en general, se nutren de fuentes provenientes principalmente de los derechos español, francés e italiano.

Era evidente que, al circunscribirse la pretensión cautelar a la medida suspensiva quedaban fuera del campo de la protección nada menos que los actos administrativos que denegaban los derechos básicos de las personas, los cuales precisan, muchas veces, contar con una tutela judicial inmediata cuando, conforme a la naturaleza de los derechos lesionados, la única forma de asegurar su efectividad se alcanza a través de medidas positivas (1) que hacen posible que el juez otorgue, sin las dilaciones del proceso ordinario, lo que la Administración le niega al ciudadano en forma arbitraria o manifiestamente ilegítima.

Contemporáneamente, el clásico proceso cautelar no puede soportar ya la presión de los judiciales provocada por la generalizada lentitud de los juicios, que sólo se resuelven al cabo de muchos años de trajinar por los tribunales, con olvido de aquella sentencia popular que dice que la justicia tardía no es justicia (2).

A su vez, la demora en la tramitación de los procesos ha impulsado la apertura de formas de tutela judicial anticipada y de urgencia que, si bien aparecen como consecuencia de la lentitud procesal responden a causas más profundas, en el sentido de que cualquiera sean las mejoras que permitan corregir la actual situación (incluso la sobrecarga de expedientes) igualmente tienen su razón de ser con independencia de los defectos que viene padeciendo el accionar del poder judicial.

Se trata, como más adelante veremos, de la irrupción de nuevos frentes que se han abierto en la lucha, por la realización de la tutela judicial efectiva, en que se encuentra empeñada gran parte de la doctrina y jurisprudencia europeas. Se habla ahora de las llamadas medidas auto-

(1) Vid por todos: GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., p. 225 y sigtes., Madrid, 1995.

(2) En muchas partes del mundo esto es así lo cual no es, desde luego, un consuelo, pero permite acaso corregir malas prácticas forenses y prevenirnos contra el abuso legislativo. En Inglaterra se dice "Justice delayed is justice denied".

satisfactivas (3), de la tutela anticipatoria (4) y de la necesidad de reformular la teoría de las medidas cautelares (5).

Así, mientras el reconocimiento de las medidas cautelares positivas deja de lado la interpretación más cerril del principio de la división de poderes potenciando el papel del juez en la realización de la justicia material, las medidas autosatisfactivas vienen a poner en crisis las relaciones de dependencia y el consecuente carácter instrumental o subsidiario propio de las típicas medidas cautelares del ordenamiento procesal civil. Por su parte, la denominada tutela anticipatoria, como ha advertido Cassese, ha terminado por desplazar el clásico juicio cautelar, al anticipar en éste el juicio de fondo (6).

Este nuevo panorama que exhibe tanto el derecho procesal civil como el contencioso-administrativo, conduce a interrogarnos si algo no se ha roto del antiguo molde al que estaba ceñida la tutela cautelar y si el fenómeno cuya extensión ya se vislumbra, reclama una mera adaptación de la teoría tradicional sobre las medidas cautelares o bien una distinta modulación que, sin destruir la unidad del proceso cautelar, permita hacer jugar las diversidades de una tutela de urgencia, a través de la búsqueda del fondo común que anida en todas ellas.

Si aún así subsistieran las dificultades técnicas (tanto prácticas como teóricas) para introducir las nuevas figuras en el modelo de la tutela cautelar habría entonces llegado el momento de preguntarse si no sería mejor encarar la construcción dogmática de cada figura en forma separada y autónoma, respecto de la categoría clásica.

Con todo, quedan muchos otros puntos de ese panorama sin resolver en forma compatible con el principio de la tutela judicial efectiva.

(3) Véase: CARRIZO, Andrea P. y LOVAGNINI, Mariel A., *Procedencia de las medidas autosatisfactivas en el ámbito del Derecho Administrativo*, en la obra colectiva *Medidas autosatisfactivas*, dirigida por Jorge W. Peyrano, p. 627, Santa Fe, 1999.

(4) MORELLO, Mario Augusto, *La tutela anticipatoria ante la larga agonía del proceso ordinario*, ED, 169-1631.

(5) PEYRANO, Jorge, *Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas*, JA, 1997-II-926.

(6) CASSESE, Sabino, *Le basi del Diritto Amministrativo*, p. 454, Milán, 1995.

Al respecto, si bien la jurisprudencia ha sido siempre, en nuestro país, la principal avanzada que ha quebrado la tendencia que sostenía una rigurosa defensa de los poderes de la Administración y del Parlamento frente a los del juez, se da la paradoja que estos poderes, en materia cautelar, se han interpretado y aún hoy continúan interpretándose en forma restrictiva (en contra de la persona que reclama la tutela judicial efectiva) sin que exista principio o norma alguna que proclame semejante regla.

Cuestiones tales como la excepción de interés público para impedir el dictado de la medida cautelar, la exigencia de requerir que se plantee previamente el pedido de suspensión de los efectos del acto en sede administrativa junto a la apreciación rigurosa de los requisitos que justifican su procedencia, aún en casos de inactividad material o de vías de hecho, hasta negar la potestad al juez para condenar a la Administración al dictado de medidas positivas, han puesto en crisis no solamente la clásica ecuación entre prerrogativa y garantía sino, fundamentalmente, el principio de la tutela judicial efectiva.

En nuestro medio existe la creencia de que el proceso judicial más apto para obtener la protección de los derechos constitucionales es el juicio de amparo, sin reparar en que este proceso sumarísimo se abre exclusivamente frente a una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, es decir, cuando se cuenta con una fuerte apariencia de buen derecho que surja en forma patente y notoria del propio acto, sin necesidad de mayor debate y prueba.

Sin descartar la utilización del amparo cuando se dan los requisitos que permitan promoverlo es evidente que este proceso resulta inadecuado para resolver situaciones que demandan una medida cautelar autosatisfactiva o de urgencia.

Supongamos, por un momento, que un ciudadano recibe una orden administrativa ilegal para incorporarse a las fuerzas civiles y militares que combaten un incendio forestal sin que dicha orden exhiba una ilegalidad manifiesta.

En tal caso, como el amparo no resulta la vía apta para satisfacer su pretensión y cualquier otro proceso tampoco le permite arribar a este resultado, la real posibilidad para la protección efectiva de su derecho consiste en obtener judicialmente la suspensión del acto administrativo

a través del proceso cautelar o la concesión de una medida cautelar positiva (7).

En cualquier caso, la tutela cautelar se otorgaría en forma previa y autónoma, aplicando el criterio según el cual procede la suspensión del acto administrativo, cuando los daños que provoca su ejecución sean graves (8) y mayores que los que genera el mantenimiento de la suspensión mientras tramita el proceso.

II. Fundamento de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo: la tutela judicial efectiva

Si bien la medida cautelar clásica nació en los ordenamientos procesales civiles el transplante de las técnicas del derecho procesal civil al contencioso-administrativo no se produjo siempre de la misma manera pues mientras, algunos ordenamientos como nuestros códigos provinciales en lo contencioso-administrativo, tipificaron la suspensión de los efectos del acto administrativo, otros sistemas acudieron a la aplicación analógica, de la normativa del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyas prescripciones ampliaron el universo de las medidas cautelares contra la Administración, sobre la base de los clásicos requisitos procesales ("*fumus boni iuris*" y "*periculum in mora*").

Esta fue, precisamente, la orientación seguida en el orden nacional que se adelantó, en muchos años (9), a la tendencia de muchos siste-

(7) En la jurisprudencia italiana el Tribunal Administrativo Regional del Lazio (Sezione Prima-bis) ordenó en un caso al Instituto Superior de Sanidad la compra gratuita de un fármaco para un paciente oncológico (Cfr. Or. 9 de marzo de 1998 n. 580) tal como se recoge en: SORACE, Doménico; MARZUOLI, Carlo; ORSI BATTAGLINI, Andrea y CORPACI, Alfredo, *Materiali del Diritto Amministrativo*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2000.

(8) Vid: MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, ps. 660-661, Buenos Aires, 1990 y nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, p. 242, 6ª ed., Buenos Aires, 1998. Nuestro criterio fue recepcionado expresamente en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (artículo 189, inc. 2) al abordar la suspensión judicial de la ejecución del acto administrativo.

(9) GRAU, Armando E., *No innovar contra la Administración Pública (Medida de)*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", XX, Buenos Aires, 1965, p. 273, recordando el caso promovido por Juan José Soto solicitando se deje sin efecto una orden de traslado dispuesta por el Poder Ejecutivo durante la vigencia del estado de sitio "mientras se resolviera sobre la constitucionalidad de la medida". Ese pedido fue finalmente rechazado por la Corte Suprema como lo recuerda el pronunciamiento de Fallos: 3:411.

mas europeos (inclusive el español) reconociéndose a partir de mediados del siglo XX, que los jueces disponían de plena potestad jurisdiccional para dictar medidas cautelares tanto negativas (la clásica suspensión de los efectos del acto administrativo) como positivas.

Ahora bien, las medidas cautelares en el proceso civil persiguen un fundamento que, en alguna medida y en lo sustancial, difiere del que tienen en el contencioso-administrativo. De un lado, no puede negarse que, al igual que lo que acontece en el proceso civil, la medida cautelar traduce una garantía jurisdiccional (10) que tiende a mantener la igualdad de las partes en el proceso con el objeto de resguardar la inalterabilidad de la cosa litigiosa y la consecuente inmodificabilidad de las cosas objeto de la *litis* (11).

En ambos sistemas también resulta evidente que la tutela cautelar procura asegurar los derechos de los litigantes haciéndolos efectivos y evitando su frustración anticipada (antes de la sentencia). Pero, hay que advertir que en el contencioso-administrativo las medidas cautelares despliegan todas las posibilidades que brinda el principio de la tutela judicial efectiva a fin de compensar el peso de las prerrogativas de poder público (12).

En tal sentido, el principio de la tutela judicial efectiva, que se encuentra en la base de nuestro ordenamiento (13) y el de otros países (14), constituye el fundamento de esta clase de medidas que más que apuntar a la inmodificabilidad de la cuestión litigiosa y a la eficacia de la

(10) Cfr. GARCIA PULLES, Fernando, *Actividad cautelar en el proceso contra la Administración Pública*, en RAP N° 203, p. 14, Buenos Aires, 1995.

(11) Cfr. COLOMBO, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado y comentado*, t. 1, ps. 382-383, Buenos Aires, 1975.

(12) Con todo hay que advertir que, en el derecho argentino, la ejecución coactiva del acto por la Administración constituye la excepción al principio de que ella debe ser dispuesta por los jueces cuando recae sobre los bienes o las personas (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6ª ed., t. II, ps. 241-242, Buenos Aires, 1998).

(13) Art. 8° inc. 1° del Pacto de San José de Costa Rica y art. 2° incs. 2 y 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), directamente aplicables conforme al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Adla, XLIV-B, 1250; XLVI-B, 1107).

(14) Art. 24 de la Constitución Española.

sentencia vienen a garantizar la legitimidad del obrar administrativo y a evitar daños a los particulares en sus relaciones con la Administración, asegurando sus derechos mientras se sustancia el proceso principal y, aún, con independencia de este último.

Por estas razones, las normas del ordenamiento procesal civil se aplican solo ante los vacíos legales, y, en cualquier caso, mediante la técnica de la analogía (15) y no de la subsidiariedad, lo cual torna incompatible exigir para la suspensión del acto administrativo prescripta en el art. 12 de la L.N.P.A. (Adla, XXXIX-C, 2339 —t. a.—, los requisitos de fundabilidad exigidos por ordenamiento procesal civil (art. 230l, Cód. Procesal).

A su vez, no se puede desconocer la íntima conexión que existe entre la efectividad de los derechos y la configuración de la urgencia como requisito común de la tutela cautelar tanto en el proceso civil como en el contencioso-administrativo que ha hecho que el "*periculum in mora*" se erija en uno de los requisitos de fundabilidad que abre el cauce al otorgamiento de una medida cautelar.

Sin embargo, el problema fundamental que plantea la construcción dogmática de la tutela cautelar en el proceso administrativo pasa por un concepto jurídico indeterminado como es el "*fumus boni iuris*" en el que se pone a prueba, en algunos supuestos, la tensión entre la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad del acto administrativo (que, en nuestro derecho, no es equivalente al privilegio de autotutela que se afirma en el derecho español) y el ejercicio de la tutela cautelar garantística que permite restablecer rápidamente la legalidad de un modo efectivo. Algo similar ocurre con la aplicación y obligatoriedad de reglamentos.

Y esa tensión se resuelve, en algunos casos, de reunirse los requisitos de fundabilidad, mediante una medida cautelar que satisface la pretensión de que, en forma provisoria, restablezca la situación existente con anterioridad al dictado del acto administrativo.

Pues aun cuando tal restablecimiento fuera provisoria (como ocurre en los supuestos de la tutela cautelar típica) la subsistencia de una acción administrativa ilegítima, mientras tramita el proceso principal,

(15) Véase nuestro *Derecho Administrativo*, t. I, p. 175.

afectaría la efectividad de los derechos e intereses de la persona, que le serían reconocidos tardíamente, después de un largo proceso, a través de una sentencia que carecería de utilidad práctica.

Por otro lado, numerosos ejemplos de la vida real reafirman la necesidad jurídica de hacer efectivos los derechos antes o con independencia de la sentencia de fondo. Tal es lo que ocurrió en el caso de un deportista que fue ilegítimamente excluido de participar en la selección nacional que disputaba una competencia internacional, a raíz de una arbitraria decisión del director técnico. En tal caso, si no hubiera obtenido una medida cautelar que restableciera en tiempo oportuno su derecho a participar en el torneo, de nada le hubiera valido obtener una sentencia de mérito que declarase la ilegitimidad de la exclusión y las compensaciones económicas del caso, pues la sustancia de su derecho era la de disputar efectivamente los partidos de dicho torneo internacional, lo cual sólo podía llevarse a cabo mediante una medida cautelar dispuesta por un juez "*inaudita parte*".

III. Distintas clases de medidas cautelares

Las categorías jurídicas suelen nacer de un proceso de destilación de una construcción dogmática que pone el acento en la unidad de ciertas semejanzas que aparecen en las cosas y en las ideas que operan sobre la realidad.

En el mundo del derecho las categorías jurídicas integran la parte dogmática del derecho administrativo y sin limitarse a un puro nominalismo desprovisto de sentido contribuyen al conocimiento del derecho convirtiéndose en las herramientas que utilizan los legisladores y los jueces para deslindar instituciones y aplicar un determinado régimen jurídico en forma homogénea a la respectiva categoría e interpretar los supuestos de duda o de vacío legal, lo cual contribuye, sin duda, a la seguridad jurídica.

Ahora bien, cuando no son el producto de un abuso conceptualista, ellas subsisten en la dogmática jurídica en la medida en que reportan utilidad para la realización de los fines prácticos que persigue el derecho, a través de su recepción constante y reiterada por parte de la comunidad jurídica guiada básicamente por la jurisprudencia y la doctrina.

De ello se desprende que toda categoría jurídica corre siempre el riesgo de perecer o transformarse, pues para alcanzar una vigencia efectiva

precisa amoldarse a la realidad y ser útil como instrumento de realización del derecho.

En tal sentido, algunos juristas se preguntan ahora si no resulta necesario reformular la tutela cautelar clásica e incluir en una categoría más genérica bajo la denominación de tutela de urgencia (16) incluyendo en esta última las llamadas medidas autosatisfactivas.

A nuestro juicio, la unidad que exhibe el proceso cautelar no se resiente por el hecho de incorporar nuevas formas de tutela. En tal sentido, no obstante la transformación que se viene operando en los ordenamientos procesales comparados, la urgencia continúa siendo un presupuesto común de la tutela cautelar siendo también advertible que las diversidades propias de cada clase de medida son reconducibles a un mismo procedimiento, aun cuando difieran los requisitos exigidos para decretar su procedencia.

Con esas salvedades, abordamos a continuación las diferentes clases de medidas cautelares.

IV. Las medidas cautelares típicas: prohibición de innovar y medida innovativa

En nuestro país, la medida cautelar típica reconoce su origen, en el orden nacional, en las prescripciones del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (arts. 230 a 232, Cód. Procesal) aplicable por analogía ante la falta de normas generales en el contencioso-administrativo que, como veremos más adelante, solamente ha regulado, en forma específica, la suspensión del acto administrativo a partir de la sanción de la L.N.P.A. en el año 1972 (art. 12).

Antes de esa fecha y por cierto en forma reiterada hasta la actualidad se aplicó y continúa aplicando la normativa que regula la tutela cautelar civil que faculta al juez a decretar la prohibición de innovar, "inaudita parte", cuando concurren el "*fumus boni iuris*" y el "*periculum in mora*" (art. 230, Cód. Procesal).

Si bien, en general una parte de la doctrina procesalista influida más por el título de la norma ha considerado que el art. 230 del Cód. Procesal,

(16) PEYRANO, Jorge W., *Informe sobre las medidas autosatisfactivas*, La Ley, 1996-A, 999 y sigtes.

se refiere exclusivamente a la prohibición de innovar, existen autorizadas opiniones que han interpretado que el concepto legal incluye también a las medidas innovativas (17) y aunque esta no haya sido la tendencia jurisprudencial observada por nuestros tribunales lo cierto es que dicha norma contempla tanto la posibilidad de la alteración como del mantenimiento del "*statu quo*".

Por su parte, además de la prohibición de contratar, legislada en el art. 231 del Cód. Procesal, el ordenamiento procesal civil contempla las llamadas medidas cautelares genéricas que han permitido dictar a los jueces medidas urgentes, de contenido positivo, contra la Administración, cuando el particular pudiere sufrir "*un perjuicio inminente e irreparable*" (art. 232, Cód. Procesal).

El proceso cautelar típico tramita por incidente y está vinculado al proceso principal el cual, en caso de no promoverse en el plazo de diez (10) días siguientes al de su traba (art. 207, Cód. Procesal), provoca la caducidad de la medida cautelar.

Pero tanto en el supuesto de la prohibición de innovar como en el de las medidas innovativas de contenido positivo, la idea que subyace en la construcción procesal consiste en que la primera procede para mantener la igualdad de las partes en el proceso e impedir que la modificación de la situación de hecho o de derecho "*pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible*" (18) mientras la medida de urgencia, en aplicación de esa misma finalidad se decreta "*para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia*" (19).

Va de suyo que en la relativización de esta "*provisionalidad*" que, como fue señalado en su momento por la doctrina (20), constituía uno de los

(17) Cfr.: PALACIO, Lino Enrique, *La venerable antigüedad de la medida cautelar innovativa y su alcance actual*, en libro *Medidas Cautelares*, t. 1, p. 105, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998. En sentido similar: GARCIA PULLES, Fernando, *op. cit.*, p. 21.

(18) Art. 230 inc. 2, Cód. Procesal.

(19) Art. 232, "*in fine*", Cód. Procesal.

(20) PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, t. VIII, ps. 48-50, Buenos Aires, 1985; CHINCHILLA MARIN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, p. 34 y sigtes., Ed. Civitas, Madrid, 1991.

rasgos comunes de las medidas cautelares típicas, se encuentra el punto más álgido de la crisis que ha padecido el sistema cautelar clásico que enfrenta —como se verá más adelante— el reconocimiento de las llamadas medidas autosatisfactivas.

Otro de los aspectos de la concepción tradicional que resulta cuestionado radica en la posibilidad de prejuzgar sobre el contenido de la sentencia definitiva que tendrá que dictar el juez, lo que ha conducido a exigir que el objeto de la pretensión cautelar sea distinto al de la pretensión que será objeto de la sentencia que se dicte en el proceso principal.

La experiencia nos indica no sólo que resulta muchas veces imposible, o al menos difícil, impedir que los jueces prejuzguen al dictar una medida cautelar sino lo que es más grave aún, que los litigantes suelen inventar una pretensión principal distinta, sobre la que carecen realmente de interés, con tal de obtener la tutela cautelar que satisfaga sus pretensiones en forma inmediata y efectiva.

Frente a dicha problemática, la tutela judicial efectiva exigirá sin duda en el futuro que el derecho procesal supere tanto las fórmulas que impiden prejuzgar sobre la pretensión de fondo como las que prohíben tramitar un proceso cautelar cuya pretensión sea idéntica a la del principal, admitiendo dos fases de un mismo proceso, una provisoria y urgente y otra definitiva, sin perjuicio de que la tutela cautelar puede también proceder, en ciertas circunstancias de máxima urgencia, con independencia del proceso principal y aún sin necesidad de que éste se promueva.

Un ordenamiento de avanzada en esta materia, como es, el Código Contencioso y Tributario Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, admite la procedencia de las medidas cautelares "*aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida*" (21).

V. La suspensión del acto administrativo

En el contencioso-administrativo clásico, representado en Argentina por los Códigos provinciales, la única medida cautelar que se regulaba

(21) Código cit., ley 189, art. 177, "in fine" (Adla, LIX-D, 4517).

era la suspensión del acto administrativo, es decir, la suspensión de su cumplimiento o ejecutoriedad (22).

No obstante, la ausencia de un Código en el orden nacional condujo tanto a la jurisprudencia como a la doctrina, a recepcionar, por analogía, la llamada figura de la "*prohibición de innovar*", legislada en el ordenamiento procesal civil, cuya utilización en los procesos cautelares permitió obtener la suspensión de los actos administrativos como lo confirman los numerosos fallos de los tribunales dictados, sobre todo después de la década iniciada en 1960. Por lo demás, resulta obvio que esta medida se transforma en innovativa si recayera sobre un acto administrativo que comenzó a producir sus efectos al tiempo de dictarse por el juez la medida precautoria.

Con posterioridad y a partir del tratamiento que hicimos de la cuestión dentro de la teoría del acto administrativo (23) un sector de la doctrina (24) impulsó la aplicación de la fórmula contenida en el art. 12 de la L.N.P.A. al contencioso-administrativo, sosteniendo que el régimen de la suspensión de los efectos del acto posee su regulación propia en dicha ley, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil.

En esa línea se ha dicho que "*si bien la norma transcripta se refiere a la suspensión que tiene lugar en la órbita administrativa no existe impedimento para decretarla, en iguales condiciones, en sede judicial*" (25).

(22) GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, 2ª y 3ª ed., Madrid, 1994-1998; D'ARGENIO, Inés, *Las medidas cautelares en el proceso administrativo. La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires*, ED, 156-217; VALLEFÍN, Carlos, *La suspensión judicial de los actos administrativos en el proceso administrativo provincial*, JA, 1992-I-904.

(23) Véase nuestro: *Acto Administrativo*, p. 343 y sigtes., Buenos Aires, 1981.

(24) Cfr. BARRA, Rodolfo Carlos, *Efectividad de la tutela judicial frente a la Administración: suspensión de ejecutoriedad y medida de no innovar*, ED, 107-419 y sigtes.; HUTCHINSON, Tomás, *La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar propia del proceso administrativo. Su aplicación en el orden nacional*, ED, 124-679; HALPERIN, David A., *Las sentencias del Tribunal Fiscal y la prohibición de innovar*, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 1, p. 131 y sigtes., Buenos Aires, mayo-agosto, 1989; DE LAZZARI, Eduardo N., *Medidas cautelares*, t. II, p. 245, La Plata, 2000.

(25) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., *Las medidas cautelares contra la administración: fundamentos, presupuestos y aplicación del artículo 12 de la ley 19.549*, La Ley, 1993-D, 706.

Las condiciones que prevé el art. 12 de la L.N.P.A. para tornar procedente la medida de suspensión son tres, a saber: a) que se alegue fundamentadamente una nulidad absoluta, lo que se ha interpretado, en armonía con la posición que venimos manteniendo (26), en el sentido de que la nulidad debe surgir notoriamente del propio acto, es decir, que se trate de una nulidad manifiesta (27); b) existencia de motivos de interés público, y c) que se dicte para evitar perjuicios graves al interesado.

A la vista de ese marco legal se ha interpretado que basta la ocurrencia de uno solo de tales requisitos para que el juez quede habilitado a dictar la suspensión de los efectos del acto administrativo (28) sin que quepa adicionar los requisitos genéricos que prescribe el art. 230 del Cód. Procesal (verosimilitud del derecho y peligro en la demora).

Al respecto, si la jurisprudencia ha atenuado la exigencia conjunta del "*fumus boni iuris*" y del "*periculum in mora*" conforme al criterio que sostiene que "*a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente en la gravedad e inminencia del daño y viceversa, cuando existe la evidencia de un daño de extrema gravedad e irreparabilidad el rigor acerca del 'fumus boni iuris' se puede atenuar*" (29), ese criterio neutraliza la incidencia que podría tener la aplicación de los requisitos que prescribe el art. 230 del Cód. Procesal (30) al supuesto previsto en el art. 12 de la L.N.P.A.

(26) Véase nuestro: *Derecho Administrativo*, cit., t. II, p. 245.

(27) Cfr. HUTCHINSON, Tomás, *La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549*, t. I, p. 270.

(28) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., op. cit., p. 706.

(29) De todas formas, como se requiere siempre una mínima acreditación de la verosimilitud del derecho (Cfr. GALLEGOS FEDRIANI, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración Nacional (Principios jurisprudenciales)*, La Ley 1996-B, 1055. Véase: CNFed. Contencioso-administrativo, sala I, "Font, Ricardo M. c. Estado nacional" (Ministerio de Educación y Justicia) s/amparo, 05/06/86. En igual sentido, CNFed. Contencioso-administrativo, sala I, Banco Juncal Coop. Ltda. c. Banco Central, 23/7/85; "Roman Marítima S.A. c. Administración General de Puertos s/nulidad de acto administrativo", 3/7/86; CNFed. Contencioso-administrativo, sala II, Continental Illinois National Bank and Trust Company of Chicago c. Banco Central s/nulidad, 09/04/92; Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2, Santa Juana S.C.A. c. Gobierno nacional, JA, 1988-II-301.

(30) Cfr.: HALPERIN, David A., op. cit., ps. 137-138.

Un dato de la experiencia judicial revela que la sala III de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió la suspensión de un acto administrativo de la D.G.I. que en forma arbitraria (con falta de fundamentos razonables) denegó una compensación, con fundamento en el art. 12, parte 2ª de la L.N.P.A. (31).

Por lo demás, una práctica jurisprudencial reiterada ha venido reconociendo en el contencioso-administrativo federal la posibilidad de dictar una medida precautelar o subcautelar que consiste en la suspensión preventiva de los efectos de un acto administrativo mientras el juez analiza y decide acerca de la procedencia de la pretensión cautelar la cual suele concederse cuando el tribunal considerase necesario requerir un informe previo a la demandada, tal como lo prescribe el art. 23 inc. 1º del Cód. Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Adla, LVII-E, 6207).

De otra parte, cuadra apuntar que el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires ha legislado, como medida cautelar específica, la suspensión de la ejecución del acto administrativo en los siguientes términos:

“Las partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos:

1. Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público.

2. si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión.

(31) “In re” Exxon Chemical Argentina S.A. c. Dirección General Impositiva, La Ley, 1998-C, 345, con comentario de Pedro Zambrano. En ese caso, el tribunal consideró suficiente para fundar la suspensión del acto administrativo la invocación de solo uno de los requisitos del art. 12 de la L.N.P.A.: la alegación fundada de una nulidad absoluta (que en el caso se configuró arbitrariedad por falta de fundamentación razonable).

La autoridad administrativa correspondiente, puede solicitar el levantamiento de la suspensión, en cualquier estado del trámite, invocando fundadamente que ella provoca un grave daño al interés público. El tribunal, previo traslado a la contraparte por cinco (5) días, resuelve el levantamiento o mantenimiento de la medida. En la resolución se declara a cargo de la autoridad administrativa peticionante la responsabilidad por los perjuicios que irroge la ejecución en el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda o recurso (32)."

La tendencia a regular en forma separada la medida cautelar de suspensión del acto administrativo ha sido también seguida en el Código de la Provincia de Buenos Aires (33), si bien con requisitos diferentes en cuanto al "fumus" pues mientras por una parte (1) mantiene el requisito de la verosimilitud del derecho en vez de la ilegalidad manifiesta lo que si bien puede ampliar las posibilidades de la pretensión cautelar en realidad resulta sobre abundante, dado que ya se encuentra contemplado en la fórmula genérica del artículo 22, ap. 1, inc. a) por la otra (2) exige que el tribunal evalúe si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles (34).

VI. Las medidas de contenido positivo. La medida cautelar genérica del artículo 232 del Código Procesal

Al superarse arcaicas concepciones que, con fundamento en el principio de división de poderes, negaban a los jueces la facultad de dictar medidas cautelares positivas contra la Administración (y aún sentencias definitivas que superaran el estrecho marco impuesto por el dogma revisor) se abrió un amplio cauce para el reconocimiento de la potestad judicial de decretar, en los procesos cautelares, medidas de contenido positivo.

Como el universo de situaciones en las que es necesario acudir a la tutela cautelar excede el margen de la medida de suspensión prevista en el art. 12 de la L.N.P.A. (35) la jurisprudencia ha terminado utilizando

(32) Art. 189 del Cód. Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.

(33) Art. 25, ap. 1.

(34) Art. 25, ap. 1.

(35) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., *op. cit.*, p. 692.

la figura de la medida cautelar genérica prevista en el art. 232 del Cód. Procesal (36).

Y si bien esta norma requiere que se configure la situación de peligro inminente e irreparable, creemos que, por analogía, también resultará procedente la medida cautelar —particularmente la positiva— en caso de concurrir el requisito de ilegalidad específico que prevé el art. 12 de la L.N.P.A., es decir, la alegación fundada de una nulidad absoluta, que en tales casos, juega como un requisito inherente a la apariencia de buen derecho (“*fumus*”).

Cabe señalar que las medidas positivas, que son una especie dentro de las innovativas, no obstante haberse considerado erróneamente de interpretación restrictiva y de carácter excepcional (37) vienen dictándose por los tribunales desde tiempo atrás, no siendo una novedad para el contencioso administrativo argentino. En tal sentido, el Código Procesal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires las contempla expresamente (art. 22 inc. 3°) así como también las ha previsto el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (38).

Como ha anotado Soria, se trata de la emisión de mandatos judiciales orientados a exigir de las entidades públicas determinadas conductas a seguir, ya sea que estos consistan en obligaciones de dar o de hacer (39) procediendo tanto en ejercicio de la potestad reglada como de la discrecional (40), aun cuando su procedencia resulta más nítida en la actividad reglada. Lo que el juez tiene que apreciar más que la naturaleza

(36) Hay que tener en cuenta, como se ha visto, las posibilidades que brinda el art. 230 del Cód. Procesal para dictar medidas innovativas.

(37) Véase entre otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación el caso “Camacho Acosta”, La Ley, 1997-E, 653.

(38) Ley 189, art. 177.

(39) SORIA, Fernando, *La medida cautelar positiva en el proceso administrativo (Notas sobre un nuevo avance jurisprudencial)*, ED, 182-1126.

(40) En sentido similar, aunque menos terminante: SORIA, Fernando, op. cit., p. 1126; en contra: COMADIDRA, Julio R., *Algunas reflexiones en torno a las medidas cautelares positivas*, ED, 178-788.

reglada o discrecional de la respectiva actividad es el derecho del administrado a la tutela cautelar y los requisitos de fundabilidad de ésta.

VII. Las medidas autónomas y autosatisfactivas

La última novedad que exhibe actualmente el derecho procesal argentino radica en la llamada medida autosatisfactiva, que un sector de la doctrina incluye dentro de la categoría más genérica de la tutela de urgencia (41), cuya aplicación ha comenzado a propiciarse en el campo del contencioso-administrativo (42).

Se trata de medidas que se caracterizan, al margen de la tutela judicial clásica, por la satisfacción definitiva y única de la pretensión (43).

Entre los casos más comunes registrados por la jurisprudencia, que explica por sí mismo esta clase de tutela judicial, se encuentra la medida que ordena a la Administración a concederle al particular vista de las actuaciones administrativas, ya sea en caso de silencio o de una denegatoria arbitraria. Si el administrado opta por la vía de la tutela autosatisfactiva la decisión del juez otorgando la vista en un proceso cautelar o de urgencia agota su pretensión de un modo único y definitivo situación que también puede darse en otros casos (44).

Como puede advertirse, estas medidas no son instrumentales o accesorias respecto de proceso principal alguno y, por tanto, son autónomas.

Ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de que se dicten medidas cautelares autónomas (en el sentido de que pueden promoverse antes de la promoción de un proceso principal) que no sean autosatisfactivas como lo ha venido admitiendo la jurisprudencia de nuestros tribunales. En tales supuestos, la medida cautelar se presenta como autónoma

(41) Cfr.: PEYRANO, Jorge W., *op. cit.*, JA, 1997-II-940.

(42) CARRIZO, Andrea P. y LOVAGNINI, Mariel A., *op. cit.*, p. 627 y sigtes.

(43) PEYRANO, Jorge W., *op. cit.*, JA, 1997-II-929.

(44) Vid. El caso "Barrosa, Gladys A. c. Telecom Argentina S.A., en el que la sala I de la CNFed. Contencioso Administrativo dispuso ordenar a la prestadora a que se abstenga de interrumpir el servicio telefónico, publicado en La Ley, 1992-C, 150.

e instrumental, al propio tiempo, pues obliga al particular a promover la acción de fondo dentro del plazo de caducidad que fija la ley.

En esta tesitura, la jurisprudencia ha decretado la procedencia de una medida de suspensión de los efectos de un acto administrativo mientras tramita el recurso jerárquico interpuesto contra dicho acto, si bien supeditando su otorgamiento al previo pedido de suspensión en sede administrativa (45).

En nuestra opinión, concordante con un sector de la doctrina (46), esta última exigencia configura un requisito inútil (pues la Administración prácticamente nunca resuelve suspender el acto) que conculca, además, el principio de la tutela judicial efectiva al prolongar innecesariamente la iniciación del proceso cautelar con mengua de los derechos de las personas que tendrán que soportar, mientras tanto, la ejecución de un acto administrativo manifiestamente ilegal.

No se nos escapa que el principal cuestionamiento que puede enfrentar la recepción de la medida autosatisfactiva radica en la indefensión del demandado dado que, en nuestro ordenamiento, ellas se decretan "*inaudita parte*", por aplicación analógica de las reglas que rigen la tutela cautelar.

No obstante, aun cuando la medida autosatisfactiva podría tramitarse en dos fases del proceso (una provisional y otra definitiva) la indefensión podría superarse mediante la concesión de un breve traslado a la otra parte, antes de la resolución definitiva o la comparencia, también en plazo breve, sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida cautelar (47).

(45) Esta doctrina fue sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Hughes Tool", La Ley, 1985-C, 141; ver también sala III, CNFed. Contencioso Administrativo, los casos "Romero", La Ley, 1985-C, 140-146 y "Tienda León", La Ley, 1996-D, 127, entre otros.

(46) GAMBIER, Beltrán y ZUBIAUR, Carlos A., *op. cit.*, ps. 704-705. El Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires prescribe, en forma expresa, que "para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo no será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa" (art. 25, ap. 2).

(47) Tal como lo prescribe el art. 135 de la ley de la jurisdicción Contencioso Administrativo de España al regular las medidas provisionálsimas.

1. Requisitos de fundabilidad

En aquellos casos en que la jurisprudencia ha hecho lugar a pretensiones cautelares autónomas, sean o no autosatisfactivas, ha fundado la respectiva medida en las prescripciones del art. 230 del Cód. Procesal, es decir que se requiere: a) verosimilitud del derecho, y b) peligro en la demora agregando, en algunos precedentes, la exigencia de que el otorgamiento de la tutela judicial no afecte el interés público, tema del que nos ocupamos más adelante.

De este modo, no se ha distinguido debidamente a nuestro juicio el tipo específico que, en cuanto a la suspensión de la ejecución o efectos del acto administrativo, prevé el art. 12 de la L.N.P.A. al cual no le ha extraído aún la utilidad que puede prestar para la realización de la tutela judicial efectiva.

En cambio, como se indicó, esta situación se encuentra expresamente contemplada en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (48).

VIII. Cuestiones comunes que se plantean en el ámbito de los procesos cautelares

1. La excepción de interés público para negar la procedencia de una medida cautelar

Un amplio sector de la jurisprudencia viene sosteniendo en reiterados pronunciamientos (49) que para el otorgamiento de la tutela cautelar resulta necesario resguardar el interés público comprometido en el acto administrativo sobre el que recae la medida.

Este requisito, que no se funda en norma alguna, ha sido como una muleta procesal creada por los jueces para apoyar el rechazo de medidas cautelares y favorecer a la Administración.

Si el derecho del particular resulta verosímil y si ha demostrado, llegado el caso, la configuración de una nulidad absoluta y manifiesta,

(48) Ley 189, art. 189.

(49) Fallos: 303:625; 307:2267 y jurisprudencia de la CNFed. Contencioso Administrativo.

no puede haber interés público que se oponga al restablecimiento efectivo y rápido de la legalidad administrativa.

En cualquier supuesto, aunque la jurisprudencia continuase aferrada a la exigencia de este requisito su excepcionalidad se impone a la luz de razonables pautas interpretativas:

a) La decisión sobre la apreciación de si la medida precautoria afecta o no el interés público corresponde al tribunal, y no a la Administración, en mérito a que ésta no puede ser al mismo tiempo juez y parte;

b) el interés público a ponderarse no es el del acto en sí mismo, sino el que se conculca con la medida suspensiva, debiendo tratarse —como se ha señalado— de un interés público específico y concreto que exija la ejecución inmediata del acto, la cual no puede fundarse en un interés público de tipo genérico;

c) frente a una ilegalidad manifiesta no se puede invocar el interés público para denegar la medida precautoria de suspensión de los efectos;

d) el interés público no es siempre el interés que persigue la Administración sino el que representa el interés de la comunidad; y

e) en la ponderación hay que hacer un balance entre el daño a la comunidad y el que se le ocasiona al demandante de la suspensión.

2. El requisito concerniente a la irreparabilidad del perjuicio

Para la procedencia de las llamadas medidas cautelares genéricas el ordenamiento procesal civil (art. 232, Cód. Procesal) consagra el requisito de la alegación de un perjuicio inminente o irreparable, el cual no resulta prescripto para las medidas cautelares específicamente regladas como la “*prohibición de innovar*” (art. 230, Cód. Procesal) y la suspensión de los efectos del acto administrativo (art. 12, L.N.P.A.).

En cuanto a la demostración de la irreparabilidad del daño ella debe ceñirse al daño en sí mismo y no a la posibilidad de indemnizarlo —por lo demás siempre compleja y muchas veces limitada, tratándose del Estado— descartando la aplicación de la arcaica e injusta tesis según la

cual la solvencia estatal garantiza la reparabilidad de los daños (50). De todas maneras, como el art. 232 del Cód. Procesal se refiere alternativa-mente al perjuicio inminente no resulta necesario, en tales casos, acreditar la irreparabilidad de los perjuicios. Con todo, antes que utilizar el concepto de daño inminente, resulta más adecuada a la finalidad cautelar el empleo de la fórmula "*perjuicio inminente*" en el Código Procesal Administrativo para la Provincia de Buenos Aires.

3. Medidas precautorias en supuestos de inactividad administrativa y vías de hecho

Nuestros ordenamientos provinciales que regulan el proceso contencioso—administrativo no regulan sobre las medidas cautelares en supuestos de inactividad material de la Administración y comportamientos de ésta constitutivos de vías de hecho (51), a diferencia de la ley española (52).

3.1. Inactividad material

El deslinde entre la inactividad formal y la material iniciado en su momento por Nieto (53) generó un movimiento doctrinario tendiente a superar la orientación de la jurisprudencia que se basaba en la compleja técnica de convertir la inactividad material en formal.

De ese modo, al desconectarla de los actos positivos cuyo dictado cabe exigir a la Administración, por las personas debidamente legiti-

(50) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, p. 660, Buenos Aires, 1990; COMADIRA, Julio R., *Las medidas cautelares en el proceso administrativo, con especial referencia a la suspensión de los efectos del acto*, La Ley, 1994-C, 713.

(51) Tampoco en los diferentes proyectos de Código Procesal en lo Contencioso-Administrativo de la Nación.

(52) Art. 136 de la ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998).

(53) Véase: NIETO, Alejandro, *La inactividad material de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, en R.A.P. N° 37, p. 63 y sigtes., y MUÑOZ, Guillermo A., *La inactividad de la Administración*, en *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, t. II, p. 1106 y sigtes., Madrid, 1992. Según NIETO inactividad material se relaciona con el marco de las competencias ordinarias mientras la inactividad formal sería una mera pasividad de la Administración dentro de un procedimiento.

madras, la inactividad material, en caso de no arbitrarse una vía procesal adecuada, puede llegar a conculcar la efectividad de la tutela judicial.

Por nuestra parte, creemos que la fórmula prevista en el art. 17 del Cód. Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (inspirada en el anteproyecto de la ley española de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa) no resulta apta dado que, como apunta González Pérez al criticar análogo precepto en esta última ley, si la norma exige que se deduzca una reclamación previa y esperar tres meses y *"si no hay reacción ante la reclamación, estamos sometiendo al mismo régimen general pretensión frente a la inactividad material que frente a la inactividad formal"* (54).

No obstante, como el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (55) prevé medidas cautelares positivas *"con el objeto de imponer la realización de una determinada conducta a la parte demandada"* consideramos que de darse los presupuestos respecto del *"fumus"* y del *"periculum in mora"* que prescribe, en forma específica, dicho ordenamiento (56) la medida cautelar sería procedente frente a la inactividad material.

3.2. Vías de hecho de la Administración

Como es sabido para fiscalizar jurisdiccionalmente las actuaciones materiales de la Administración que no llegaban a configurar actos administrativos y que en forma ilegal lesionaban los derechos de propiedad y libertades fundamentales de las personas la vía de hecho (57) fue una de las construcciones de que se sirvió el Consejo de Estado francés

(54) GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo*, t. I, 3ª ed., p. 712, Madrid, 1998.

(55) Art. 22 inc. 3°.

(56) Art. 22 inc. 1°. Esta norma prescribe, como requisitos de fundabilidad de una medida cautelar los siguientes: a) se invocare un derecho verosímil en relación al objeto del proceso; b) existiere la posibilidad de sufrir un perjuicio inminente o la alteración o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho, y c) la medida requerida no afectare gravemente al interés público.

(57) VEDEL, Georges y DELVOLVÉ, Pierre, *Droit Administratif*, 12ª ed., t. I, p. 140 y sigtes., París, 1992.

para hacer posible que el control de esos comportamientos irregulares se extendiera a la jurisdicción civil superando así la concepción más absoluta acerca de la independencia de la jurisdicción administrativa.

De allí esta institución pasó a otros derechos como el español siendo recepcionada esta figura por primera vez, en el orden nacional, en la L.N.P.A. (58).

Pero fuera de su régimen sustantivo y de lo concerniente a los mecanismos tendientes a su cesación a través del proceso que corresponde aplicar en cada caso conforme a los diferentes ordenamientos que arriban a una sentencia definitiva que satisfaga la pretensión principal, lo cierto es que cabe admitir, en principio, la pretensión cautelar dirigida a obtener el cese inmediato de una vía de hecho de la Administración.

La ley española establece para la apertura de la admisibilidad del contencioso-administrativo la carga procesal de formular un requerimiento intimando a la Administración a que disponga su cesación, la cual si no fuera atendida o formulada en el plazo de tres días permite deducir directamente recurso contencioso-administrativo (59).

Esta formulación de la ley española que González Pérez (60) ha juzgado superior a la que regula la inactividad material, en virtud de la brevedad de los plazos para ocurrir a la justicia, no ha sido, sin embargo, la seguida por el Código Procesal Contencioso de la Provincia de Buenos Aires, que de un modo más favorable a la tutela judicial efectiva prescribe que las pretensiones contra las vías de hecho podrán deducirse directamente en sede judicial, "*sin que sea menester deducir un reclamo previo en sede administrativa*" (61).

Mientras en la ley española las medidas cautelares contra las vías de hecho de la Administración, al igual que contra la inactividad material, han sido objeto de una regulación específica en el art. 136, ellas pueden pedirse incluso antes de iniciado el proceso sin que sea necesario acre-

(58) L.N.P.A., art. 9°.

(59) Art. 30, ley 29/1988.

(60) GONZALEZ PEREZ, Jesús, *Comentarios...*, cit., t. I, ps. 729-730.

(61) Art. 21 inc. 1°.

ditar el "*periculum in mora*" y un menor rigor en cuanto al "*fumus*". En este último sentido, la medida no se concede si se aprecia con evidencia que no se dan los requisitos establecidos en los arts. 29 y 30 (no configuración de la inactividad material o de la vía de hecho, en su caso) o bien, que se ocasione una perturbación grave a los intereses generales o de un tercero.

Ahora bien, como en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires no se contempla regulación específica alguna para las medidas cautelares contra las vías de hecho (y la inactividad material) de la Administración, corresponde hacer aplicación de las reglas generales sobre el "*fumus*" y el "*periculum in mora*", aplicándolas con menor rigurosidad para respetar el principio de la tutela judicial efectiva que reclama que la cesación inmediata de una vía de hecho puede lograrse a través de una medida cautelar, aún antes de la promoción del proceso principal.

A idéntica conclusión cabe arribar en el orden nacional con la salvedad de que los requisitos de fundabilidad del "*fumus*" se encuentren perfilados en el art. 9° de la L.N.P.A. que prescribe el deber de la Administración de abstenerse:

(a) de comportamientos materiales que importen vías de hecho administrativas lesivas de un derecho o garantía constitucionales; y

(b) de poner en ejecución un acto estando pendiente algún recurso administrativo de los que en virtud de norma expresa impliquen la suspensión de los efectos ejecutorios de aquél, o que, habiéndose resuelto, no hubiere sido notificado.

4. Medidas cautelares que recaen sobre liquidaciones tributarias y sus procesos de ejecución

En materia de actos de gestión tributaria que imponen obligaciones de pagar cantidades líquidas la doctrina jurisprudencial que ha comenzado a prevalecer en España admite que en la vía jurisdiccional se decrete la suspensión de la ejecución de los respectivos actos administrativos a condición de que el pago quede suficientemente garantizado (62).

(62) Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de enero de 1995 (Ar. 84, Ponente: ENRIQUEZSANCHO).

En tales casos, el Tribunal Supremo español ha accedido a disponer la suspensión de la ejecutoriedad de los actos de gestión tributaria optando por interpretar el art. 122.2 de la Ley Jurisdiccional en la inteligencia de que el pago de las cuotas controvertidas por el contribuyente puede acarrearle perjuicios de difícil reparación (63) interpretando dicha suspensión en el sentido más favorable a éste sin que los fines públicos sufran menoscabo.

Resulta ilustrativo cómo, en línea con el principio de la tutela judicial efectiva el Tribunal Supremo señaló partiendo del principio procesal de derecho según el cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene razón" se afirma que:

"Este principio general está directamente relacionado con lo que se viene denominado 'aparición de buen derecho', que ha de ser aplicado, ya que esa es su finalidad, para impedir que puedan seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo al poder público parapetarse en él, cuando en el supuesto de hecho concreto lo que se advierte 'prima facie', es una aparición de buen derecho, lo que impone la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón de su concreta individualidad ... (64)".

No otra doctrina es la que ha sido sustentada recientemente entre nosotros en dos fallos de fuero en lo contencioso-administrativo federal.

En el primer caso, la pretensión cautelar de la actora consistió en requerir el dictado de una medida cautelar autónoma a fin de que la Administración Federal de Impuestos - Dirección General Impositiva se abstuviese de iniciar demandas de ejecución fiscal o de trabar medidas cautelares en relación a una presunta deuda impositiva.

El juez decretó la medida cautelar sobre la base de que se encontraban reunidos los extremos del art. 230 del Cód. Procesal (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), sosteniendo que si en el proceso de ejecución fiscal sólo se analizan los requisitos extrínsecos del título ejecutivo, la desestimación de la medida cautelar importaría una denegación de

(63) Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de diciembre de 1994 (Ar. 9859, Ponente: LLORENTE).

(64) Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de enero de 1995 (Ar. 39).

justicia, teniendo en cuenta que la Administración omitió resolver los recursos administrativos promovidos (en los que se planteó la cuestión de fondo que no puede dirimirse en el proceso de ejecución) así como tampoco resolvió el pedido de suspensión de los efectos del acto formulado por la actora (65).

En el segundo fallo, la actora solicitó el dictado de una medida cautelar autónoma tendiente a que la Administración Federal de Ingresos Públicos se abstenga de perseguir por vía ejecutivo el cobro de una liquidación tributaria por el importe de compensaciones relativas al recupero del impuesto al valor agregado por operaciones de exportación, estando pendiente un recurso administrativo deducido por el contribuyente.

Para otorgar la tutela cautelar, con fundamento en el art. 230 del Cód. Procesal la sentencia que acordó la medida cautelar solicitada sostuvo que se estaba ante un caso en el cual una empresa "que asegura tener un crédito fiscal y que pide le sea compensado con un crédito fiscal, y la Administración sin agotar el análisis jurídico que culmine el procedimiento administrativo tributario y le permita ejercer en su sede y de modo completo el derecho de defensa, pretende promover un cobro compulsivo (66)".

Creemos que dicha jurisprudencia, susceptible de extenderse a situaciones similares, viene a afirmar la íntima conexión que existe entre el proceso cautelar y la tutela judicial efectiva (en nuestra terminología constitucional, la garantía de defensa) y, sobre todo, contribuye al afianzamiento de la seguridad jurídica.

IX. La contracautela

Al par de los requisitos de fundabilidad de la pretensión cautelar el ordenamiento procesal civil prescribe que "la medida precautoria sólo podrá decretarse bajo la responsabilidad de la parte que la solicitare, quien deberá dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que

(65) Expte. 6402/00, "Aeroforma Laboratorios SAIC c. AFIP-DGI s/amparo ley 16", 24/03/2000 (juez Osvaldo Guglielmino).

(66) "In re" "Curtiembre Francisco Fonteula y Cía. SACI c. AFIP-DGI Res. 1/00 s/medida cautelar (autónoma)", 07/04/2000, expte. 6879/00 (juez Osvaldo Guglielmino).

puedere ocasionar en los supuestos previstos en el primer párrafo del artículo 208 (67)” o sea cuando se disponga el levantamiento de la medida por cualquier razón demostrativa de que el pretensor abusó o se excedió en el derecho que la ley le concede para obtener la medida cautelar (68).

Esta caución, cuyo monto y calidad la ley discierne al juez “de acuerdo con la mayor o menor verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso (69)” debe ser exigida por el juez en todos los casos sin que, en principio, pueda sustituirse por una caución juratoria, a excepción de la hipótesis de máxima verosimilitud del derecho contempladas en el ordenamiento procesal (70), por ejemplo, un embargo preventivo cuando el queriente hubiera obtenido una sentencia favorable.

No hay que olvidar que tras muchas de estas supuestas entidades de bien público y frente a la falta de regulación de las acciones de clase, se esconden intereses de toda laya, incluso políticos, hasta “personas solventes que actúan en la sombra en los supuestos de acción pública (71)”, por lo que eximir de la contracautela en situaciones de insolvencia de los actores implica consagrar un privilegio inadmisibles y una flagrante injusticia.

Distinta es la situación en que se encuentra el Defensor del Pueblo en virtud de que por tratarse de un órgano estatal le es aplicable la exención de la contracautela establecida en el art. 200 inc. 1° del Cód. Procesal precepto que se funda en la antigua concepción de la solvencia del Estado (que en la realidad se encuentra desvirtuada totalmente) y que de suyo, entraña una severa violación a la igualdad de las partes en el proceso.

X. Reflexiones finales

En el panorama actual que exhibe el contencioso-administrativo no se puede dejar de percibir la extraordinaria trascendencia que han venido

(67) Art. 199, ap. 1°, Cód. Procesal.

(68) Art. 208, Cód. Procesal.

(69) Art. 199, ap. 3°, Cód. Procesal.

(70) Arts. 210 inc. 2 y 212 incs. 2° y 3°, Cód. Procesal.

(71) GONZALEZ PEREZ, Jesús, op. cit., t. II, p. 2085.

cobrando las medidas cautelares a raíz de la extremada dilación de los procesos judiciales y de la necesidad de cortar de cuajo la amplia gama de arbitrariedades que exhibe el accionar de la Administración así como de obtener el pronto restablecimiento de los derechos conculcados a través de medidas positivas.

Del clásico proceso cautelar del contencioso-administrativo limitado a la suspensión de los actos administrativos y caracterizado, asimismo, por su carácter instrumental o subsidiario del proceso principal se ha pasado a un cuadro que admite la articulación de las más diversas pretensiones en los procesos cautelares y de urgencia, tendientes a obtener la satisfacción inmediata de dichas pretensiones a través de medidas incluso positivas y hasta mediante procesos autónomos que anticipan la efectividad de la tutela judicial.

En esa línea, las medidas autosatisfactivas anticipadas se van abriendo paso en la jurisprudencia y en la doctrina, a pesar de la fundada crítica que viene efectuando un destacado sector de nuestra doctrina (72) a la luz de los principios que rigen la tutela cautelar clásica en el Código Procesal.

Con independencia de si resulta imperiosa o no la regulación legislativa de esta clase de medidas, no podemos menos que compartir la opinión de Palacio en el sentido de que la tutela judicial anticipada sustancialmente similar a la que puede surgir de una sentencia definitiva puede alcanzarse en la actualidad a través de la aplicación de los arts. 230 y 232 del Cód. Procesal (73).

De superarse el dogma del prejuzgamiento que frenaba injustamente la procedencia de las medidas cautelares éstas irán cobrando un nuevo impulso en el contencioso-administrativo para realizar en plenitud la tutela judicial efectiva y que con arreglo a este principio rector es que deben resolverse todas las cuestiones de interpretación que se plantean, incluso la articulación de las normas que regulan las medidas cautelares en el proceso civil con los principios del contencioso-administrativo.

(72) CAMPS, Carlos E., *La proyectada recepción legislativa de la tutela anticipada*, en JA boletín del 08/12/1999, p. 2.

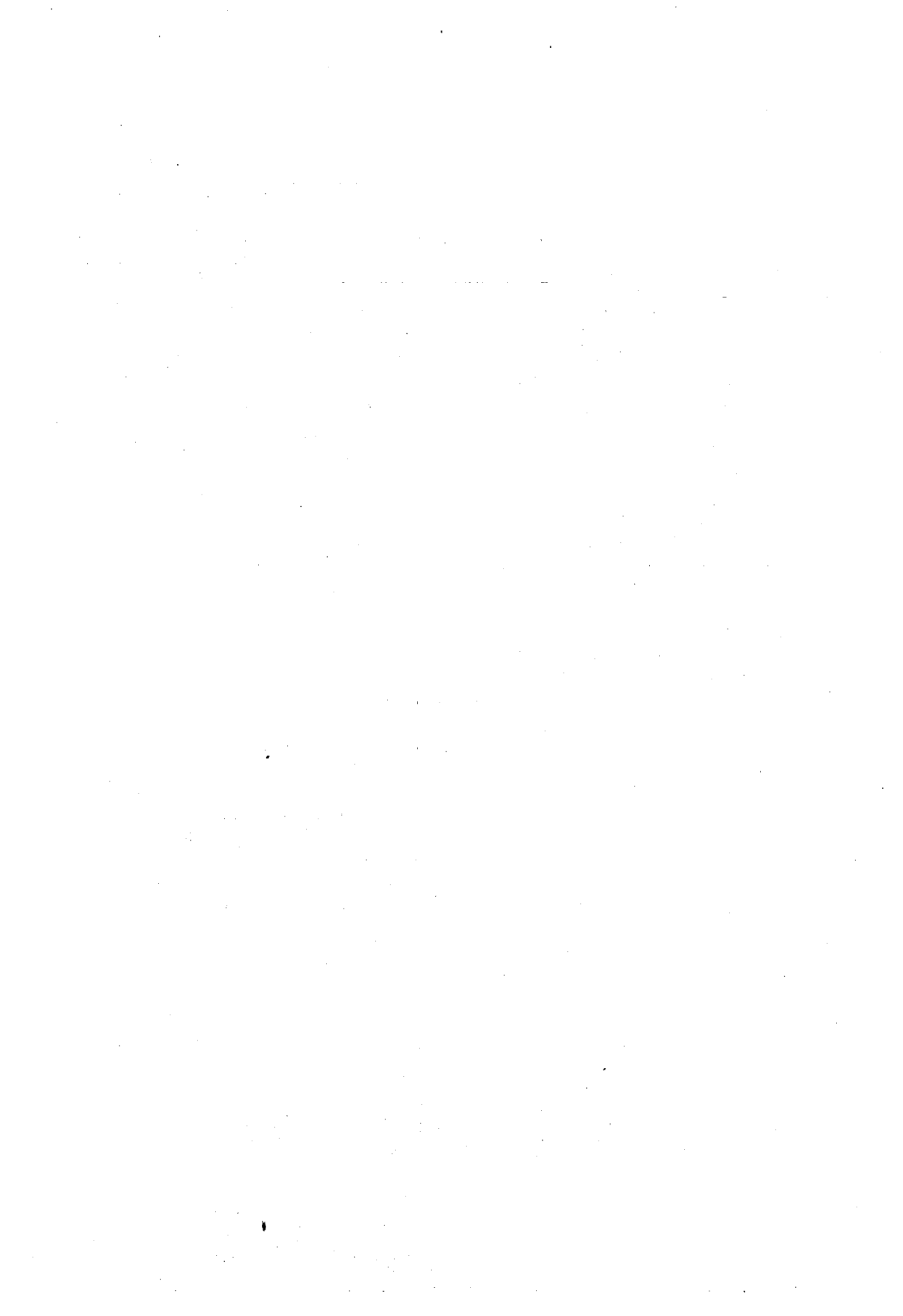
(73) PALACIO, Lino Enrique, *Breves apuntes acerca de la tutela anticipada*, (en prensa) punto III.

Porque cuando la Administración viola los derechos de las personas y éstas se encuentran ante la necesidad de obtener su rápido restablecimiento lo que importa es que ello se pueda lograr en forma inmediata y efectiva por la justicia, sin importar si se trata o no de un proceso instrumental, o de uno autónomo y menos aún, sin hacer hincapié en la denominación de la medida aunque es evidente que todas las que hemos descrito guardan afinidad con la figura de la medida cautelar clásica regulada en el proceso civil, con las salvedades propias del contencioso-administrativo.

En definitiva, como ha dicho García de Enterría, siendo el incremento de los procesos contencioso-administrativos una nota común en todos los Estados occidentales y no un fenómeno ocasional, "la tendencia hacia una extensa justicia administrativa se enraiza en lo más profundo de las sociedades democráticas y es ella misma una de las expresiones más seguras del propio principio democrático, en cuanto se inserta en el núcleo del gobierno por la ley y no por los caprichos de los hombres (74)".

En tal sentido, el proceso cautelar, de urgencia o como se lo denomine, está llamado hoy día a desempeñar un papel fundamental en el contencioso-administrativo pues de él depende que se haga realidad el pregonado equilibrio entre prerrogativa y garantía que, sin una tutela judicial verdaderamente eficaz que proteja a los ciudadanos de la arbitrariedad que suele acompañar al ejercicio del poder, carece de sentido seguir pregonando. ◆

(74) Confr. GARCIA de ENTERRIA, Eduardo, *Sobre la situación de la justicia administrativa y sobre su reforma (Requiem por un proyecto de ley)*, Madrid, diciembre de 1995.



CONSIDERACIONES SOBRE LA CREACION DE TRIBUNALES INTERNACIONALES ESPECIALIZADOS: EL CASO DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR

POR HUGO CAMINOS (*)

SUMARIO: I. Introducción. — II. La polémica. — III. El fundamento jurídico para la creación por los Estados de nuevos tribunales internacionales. — IV. Los orígenes del Tribunal Internacional del Derecho del Mar: las propuestas en el Comité de los Fondos Marinos. — V. El crecimiento de los tribunales internacionales especializados. — VI. Palabras finales.

I. Introducción

En las últimas décadas la comunidad internacional ha asistido a la creación de una nueva generación de organismos judiciales o cuasi-judiciales internacionales. A estos pertenecen, entre otros, las Cortes regionales de derechos humanos; la Corte Europea; los tribunales penales para la ex Yugoslavia y Ruanda, establecidos con carácter "ad hoc" por el Consejo de Seguridad en el marco de sus funciones para el mantenimiento de la paz; la naciente Corte Penal Internacional; la Corte Centroamericana de Justicia; el mecanismo de solución de controversias de la Organización Mundial de Comercio con su Órgano Permanente de Apelación, y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (1).

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Hugo Caminos en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de junio de 2002.

(1) La descripción de estos y otros organismos judiciales excedería los límites de esta comunicación. El "Project on International Courts and Tribunals" (PICT) del Center on International Cooperation, New York University, que dirige el profesor Cesare P. R. Romano, ha publicado

Algunas de estas instituciones y jurisdicciones se crearon sobre una base regional. Se partió de la idea de que un organismo regional gozaría de cierta preferencia en los pueblos de la región y estaría más familiarizado con los problemas locales. Jennings considera que la idea es en sí razonable y recuerda las críticas de los países sudamericanos a la Corte Internacional de Justicia en el *Caso del Asilo*, fundadas en que la tradición local del asilo en una embajada no fue realmente bien comprendida por una Corte que, en ese momento, era predominantemente europea. Sin embargo, no descarta que un tribunal universal pueda entender las modalidades locales y cita el caso de la sala de la Corte Internacional de Justicia en el caso *Honduras/El Salvador* respecto del "uti possidetis juris". En verdad, agrega, fue difícil no entenderlo "después de todas las explicaciones que escuchamos de los abogados de las partes en el curso de ese asunto" (2).

La creación de nuevos tribunales internacionales obedeció al notable crecimiento de la normativa del derecho internacional público, en particular en áreas como los derechos humanos, economía, derecho penal, derecho del mar y comercio internacional. Ese desarrollo condujo a la especialización en esas ramas del derecho internacional y al establecimiento por los Estados de nuevos organismos judiciales especializados.

Otro factor que gravitó en la creación de tribunales internacionales especializados, sobre todo en la última década, fue el fin de la Guerra Fría. Un autor señala, entre otros, los casos de los tribunales penales establecidos por el Consejo de Seguridad, el reestablecimiento de la

un cuadro que muestra las instituciones judiciales y cuasi-judiciales existentes, extintas, abor-
tadas, nacientes y proyectadas. La primera versión apareció como suplemento del número
especial de la *New York University Journal Law and Politics*, vol. 31, 4 (1998). El cuadro fue
actualizado en agosto de 2001 y se puede descargar del sitio de PICT: www.pict-pcti.org.

(2) "The Proliferation of Adjudicatory Bodies: Dangers and Possible Answers", en "Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution", *ASIL Bulletin*, N° 9, november 1995, 3. El ex-Presidente de la Corte Internacional de Justicia contrasta la composición del tribunal arbitral en el asunto del *Beagle* con el "relativo a una parte de la 'larga frontera' entre Argentina y Chile (caso conocido como *Laguna del Desierto*) en el que deduzco que las partes acordaron que era mejor tener un tribunal latinoamericano, ya que eso parecía razonable en las circunstancias, pues se trataba de un asunto latinoamericano". Sin embargo, este autor califica el prejuicio regional como "caprichoso" y relata que en el asunto del *Beagle*, en el cual el propio Jennings estaba involucrado, cuando se llegó al tema de la composición del tribunal, en una reunión en Londres, los abogados de las partes habían acordado un principio básico: "ningún latinoamericano", porque tenían la sensación de que cualquier latinoamericano tendría su "parti pris" en la controversia. (En la presente comunicación las citas en idioma extranjero han sido traducidas por el autor).

Corte Centroamericana de Justicia en 1994, e incluso el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, al facilitar la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Adla, LV-E, 5742), doce años después de su adopción (3).

Esta evolución ha suscitado una polémica entre los internacionalistas. Algunos señalan que producirá una superposición de competencias que llevará a un mercado de foros ("forum shopping"), a decisiones contradictorias y a una fragmentación del derecho internacional. Esta posición es compartida, entre otros, por algunos miembros de la Corte Internacional de Justicia como el juez Oda en su curso en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en 1993, (4) por el exPresidente Schwebel y por el actual Presidente Guillaume, quienes describen el tema como "proliferación" de tribunales internacionales, término que importa una connotación negativa y trae a colación su empleo con relación a las armas nucleares.

A su vez, varios internacionalistas no sólo consideran la creación de los nuevos tribunales como un paso positivo en la evolución del derecho internacional y una consecuencia derivada de su expansión, que no afectará su unidad ni su carácter universal. En esta corriente figuran, entre otros, el profesor Jonathan I. Charney, con su curso en la Academia de Derecho Internacional de la Haya en 1998, (5) el juez de la Corte Internacional de Justicia, Carl—August Fleischhauer (6), Shabtai Rosenne (7) y John E. Noyes (8).

(3) BENEDICT, Kinsbury, *Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?*, en *New York University Journal of International Law and Politics* 4 (1998), 729 y sigtes.

(4) SHIGERU, Oda, *The International Court of Justice from the Bench*, 244 *Recueil des Cours* (1993, VII), 9, 13-55.

(5) CHARNEY, Jonathan I., *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, 271 *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International* (1998), 101-382.

(6) FLEISCHHAUER, Carl-August, *The Relationship Between the International Court of Justice and the Newly Created International Tribunal for the Law of the Sea in Hamburg*, 1 *Max Planck Y.B.U.N.* (1997), 327-333.

(7) SHABTAI, Rosenne, *Establishing the International Tribunal for the Law of the Sea*, 89 *American Journal of International Law* (1996), 806-814.

(8) NOYES, John E., *The International Tribunal for the Law of the Sea*, 32 *Cornell International Law Journal* (1998), 109-182.

II. La polémica

En su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 27 de octubre de 1999 (9), el entonces Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Stephen M. Schwebel, explicaba que “el ingreso de actores que no son Estados al escenario internacional, que también influyen en el proceso de elaboración y administración de las normas internacionales, entre otros factores, ha promovido la creación de tribunales internacionales especializados. Este desarrollo ha de ser bien recibido. El mismo hace más efectivo el derecho internacional al dotar las obligaciones jurídicas, de los medios para su determinación y ejecución.” Pero, a continuación agregaba: “La preocupación de que la proliferación de tribunales internacionales pudiera producir un conflicto substancial entre los mismos y el vaciamiento de la lista de asuntos que llegan a la Corte Internacional de Justicia, no se ha materializado, en todo caso, hasta ahora... Al mismo tiempo, a fin de minimizar esa posibilidad, que pudiese ocurrir, de conflictos significativos de interpretación del derecho internacional, podría tener mérito la idea de permitir a los otros tribunales internacionales solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre cuestiones de derecho internacional que se presenten en asuntos ante esos tribunales, que sean de importancia para la unidad del derecho internacional”.

En el caso de tribunales especializados que no sean órganos de las Naciones Unidas, como es el caso del Tribunal Internacional del Derecho del Mar o la recién creada Corte Penal Internacional, la propuesta del exPresidente Schwebel es que esos tribunales independientes “podrían, si así lo deciden, solicitar a la Asamblea General, tal vez mediante un comité especial establecido con ese fin, opiniones consultivas a la Corte.” Y concluye: “De todos modos, sería digno de consideración tener cierta prudencia en la creación de nuevos tribunales universales relativos a controversias entre Estados. La Corte Internacional de Justicia ha demostrado capacidad para tratar cuestiones especializadas y nuevas, así como problemas más amplios y más tradicionales” (10).

(9) El texto de los discursos de los Presidentes de la CIJ que se citan a continuación figura en los comunicados de prensa de la Corte que pueden descargarse del sitio de la CIJ en Internet y en los Anuarios de la Corte.

(10) En su intervención del año anterior ante la Asamblea General, Schwebel había afirmado la posibilidad de que varias Cortes pudieran llegar a interpretaciones diferentes del derecho: “La proliferación corre el riesgo de conflictos.” Sin embargo, agregaba que “el riesgo no debe ser exagerado”.

En su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 26 de octubre de 2000, el nuevo Presidente de la Corte Internacional de Justicia, Gilbert Guillaume, volvió a ocuparse de “la proliferación de tribunales internacionales”. Se refirió a los problemas que esto último genera (y que trataría con mayor detalle en su intervención ante la Sexta Comisión de la Asamblea): Superposición de jurisdicciones, mercado de foros (“forum shopping”), “el serio peligro de la jurisprudencia conflictiva”, y la fragmentación del derecho. Afirmó que “es crucial el diálogo entre los distintos organismos judiciales” y que “la Corte, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, está dispuesta a aplicarse a este fin si recibe los recursos necesarios”. Sin embargo, dijo que no sería suficiente confiar en la sabiduría de los jueces y de ahí la necesidad de estructurar mejor las relaciones entre los tribunales internacionales. Al comentar la propuesta de que la Corte sirva como tribunal de apelación o de revisión de los fallos de los otros tribunales, sostuvo que ello requeriría de una fuerte voluntad política por parte de los Estados y “no estoy seguro que exista esa voluntad”. Finalmente, hizo alusión a la propuesta de su predecesor, consistente en solicitar opiniones consultivas a la Corte a través de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, incluso para los tribunales fuera del sistema de las Naciones Unidas.

En su discurso del día siguiente, ante la Sexta Comisión de la Asamblea, el Presidente Guillaume hizo un extenso análisis del “fenómeno, actualmente de sustancial preocupación entre académicos y profesionales del derecho, a saber: La proliferación de los organismos judiciales internacionales y sus efectos sobre el derecho internacional. Reafirmó sus críticas al “forum shopping” el cual, dijo, “mientras puede sin duda promover un cierto espíritu de competencia entre tribunales y estimular la imaginación”, hace que la elección del tribunal pueda estar motivada por el hecho de que la jurisprudencia de una corte en particular sea más favorable a ciertas doctrinas, conceptos o intereses que otra. Todo organismo judicial —consciente o inconscientemente— tiende a calcular su valor por la frecuencia con la que se recurre al mismo. Algunos tribunales podrían, como resultado, ser llevados a ajustar sus decisiones de modo de alentar el crecimiento de sus asuntos, en detrimento de un enfoque más objetivo hacia la justicia”.

Veamos ahora los principales argumentos de la corriente de opinión contraria a la anterior.

En su curso de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, Charney hace un extenso examen comparativo de las distintas doctrinas de derecho internacional público, como el derecho de los tratados, las fuentes del derecho internacional, la responsabilidad del Estado, la indemnización por daños a los extranjeros, el agotamiento de los recursos internos, la nacionalidad y la delimitación de las áreas marítimas.

Como parte de dicho examen, el autor analiza la jurisprudencia, entre otros, de la Corte Internacional de Justicia, la Corte Europea de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Americana de Derechos Humanos, los foros de la Organización Mundial de Comercio y del GATT, el Tribunal Estados Unidos/Irán, tribunales "ad hoc" y hasta varios tribunales administrativos internacionales sobre cada una de aquellas doctrinas.

Al concluir este estudio, destinado a evaluar la posibilidad real de decisiones contradictorias por los distintos tribunales, Charney señala "... que en esas áreas esenciales del derecho internacional, los diferentes tribunales internacionales del siglo XX comparten puntos de vista relativamente coherentes sobre las mencionadas doctrinas de derecho internacional. Aunque existen diferencias, dichos tribunales están envueltos en la misma dialéctica. Los fundamentos de este derecho internacional general siguen siendo los mismos con prescindencia de cual sea el tribunal que decida el caso... En mi opinión, por supuesto, la multiplicidad de tribunales internacionales independientes es una realidad que no cambiará, por lo menos, en el futuro previsible. La cuestión importante es saber si esta multiplicidad resultará en el fin del cuerpo coherente de derecho internacional tal como lo conocemos. Este estudio sugiere que ese final no es probable. La razón de la relativa coherencia de las doctrinas expuestas por estos tribunales se basa en el hecho que este pequeño grupo de actores dominantes (los Estados), forman una comunidad con necesidades comunes y el deseo de contar con un sistema jurídico, pese a las muchas obvias diferencias entre ellos. Esta relativamente pequeña comunidad da fuerza al sistema jurídico internacional que compensa con creces la ausencia de instituciones centralizadas. Desde luego, como ocurre con todo derecho, el derecho internacional cambiará. Sin embargo, la coherencia de ese derecho probablemente ha de continuar. Estamos siendo testigos de saludables desarrollos en esa rama del derecho cuando los diversos tribunales internacionales exploran variaciones en el derecho internacional y aplican el derecho internacional a una variedad de circunstancias. Esto, a

mi juicio, refleja un sistema jurídico internacional eficaz y variable, con un largo futuro por delante" (11).

Charney, congruente con su posición de que los nuevos tribunales internacionales especializados han de beneficiar el desarrollo del derecho internacional, se opone a la idea de centralizar el régimen judicial internacional. "La ausencia de un sistema estrictamente jerarquizado, afirma, permite a los tribunales internacionales tener la oportunidad de contribuir colectivamente al derecho internacional con ideas y facilitar al derecho internacional la evaluación de esas ideas por la comunidad internacional en su conjunto. Al final, puede esperarse que las mejores normas serían ampliamente adoptadas". Además, Charney menciona la imposibilidad de establecer una "Corte Suprema de Derecho Internacional" por obvias razones prácticas y políticas (12).

¿Son reales los riesgos atribuidos a la multiplicidad de tribunales internacionales?

Respecto a la posibilidad de *superposición de competencias*, tal hipótesis podría presentarse entre la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar en el ámbito del derecho del mar. Como sabemos, sobre todo en materia de delimitación marítima, la Corte ha desarrollado una importante labor judicial. Asimismo, varios tribunales arbitrales internacionales, en las últimas décadas, han dictado algunos laudos importantes en asuntos de delimitación marítima. En esta, como en otras áreas del derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia, así como la Corte Permanente, nunca actuaron como órganos judiciales únicos para la solución de controversias conforme al derecho internacional.

Sin embargo, no en todos los asuntos del derecho del mar habrá superposición de competencia entre la Corte y el tribunal: en las actividades en el área de los fondos marinos, la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, posee competencia "*ratione materiae*" obligatoria y casi exclusiva (art. 187,

(11) *Op. cit.*, 347, 349, 350. Lo afirmado por Charney respecto a que la multiplicidad de tribunales internacionales no afectará la coherencia del derecho internacional se ve corroborada en la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Esta muestra más de 50 citas de fallos y opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

(12) *Op. cit.*, 347.

Convención). Además, la sala es competente para emitir opiniones consultivas a solicitud de la Asamblea o el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, "sobre las cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de las actividades de esos órganos" (art. 191, Convención). Asimismo, el Tribunal Internacional del Derecho del Mar tiene competencia obligatoria residual, en determinadas circunstancias, para prescribir, modificar o revocar medidas precautorias en una controversia sometida por las partes a arbitraje, hasta que se constituya el tribunal arbitral (art. 290 Convención). Finalmente, el Tribunal de Hamburgo tiene jurisdicción cuasi obligatoria, en determinadas condiciones, en los asuntos relativos a la pronta liberación de buques y sus tripulaciones (artículo 291 —1—).

En cuanto a la competencia "ratione personae", no sólo los Estados tienen "locus standi" ante el tribunal: También otras entidades que no son Estados pueden acceder al mismo. En efecto, al disponer la Convención que la misma está abierta a otras entidades, como los Estados asociados autónomos y los territorios que gocen plena autonomía interina (art. 305), estos podrán tener acceso a los procedimientos de solución de controversias (art. 291, Convención). Esto marca una diferencia esencial con la Corte Internacional de Justicia, cuyo Estatuto estipula que "sólo los Estados podrán ser partes en los casos ante la Corte" (art. 34).

Con referencia a las controversias relativas a las actividades en el área de los fondos marinos, el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, establece que "las entidades distintas de los Estados Partes tendrán acceso al tribunal en cualquiera de los supuestos expresamente previstos en la Parte XI (art. 20, —2—). Esto significa que en esas controversias, podrán ser partes las empresas estatales y las personas naturales y jurídicas que estén patrocinadas por un Estado Parte, o por cualquier agrupación de los anteriores (art. 153 —2— de la Convención).

Otro de los peligros de la multiplicidad de tribunales internacionales, invocado por sus detractores, es el de la creación de un *mercado de foros* ("forum shopping"). Es decir, que las potenciales partes en un juicio se empeñarán en buscar el tribunal que más se acomode a sus intereses, tomando en cuenta su composición, jurisprudencia y otras consideraciones análogas. Pero aquí debemos señalar que esa búsqueda no solo es perfectamente legítima, sino que favorece la aceptación por los Estados de la solución de las controversias internacionales por la vía judicial o arbitral conforme al derecho internacional.

En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar crea un sistema de solución de controversias que permite a las partes, cuando una controversia no haya sido resuelta por procedimientos no jurisdiccionales, optar entre varios medios obligatorios conducentes a soluciones obligatorias (art. 287). Dichas opciones son: El Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia, un tribunal arbitral y un tribunal arbitral especial para ciertas categorías de controversias. Con esto se instaura un régimen de libre competencia entre los medios indicados para la solución de controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención. Esta competitividad hará que cada uno de estos foros se empeñe en afianzar el derecho internacional y en alcanzar el mayor grado de excelencia en sus decisiones.

En general, puede afirmarse que los nuevos tribunales extenderán el ámbito de las controversias internacionales justiciables, que podrán o deberán ser sometidas a la decisión de organismos judiciales o cuasi judiciales de conformidad con el derecho internacional.

La pluralidad de tribunales en un régimen judicial descentralizado como el internacional, conlleva, según algunos, el peligro de una fragmentación del derecho internacional. ¿Es este un peligro efectivo? En realidad, la concurrencia de distintos foros internacionales para la solución de las controversias se remonta a los comienzos del arbitraje internacional. Numerosos tribunales arbitrales después coexistieron con la Corte Permanente de Justicia Internacional y coexisten hoy con la Corte Internacional de Justicia. El estudio de Charney señala que si bien estos diferentes foros interpretan a veces el derecho internacional de modo distinto, tales variantes no son tan grandes como para tener la posibilidad de socavar la legitimidad del derecho internacional o la importancia de la Corte Internacional de Justicia. En este sentido, la actividad concurrente de tribunales de arbitraje y la Corte Permanente o la Corte actual no ha afectado la unidad y el carácter universal del derecho internacional. Como lo expresó el ex-Presidente Schwebel en su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, al cual ya hicimos referencia, "es posible que varias jurisdicciones arriben a diferentes interpretaciones del derecho. La proliferación crea un riesgo de conflicto... Pero no hay que exagerar ese riesgo. Si, en principio, existe un sistema de derecho internacional único, en la práctica, los puntos de vista sobre las cuestiones de derecho varían, no sólo entre los tribunales internacionales, sino entre otros autorizados intérpretes del derecho.

Estas diferencias también existen en el seno de la Corte Internacional de Justicia... En la práctica, cabe esperar que los tribunales internacionales manifiesten el respeto debido a la opinión de las otras jurisdicciones internacionales. La Corte Internacional de Justicia aguarda con satisfacción la posibilidad de trabajar de manera armónica con los demás tribunales internacionales. Pero, el tejido del derecho y la vida internacionales, es, según se piensa, suficientemente elástico como para resistir las ocasionales diferencias que pudieran surgir”.

III. El fundamento jurídico para la creación por los Estados de nuevos tribunales internacionales

Hace más de 80 años, al mismo tiempo que el Pacto de la Sociedad de las Naciones disponía el futuro establecimiento de una Corte permanente de justicia internacional, el mismo instrumento ginebrino afirmaba el derecho de los Estados a someter sus controversias a otros tribunales internacionales (art. 13, —3—). El Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, entrado en vigor en 1921, el primer organismo judicial internacional, confirmó ese derecho al proveer el sometimiento de las controversias de carácter jurídico a la Corte o a “cualquier otro tribunal acordado por las partes o estipulado en cualquier convención existente entre las mismas”.

Idéntico principio establece la Carta de las Naciones Unidas. Como dice un destacado internacionalista, los autores de la Carta, con gran clarividencia, al crear la Corte Internacional de Justicia, previeron la necesidad de los Estados de hacer uso de la pluralidad de opciones al elegir el medio apropiado para solución de sus controversias (13). Ese derecho a la libre elección de los medios fue incorporado al art. 95 de la Carta, que dispone:

“Ninguna de las disposiciones de esta Carta impedirá a los Miembros de las Naciones Unidas encomendar la solución de sus diferencias a otros tribunales en virtud de acuerdos ya existentes o que puedan concertarse en el futuro”.

(13) YANKOV, Alexander, *The International Tribunal for the Law of the Sea: It's Place Within the Dispute Settlement System of the UN Law of the Sea Convention*, *Indian Journal of International Law* 37 (1997), p. 365 y sigtes.

Al comentar esta disposición, Kelsen observa que “por lo tanto, los miembros podrían someter sus controversias de acuerdo con tratados preexistentes o recién celebrados, a tribunales de arbitraje “ad hoc” o establecer —por ejemplo mediante acuerdos regionales— otra Corte de justicia. Según el art. 33, párr. 1, y el art. 95 de la Carta, aquellos podrán establecer una Corte especial con jurisdicción compulsiva, excluyendo la jurisdicción de cualquier otro tribunal, incluso la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia establecida por la Carta” (14).

En su conocida obra sobre la Carta de las Naciones Unidas, Goodrich, Hambro y Simons, al considerar el alcance del art. 95, afirman: “Claramente, la designación de la Corte Internacional de Justicia como el órgano judicial principal de las Naciones Unidas (art. 92), no tuvo la intención de impedir el establecimiento de otros organismos judiciales bajo los auspicios de las Naciones Unidas o fuera del marco de la Organización” (15).

Es evidente que, ni la creación de la Corte Permanente de Justicia Internacional, ni la creación de la Corte Internacional de Justicia tuvieron como propósito establecer un sistema judicial internacional centralizado. Por el contrario, en ambos casos, de modo expreso, se afirmó el derecho de los Estados a recurrir a otros tribunales, ya existentes o a crearse, para la solución de sus controversias. Tal es el régimen actualmente vigente en la comunidad internacional. El mismo ha permitido la creación de tribunales internacionales especializados, acompañando el importante desarrollo del derecho internacional en las últimas décadas.

IV. Los orígenes del Tribunal Internacional del Derecho del Mar: Las propuestas en el Comité de los Fondos Marinos

Las primeras propuestas para la creación de un tribunal para el arreglo de las controversias fueron presentadas en el “Comité sobre la Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional.” Estas propuestas se ocupaban básicamente de las controversias relativas a la minería marina en las que las partes podían ser no sólo Estados, sino también organismos internacio-

(14) KELSEN, Hans, *The Law of the United Nations*, 1950, 477.

(15) GOODRICH, L. M.; HAMBRO, E. and SIMONS, A. P., *Charter of the United Nations, Commentary and Documents*, 3rd and rev. ed., 1969, 558-559.

nales y personas físicas o jurídicas. En ese momento, no existía ningún tribunal competente para decidir esta clase de controversias.

En 1970, los Estados Unidos presentaron al Comité de Fondos Marinos un documento de trabajo que contenía un Proyecto de Convención de las Naciones Unidas sobre la zona internacional de los fondos marinos, (16) que disponía la creación de un tribunal especial como órgano de la Autoridad Internacional de los Recursos de los Fondos Marinos. El tribunal decidiría todas las controversias y prestaría asesoramiento en todas las cuestiones relativas a la aplicación del tratado sobre los fondos marinos, y asimismo aplicaría los principios de derecho internacional pertinentes. Sujeto a una autorización según el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas, podría solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier cuestión de derecho internacional.

En 1971, en el marco de un extenso Proyecto de Tratado sobre el Espacio Oceánico, relativo no sólo al establecimiento de un mecanismo internacional para el área de los fondos marinos, sino también de un amplio espectro de temas conexos, entre otros, la alta mar, la plataforma continental, estrechos, pesca y preservación del medio marino, Malta propuso la creación de un tribunal marítimo "como órgano judicial principal de las Instituciones del Espacio Oceánico Internacional (17). El tribunal sería competente para resolver todas las controversias originadas en el espacio oceánico internacional".

Otras propuestas también preveían la creación de un nuevo tribunal. Canadá, por ejemplo, propuso que un tribunal "compuesto de un pequeño grupo de juristas (y posiblemente técnicos)", debía ser parte de la estructura de un mecanismo internacional para hacer operativo el régimen de los fondos marinos (18). El tribunal debería estar facultado para requerir opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia. También debería estudiarse la posibilidad que acudiese a la Corte Inter-

(16) N.U.: Asamblea General, Doc. Oficiales, XXV, Supl. 21 (A/8421), A/AC. 138/25 (1970), 163-167.

(17) N.U.: Asamblea General, Doc. Oficiales, XXVI, Supl. 21 (A/8421), A/AC. 138/53 (1071), 170-171.

(18) *Ibíd.*, A/AC. 138/59, 208.

nacional de Justicia cuando necesitase asesoramiento en cuestiones de derecho internacional.

En su propuesta sobre “las disposiciones de una convención”, el Reino Unido, luego de declarar que para la solución de controversias podrían ser útiles “las instituciones existentes, en particular, la Corte Internacional de Justicia”, en el contexto del arreglo de controversias entre Estados Partes, o entre Estados Partes y la Autoridad, afirmaba que “también se podría acordar que la Convención prevea un tribunal al que podrían recurrir las Partes en una controversia cuando esta no se dirima por otros métodos”. El tribunal tendría que ser “enteramente independiente” (19).

El Proyecto de Estatuto para la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos presentado por Tanzania (20) establecía que toda controversia “relacionada con el significado o el alcance de una licencia se resolverá por negociación, mediación o arbitraje”, y “toda otra controversia respecto a la exploración o explotación de la zona y sus recursos... será sometida a la Corte Internacional de Justicia, si no queda resuelta por negociación, mediación o arbitraje”.

Sin embargo, como observaba el profesor Sohn al comentar esta propuesta, “muchas controversias no surgirán entre Estados sino entre una persona privada y la autoridad”, y la Corte Internacional de Justicia, con las actuales limitaciones en su Estatuto, no puede tener jurisdicción sobre esas controversias (21).

El profesor Sohn concluía que “sin cambios drásticos en su procedimiento, funciones y jurisdicción”, la Corte Internacional de Justicia no podía conocer la mayor parte de las controversias sobre las operaciones del régimen de los fondos marinos, y que “un tribunal especial podría ser necesario para ese propósito” (22).

(19) *Ibíd.*, A/AC. 138/45 y Add. 1, 89-90.

(20) *Ibíd.*, A/AC. 138/33, 65.

(21) SOHN, Louis B., *A Tribunal for the Sea-Bed or the Oceans*, *Zeitschrift für ausländisches Recht und Völkerrecht*, 32 (1972), 258.

(22) *Ibíd.*, 263. Desde que el tribunal aplicaría principios de derecho internacional, Sohn también consideró deseable acordar, según el art. 96 de la Carta de las Naciones Unidas,

La idea de establecer un tribunal con jurisdicción obligatoria en un Anexo a la Convención, para conocer las controversias sobre derecho del mar en general, fue presentada por Estados Unidos el último día de la última sesión del Comité de Fondos Marinos, en agosto de 1973 (23). De esta manera, Estados Unidos expandió su propuesta anterior, que sólo comprendía las controversias relativas a los fondos marinos. La nueva propuesta consistía en nueve artículos reunidos en un documento titulado "Proyecto de artículos para un capítulo sobre solución de controversias". El mismo contiene las bases de algunas de las disposiciones que más tarde fueron incorporadas a la Parte XV y al Anexo VI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Así, por ejemplo, el Proyecto de Estados Unidos disponía que el "Tribunal del Mar" podía prescribir medidas provisionales obligatorias en aquellos asuntos que hayan sido sometidos a arbitraje; que el propietario, armador o fletador de cualquier buque detenido por un Estado tendría derecho a llevar la cuestión de la detención del buque ante el tribunal para asegurar su pronta liberación, de acuerdo con las disposiciones de la Convención, sin que ello prejuzgue de la reclamación contra el buque en cuanto al fondo; que los miembros del tribunal serán juriconsultos de reconocida competencia en las cuestiones de derecho del mar; que en las controversias en que se involucren cuestiones técnicas, el tribunal será asistido por asesores técnicos que asistirán a las sesiones del tribunal, pero sin voto; que las decisiones del tribunal serán obligatorias para las partes; que si las partes en una controversia han convenido en un tratado general, regional o especial, recurrir al arbitraje, cualesquiera de las partes en la controversia podrá someterla al arbitraje, conforme al tratado, en lugar de someterla al tribunal.

Como explica el profesor Sohn, quien tuvo activa participación en la elaboración del Proyecto, como asesor jurídico de la delegación de los Estados Unidos, "en la última etapa de la preparación de la Conferencia sobre el Derecho del Mar, en 1973, varias propuestas se presentaron, tratando de modo poco sistemático las controversias que podrían surgir en diversos campos, y los Estados Unidos se tornaron

una autorización que permitiese al tribunal solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier cuestión de derecho internacional.

(23) N.U.: Asamblea General, Doc. Oficiales, XXVIII, Supl. 21 (A/9021), Vol. II, A/AC 138/97 (1973), 25-26.

preocupados de que pudiera resultar un caos de la multiplicidad de propuestas" (24).

El Proyecto de los Estados Unidos de 1973 sirvió de base para las consultas officiosas en las últimas etapas de la sesión de Caracas, al año siguiente. Allí comenzó un largo proceso de negociación sobre la solución de controversias en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que, culminó con la creación del Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

En un panel titulado "El crecimiento 'horizontal' de tribunales internacionales: ¿Desafíos u oportunidades?", durante la última Reunión Anual de la American Society of International Law, el profesor Bernard H. Oxman se refirió al Proyecto de Estados Unidos de 1973 y a la creación del Tribunal de Hamburgo (25). Recordó que la propuesta norteamericana fue presentada bajo el liderazgo de John R. Stevenson, hoy fallecido, ex-Consejero Legal del Departamento de Estado, considerado por su actuación en esas y otras funciones, como un amigo de la Corte Internacional de Justicia, interesado en aumentar el número de asuntos sometidos a la Corte y en asegurar el cumplimiento de sus decisiones. Por ello, Oxman se pregunta, ¿por qué propuso un nuevo tribunal?

Basándose en un artículo publicado por Stevenson y él mismo en 1974, afirma que "las normas no eran suficientes para asegurar el imperio del derecho del mar. Era necesaria una 'estructura de conjunto' de la cual la jurisdicción obligatoria era 'un elemento esencial'... el foro era secundario... ¿Por qué, entonces, no utilizar la Corte Internacional de Justicia?". Repitiendo lo explicado en el mencionado artículo, Oxman expresa: "La elección de un nuevo tribunal especializado más bien que la Corte Internacional de Justicia se fundó en consideraciones de pericia, en las funciones especiales de derecho administrativo que el tribunal podría tener con respecto a los fondos marinos, y en la mayor flexibilidad al permitir que las personas privadas comparezcan ante dicho tribunal en instancias específicas".

(24) SOHN, Louis B., *Problems of Dispute Settlement in the Law of the Sea: Conference Outcomes and Problems of Implementation*, Proceedings of the Law of the Sea Institute's Tenth Annual Conference, 22-25 June 1976, Kingston, Rhode Island, 224.

(25) 96th Annual Meeting of the American Society of International Law. Panel on the "Horizontal" Growth of International Law and Tribunals; Challenges or Opportunities?, Washington, March 16, 2002. A ser publicado en los *Proceedings* de dicha Reunión Anual.

Además, dado que para muchos países era de suma importancia que la futura convención fuese ampliamente ratificada y que, por otra parte, no era nada común la inclusión en el cuerpo de la Convención de un régimen obligatorio para la solución de controversias, "simplemente no había posibilidad alguna de alcanzar un acuerdo sobre jurisdicción compulsiva si ello implicaba el uso obligatorio de la Corte Internacional de Justicia". Finalmente, Oxman recuerda otras dificultades respecto a la Corte. Menciona el efecto negativo, especialmente en los países africanos, del rechazo por la Corte del asunto de Africa Sud-Occidental, y de otras decisiones de la Corte; la negativa de la ex-Unión Soviética, luego de revertir su tradicional oposición a la jurisdicción internacional obligatoria, de aceptar la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia y el caso de Francia, tal vez como reacción al asunto de los Ensayos Nucleares, que expresó claramente su preferencia por el arbitraje y logró que la Convención incorporase la regla residual del arbitraje obligatorio, a menos que el actor y el demandado estén de acuerdo ya sea con la Corte o con el Tribunal Internacional del Derecho del Mar.

V. El crecimiento de los tribunales internacionales especializados

En su conocida obra "The Prospects of International Adjudication", publicado hace más de 40 años, Wilfred Jenks preveía el futuro desarrollo de la justicia internacional. El jurista británico decía: "Habrá... variaciones en las formas de justicia que correspondan más estrechamente a las necesidades de las sucesivas fases del desarrollo. A medida que la vida internacional se torne más compleja, puede esperarse que habrá de crecer la importancia relativa de los tribunales y procedimientos especializados..." (26).

¿Cómo deberían ver los internacionalistas la expansión de los organismos judiciales internacionales: Como un retroceso o como un desarrollo del derecho internacional?.

En una conferencia pronunciada en Londres el 7 de marzo de 1944 bajo el título "International Law: Its Actual Part in World Affairs", el gran jurista inglés James Brierly, al referirse al derecho consuetudinario internacional, señalaba que el mismo consistía en principios generales bastante vagos, y que la aplicación de esas generalidades a los hechos no había sido tan elaborada como la aplicación del "common law" in-

(26) JENKS, C. Wilfred, *The Prospects of International Adjudication*, (1964), 775.

glés que había sido trabajado por muchas generaciones de jueces. Y agregaba: "Ese es un defecto que será, como puede esperarse, gradualmente reducido en importancia por el crecimiento de la justicia internacional, el cual, todo aquel que desee el bien del derecho internacional debe anhelar". Más adelante, afirmaba que los métodos de producción en masa no podían aplicarse al crecimiento del derecho y observaba: "Su crecimiento puede estimularse. En verdad, si es que va a desarrollarse más allá de una etapa rudimentaria, debe ser estimulado mediante la deliberada creación de instituciones especializadas, tales como tribunales, a través de las cuales pueda realizar sus funciones..." (27).

La predicción de ambos internacionalistas se cumplió. Varios tribunales internacionales especializados vieron la luz en las últimas décadas, en consonancia con los cambios impuestos por la expansión del derecho internacional, con sus nuevos actores. No puede negarse que este es un hecho auspicioso para "todo aquel que desee el bien del derecho internacional".

La jueza Rosalyn Higgins, de la Corte Internacional de Justicia, al referirse al tema de la multiplicación de instituciones jurídicas internacionales, señala, entre las características del actual estado de cosas, que el mismo se refleja en la justicia internacional: El vasto "corpus" de normas de derecho internacional, la expansión inacabable de sus temas y los efectos de la globalización que "han alentado la comprensión de que al menos en algunas... áreas del derecho internacional, otros actores que no son Estados, tengan acceso a los procedimientos legales" (28). En consecuencia, dice, "hoy tenemos una cierta descentralización de algunos de los tópicos que la Corte Internacional de Justicia puede, en principio, conocer, hacia organismos altamente especializados, cuyos miembros son expertos en un tema que se vuelve aún más complicado, que está abierto a actores que no son Estados, y que pueden responder rápidamente. Pienso que esto es una consecuencia inevitable del mundo ocupado y complejo en que vivimos, y no es un motivo para lamentarse" (29).

(27) *The basis of Obligation in International Law and Other Papers* by the late James Leslie Brierly, selected and edited by Sir H. Lauterpacht and C.H.M. Waldock, Oxford University Press, (1958), 309 sigtes.

(28) HIGGINS, Rosalyn, *Respecting Sovereign States and URNG a Tight Courtroom*, 50 *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, 121.

(29) *Id.*, 122.

Como hemos visto, el ex-Presidente Schwebel y el actual Presidente Guillaume de la Corte Internacional de Justicia señalaron ante la Asamblea General de las Naciones Unidas la posibilidad, con el fin de prevenir eventuales contradicciones en las decisiones de los nuevos tribunales internacionales, de solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia. A este respecto, la jueza Higgins afirma categóricamente: "Yo no estoy de acuerdo con el llamado de sucesivos Presidentes, ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, para que la Corte Internacional de Justicia emita opiniones consultivas para los otros tribunales sobre puntos de derecho internacional. Esto trata de restablecer el viejo orden de cosas e ignora las mismas razones que han provocado la nueva descentralización".

VI. Palabras finales

Existe opinión generalizada entre los autores, en el sentido que la creación de tribunales internacionales especializados es consecuencia, entre otras causas, del importante crecimiento del corpus del derecho internacional, que hoy abarca casi todos los campos de la actividad humana, de su grado de especialización, así como la presencia de nuevos sujetos y actores en el ámbito jurídico internacional.

Además, la mayoría considera que ese fenómeno es un hecho auspicioso, cuando, como en el caso de las cortes regionales de derechos humanos o del Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la creación de esos organismos judiciales está plenamente justificada por razones de fondo y de procedimiento.

Esto último hizo decir a Rosenne que "no existe prueba para apoyar la opinión que la multiplicidad de instituciones judiciales para la solución de controversias afecta seriamente la unidad de la jurisprudencia (una proposición difícil en el mejor de los casos). La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar exige al Tribunal Internacional del Derecho del Mar el ejercicio de tareas que van más allá de la competencia de la Corte Internacional de Justicia según su actual Estatuto. Si sólo fuese por esa razón, el observador cuidadoso dudará antes de soltar el grito de redundante".

La cuestión que divide a los internacionalistas, gira más bien en torno a las consecuencias que pudieren derivarse de la actividad de los nuevos tribunales. Como se ha visto, algunos anticipan problemas de

superposición de competencias, la introducción de un mercado de foros ("forum shopping"), de decisiones contradictorias y de fragmentación del derecho internacional. Otros, como Charney, autor del estudio más completo sobre este tema, termina afirmando que "la coherencia del derecho internacional no parece estar significativamente amenazada por el número creciente de tribunales internacionales. No obstante, todos los participantes en el sistema deben ser sensibles a los riesgos inherentes en el sistema descentralizado y tener cuidado en evitar acciones que puedan destruir el sistema" (30).

Este último grupo de autores no considera viable la creación de una instancia judicial internacional superior o de un mecanismo que permita solicitar opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre puntos de derecho internacional que pudiesen plantearse ante los nuevos tribunales. Algunas de estas posibilidades exigirían la reforma del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Esas propuestas de centralización podrían afectar el derecho de los Estados a la libre elección de los medios para solucionar sus controversias, consagrado en el art. 95 de la Carta de las Naciones Unidas.

Una pregunta que cabe formularse es la siguiente: ¿Por qué quienes señalan los riesgos que para la unidad del derecho internacional comportan los nuevos tribunales especializados, no expresan la misma preocupación con respecto a los tribunales arbitrales que han coexistido con la Corte Permanente de Justicia Internacional, y coexisten actualmente con la Corte Internacional de Justicia? Esa coexistencia, sumados los períodos de ambas Cortes, lleva un total de 80 años. En ese período se han pronunciado más de 50 laudos arbitrales en controversias internacionales. Como observa Charney, "importantes arbitrajes entre Estados continúan hasta el día de hoy" (31). Sin embargo, quienes aluden a los riesgos que significan los nuevos tribunales

(30) *Op. cit.*, 707-708. En un simposio reunido en la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York en octubre de 1988 para considerar las consecuencias de la "proliferación" de tribunales internacionales, la opinión preponderante, expresadas por internacionalistas del prestigio de Abi-Saab, Pierre-Marie Dupuy, Charney y varios otros, fue que "cualesquiera fuesen los riesgos de una proliferación sin un sistema judicial jerarquizado, esta ha sido el único camino, y tal vez, un muy buen camino, para acrecentar la solución por terceros de las controversias internacionales a través de foros basados en el derecho." (Benedict Kingsbury, *op. cit.* 686.)

(31) *Op. cit.*, 119.

especializados para la unidad del derecho internacional, ignoran al arbitraje internacional.

A este respecto, como bien señala Oxman, en el arbitraje internacional pueden presentarse problemas de cosa juzgada, litis pendencia y elección del foro. Particularmente, en el campo del derecho del mar se han dictado laudos arbitrales de importancia, en especial en materia de delimitación marítima, que es la parte del derecho del mar en la que la Corte Internacional de Justicia ha tenido más asuntos, y no se han planteado cuestiones que permitan augurar una fragmentación del derecho internacional.

En una conferencia sobre "The Shortcomings of International Law", pronunciada en la Universidad de Oxford en 1924, Brierly nos recordaba que "después de todo, el derecho es sólo un medio hacia un fin, y ese fin es el de ayudar a solucionar los problemas de la sociedad en la cual y para la cual existe" (32).

Los fines y la razón de ser del derecho internacional son el de contribuir a resolver los problemas de la comunidad internacional mediante la cooperación internacional, fortalecer el imperio del derecho en las relaciones internacionales y promover la solución pacífica de las controversias internacionales. La creación de los nuevos tribunales especializados es un importante paso hacia la realización de estos objetivos fundamentales.

Una reflexión final: ¿Qué pasa si el logro de estos fines crea algún riesgo a la unidad teórica del derecho internacional? En este caso, podemos coincidir con Oxman cuando sostiene: "Yo, por lo pronto, creo que vale la pena correr el riesgo. Probablemente sea manejable y si no lo es, puede encararse cuando sepamos más de la naturaleza del problema y la viabilidad de soluciones alternativas" (33). ♦

(32) *Op. cit.*, 72.

(33) *Op. cit.*, (ver nota 25).

II. AMPARO

LAS APERTURAS EN LA ACCION DE AMPARO SEGUN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

POR GERMÁN J. BIDART CAMPOS (*)

1. La Reforma de 1994 ha incorporado explícitamente el amparo y el habeas corpus en el actual art. 43 de la Constitución. Por el cauce del amparo ha ingresado también expresamente una tercera garantía, que es el habeas data (aunque la norma no la denomina).

No hemos de olvidar que sin norma alguna —ni en la constitución ni en la ley— que previera la acción de amparo, el derecho judicial de la Corte Suprema la acogió en sus célebres leading-cases “Siri” y “Kot” en 1957 y 1958, hace casi cuarenta años. A partir de allí, el amparo contra actos de autoridad y contra actos de particulares cobró curso con la sola cobertura jurisprudencial durante varios años legislándose en el orden federal recién en 1966 y 1967.

2. Este recordatorio tiene un alcance muy importante. Personalmente siempre dijimos que si la Corte supo extraer el amparo sin norma alguna, infiriéndolo directamente de las implicitudes de la constitución, una vez que tuvimos “ley” no podíamos estar en peor condición que cuando no existía ley.

Vale trasladar la misma afirmación a la situación que nos presenta ahora la constitución reformada para decir que, contando en su texto

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Germán J. Bidart Campos, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de julio de 1995.

con la norma expresa y amplia del art. 43, no podemos retroceder a escaseces que detectábamos en el amparo antes de 1994.

Ello significa que al art. 43 hay que considerarlo operativo por sí mismo, sin perjuicio de que se pueda dictar una ley reglamentaria. Lo que no es posible es que, mientras no haya ley, los jueces no confieran aplicación directa al art. 43, o mantengan cuanto de estrecheces se admitía durante el lapso previo a la reforma. Tampoco es posible que la ley reglamentaria incurra en restricciones que no son compatibles con el espíritu y la letra del art. 43.

3. Una lectura lo más imparcial posible, y una búsqueda interpretativa del sentido y el alcance tutelares que es fácil derivar de la citada normativa nos dan segura convicción de que el constituyente de 1994 quiso superar y esclarecer dudas y angostamientos que en la doctrina, en la ley y a veces en la jurisprudencia no resultaban satisfactorios para quienes ambicionábamos que la garantía amparista gozara de holgura suficiente.

Lo que hemos de puntualizar es que las aperturas que proyecta el art. 43 para su aplicación no llegan, a nuestro juicio, a deparar al justiciable una opción libérrima para acudir al amparo en reemplazo liso y llano de otras posibles vías judiciales. No creemos que la reforma alcance para postular que, a gusto de cada pretensor, el amparo tenga a ser la acción y el proceso mediante los cuales se pueda proponer a un juez cualquier clase de asunto justiciable. El amparo queda expedito solamente cuando "no exista otro medio judicial más idóneo", según reza el siempre citado art. 43.

Quiere decir que cuando hay un medio judicial más apto que el amparo, hay que utilizar ese otro medio, y el amparo. La sustitución no se nos hace, por ende, una alternativa disponible.

4. Saber cuándo otro medio judicial distinto al amparo es más idóneo que el amparo depende de cada caso y de cada circunstancia. Seguramente, el test debe tomar en cuenta la rapidez de la vía procesal, pero también la celeridad se conecta con la naturaleza de la pretensión que se articula en el proceso. No se trata de que la mera voluntad del actor prefiera para una determinada pretensión alcanzar más pronto una decisión judicial que la resuelva; se trata de indagar objetivamente si esa pretensión requiere, para quedar abastecida a tenor de las pautas constitucionales, un trámite más abreviado. Y acá volvemos a la siempre luminosa sentencia de la Corte en el caso "Kot":

“Siempre que aparezca... de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el *daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen* de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o *judiciales*, corresponderá que los jueces reestablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo” (el destacado es nuestro).

Este parece ser el sentido que hemos de atribuir en el art. 43 a la definición de “acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo”.

5. Hemos de observar y recalcar que el art. 43 elimina una traba legal y jurisprudencial que, antes de la reforma, solía entorpecer el amparo, cual era la de la existencia de vías administrativas —previas o paralelas—. La nueva norma solamente alude a “otro medio judicial más idóneo”, con lo que queda en evidencia que ya no es viable bloquear o entorpecer a la acción de amparo con el pretexto de que el justiciable cuenta con vías o procedimientos administrativos disponibles para resolver su pretensión. Ello es un gran adelanto.

6. Al recorrer los dos primeros párrafos del art. 43 percibimos fácilmente algunas de las amplitudes que queremos destacar:

a) la tutela que, dentro del perfil garantista que proporciona la constitución, brinda la norma a los derechos, se aloja triplemente: a’) en la misma constitución; a’’) en los tratados internacionales (hay que tomar muy en cuenta el art. 75 inc. 22); a’’’) en las leyes;

b) cuando de modo ambivalente se contemplan esos derechos de cara al acto lesivo, la norma menciona “todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares”, de modo que la locución bien puede dilatarse para atrapar en los actos u omisiones de autoridades públicas a las sentencias judiciales, no obstante que —a diferencia de México— el derecho argentino no cuenta con tradición favorable al amparo contra decisiones judiciales y sentencias;

c) el art. 43 habilita al juez del amparo a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto o la omisión lesivos, con lo que cae la prohibición de la ley 16.986, que ya había sido dejada de lado por la sentencia de la Corte en el caso “Peralta” de 1990;

d) la tutela amparista se extiende asimismo a los derechos que consignan los arts. 41 y 42, y a cualquier forma de discriminación;

e) también a favor de “los derechos de incidencia colectiva en general”, con una terminología que personalmente nos remite a los tantas

veces denostados intereses difusos o colectivos, o intereses de pertenencia difusa, que aquí vienen claramente asumidos;

f) para los supuestos referidos en los anteriores incisos d) y e) la norma abre la legitimación procesal activa a favor de: f) el afectado; f') el defensor del pueblo; f'') las asociaciones que propendan a esos fines;

g) la legitimación reconocida al afectado para los mismos casos de los incisos d) y e) significa que todo aquél que, como parte de un grupo o sector social, o acaso —según la circunstancia— de la sociedad total, sufre perjuicio y queda “afectado” en la porción o “cuota-parte” que subjetivamente titulariza dentro del conjunto, está en condiciones de interponer el amparo, si que ya pueda alegarse en contra que un interés que pertenece a varios o a todos carece del perfil de interés propio, directo y concreto para cada uno de los integrantes del grupo o sector social, o de la sociedad total.

7. El paisaje que someramente esbozamos, y a cuyo mayor detalle no podemos descender, es más que suficiente para retomar lo que decíamos al comienzo: el art. 43 de la constitución reformada brinda una apertura proteccionista que, superando déficits anteriores, ha procurado poner al día muchos de los avances propiciados por el derecho procesal constitucional. Saber acompañar esta tendencia, desde el vértice de nuestro orden jurídico hacia los planos infraconstitucionales, es una obligación que emerge de la llamada fuerza normativa de la constitución.

La ley reglamentaria y el derecho judicial de nuestros tribunales —con o sin ley reglamentaria— deben afiliarse a una interpretación que no intente buscar restricciones y estrangulamientos, sino —a la inversa— un despliegue eficaz que proporcione desarrollo al art.43. Seguramente es bueno tomar como parámetro el derecho a la tutela judicial efectiva, al que consignan normas constitucionales del derecho comparado —por ejemplo, en España—.

8. Finalmente, desde la supremacía de la constitución federal no dudamos en aseverar que, atento el subsistente art. 31, la norma del art. 43 prevalece sobre el derecho público provincial y obliga a las constituciones, leyes y jurisprudencia provinciales a su cumplimiento y acatamiento, sin acotaciones que desvirtúen la fisonomía federal del amparo. Las provincias disponen de habilitación constitucional para asignarle mayor amplitud todavía, pero jamás para debilitarlo, restringirlo o contrariarlo. ♦

LA PRETENSION DE AMPARO EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

POR LINO ENRIQUE PALACIO (*)

I. Dos notas definitorias del amparo

1. Antes de emprender el análisis del alcance atribuible a la pretensión de amparo tal como ha sido diseñada por el art. 43 de la reforma constitucional de 1994, conviene destacar dos de sus notas definitorias fundamentales, las que resultan no sólo del texto de esa norma sino también de la doctrina jurisprudencial que dio origen a dicha pretensión, de los artículos 1° y 2° de la ley 16.986 que la reglamentó en el orden nacional, y de los preceptos contenidos en diversas constituciones y leyes provinciales que, a su vez, aparecen inspirados en esos antecedentes.

2. La primera de tales notas consiste en que la admisibilidad de la pretensión objeto de estudio se halla condicionada a la existencia de un acto u omisión (no interesa por el momento la determinación de su autor) que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace el ejercicio de cierta categoría de derechos o garantías con *arbitrariedad o ilegalidad manifiesta*.

Aunque los conceptos de “arbitrariedad” o “ilegalidad” no resultan fácilmente diferenciables, a tal punto que en algunos precedentes se los menciona en forma conjunta (1), una distinción aproximativa

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Lino Enrique Palacio, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 13 de julio de 1995.

(1) CSN, Fallos t. 294, p. 152; t. 308, p. 2068; La Ley, 1978-C, 372.

podría apoyarse en la observación de que mientras la arbitrariedad se exterioriza cuando el acto o la omisión aparecen formalmente fundados en ley pero ésta es aplicada con error axiológico inexcusable, exceso ritual o autocontradicción, o bien las conductas cuestionadas derivan de la transgresión de las reglas del debido proceso, la ilegalidad se configura cuando el acto u omisión se hallan desprovistos de todo sustento normativo, es decir cuando entrañan la prescindencia lisa y llana de la ley.

Si, a los fines indicados, se recurre por vía analógica a la jurisprudencia elaborada por la Corte Suprema acerca de la tacha de arbitrariedad, cabría concluir que si bien todo acto (positivo o negativo) ilegal es arbitrario, no todo acto arbitrario es necesariamente ilegal (2).

Pero tanto la ilegalidad como la arbitrariedad, o si se quiere la “ilegitimidad” a la que se refieren algunas leyes y constituciones provinciales (v. gr. Cód. Procesal Civil y Comercial de La Rioja, art. 379; Const. de Santa Fe, art. 17) a la que han aludido incluso sentencias de la Corte Suprema (3), deben ser *manifiestas*, lo cual implica que aquellos vicios deben aparecer visibles al examen jurídico más superficial (4).

Recurriendo a gráficas expresiones, decía Fiorini que el amparo “impugna a un acto cuando el ataque es tan patente que se manifiesta —podría decirse en forma física— visible, ostensible y notorio” (5) y el jurista brasileño Alfredo Buzaid señalaba, respecto del muy similar “mandamiento de seguridad” que “la nota fundamental del instituto no está dada propiamente por la *inexistencia de discusión* en torno al derecho

(2) Es al respecto clásico el ejemplo explicativo de Juan Francisco Linares frente a la norma que dispusiera que, en caso de epidemia, la autoridad administrativa procederá a clausurar salas de espectáculos públicos e iglesias. Es visible que carecería de toda fuerza de convicción, a causa de su desviación axiológica y ostensible irrazonabilidad, la resolución que aplicara esa norma si se declarara, v. gr., una epidemia de paludismo, por cuanto es sabido que esa enfermedad no se contagia de persona a persona. Tal resolución, a pesar de su fundamento legal, sería sin duda arbitraria en virtud de la repulsa valorativa que promueve. (*Derecho administrativo*, p. 16, Buenos Aires, 1986. El ejemplo ya había sido enunciado por el autor muchos años antes, y fue tomado por COSSIO en *El derecho en el derecho judicial*, 2da. ed., ps. 147 y 151, Buenos Aires).

(3) CSN, Fallos, t. 241, p. 291; t. 304, p. 199; t. 306, p. 400; t. 308, p. 155, CNFed., Sala cont.-adm., Rev. La Ley, t. 93, p. 527; t. 135, p. 1080, 20.674-S.

(4) PALACIO, *Derecho procesal civil*, t. VII, p. 144, Ed. Abeledo Perrot.

(5) *El recurso de amparo*, en Rev. La Ley, t. 93, p. 946.

invocado por el impetrante, sino por la *indiscutibilidad* de la pretensión enjuiciada” (6).

Sobre la base de la evidencia o notoriedad que debe revertir el acto lesivo, la jurisprudencia se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la pretensión de amparo es inadmisibile cuando las cuestiones planteadas como fundamento de ella son opinables o discutibles (7), y tal aserto concuerda con la norma contenida en el art. 2°, inc. d) de la ley 16.986 en tanto descarta la procedencia de dicha pretensión cuando la “determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba”, aunque ello no se opone, naturalmente, a la posibilidad de que, durante la sustanciación del proceso de amparo, se produzcan actos alegatorios y probatorios compatibles con la celeridad que debe presidirlo.

3. La otra nota esencial que distingue a la pretensión de amparo, y que entraña un lógico corolario de la desarrollada en el número precedente, radica en la necesidad de que aquélla tramite con la mayor celeridad y urgencia, y a través, por consiguiente, de procedimientos dotados de la máxima simplicidad en sus dimensiones temporales y formales. Por ello se ha dicho —aunque con alguna exageración— que el remedio de que se trata debe restablecer el derecho conculcado inclusive en el plazo de “horas”, y son numerosos los ordenamientos que aluden a esa unidad de tiempo con referencia a la duración de los plazos en que deben cumplirse los principales actos que integran el proceso de amparo.

Ya en oportunidad de pronunciarse en el caso “Kot” (8) la Corte hizo particular hincapié en el rasgo ahora considerado al expresar “que siempre que aparezca..., de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos

(6) *Do mandado de segurança*, Revista Forense, Río de Janeiro, marzo-abril de 1956, p.11. En sentido similar OTHON SIDUO, J. M., *Do mandado de segurança*, 2da. ed., p. 87, 1959.

(7) CSN, Fallos, t. 270, p. 69; t. 271, p. 165; t. 273, p. 84; t. 274, p. 186; t. 281, p. 394; t. 297, p. 65; t. 210, p. 622; t. 311, p. 208; etc.

(8) CSN, Fallos, t. 241, p. 291. Esta doctrina fue reiterada, entre otros, en los precedentes registrados en “Fallos”, t. 267, p. 215 y t. 311, p. 208.

o judiciales, corresponderá que los jueces reestablezcan *de inmediato* el derecho restringido por la *vía rápida* del recurso de amparo”.

Asimismo en la doctrina nacional Alfredo Orgaz, partiendo de la idea de que el amparo configura un “remedio urgentísimo”, llegó a postular que no cabía frente a su mera interposición contienda alguna, de modo que el juez debía resolver “de inmediato”, “con sólo oír al autor de la supuesta violación” (9), y el Dr. Pedro Aberastury y en oportunidad de emitir como juez de la Corte Suprema un voto disidente expresó que, atendiendo al carácter excepcional y sumarísimo del trámite, era extraña al procedimiento de amparo “toda idea de bilateralidad” (10).

4. Más allá del reparo constitucional de que —con fundamento en la garantía de la defensa— son pasibles las posturas extremas precedentemente recordadas, lo cierto es que, cuando se halla en juego la lesión clara y ostensible de determinada clase de derechos, la pretensión de amparo fue, hasta ahora, con excepción del “hábeas corpus” destinado a preservar a libertad corporal, y al menos en el plano teórico, *el remedio procesal sumarísimo o abreviadísimo por excelencia*.

Tal conclusión se encuentra por lo demás ampliamente refrendada por los ordenamientos procesales vigentes en la República. Basta en efecto cotejar el tipo de proceso diagramado por la ley 16.986 con cualquiera de los procesos contenciosos regulados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación —incluyendo a los denominados “sumarios” y “sumarísimos”— para verificar que el primero aventaja con creces a los segundos en punto a la simplicidad de sus dimensiones temporales y formales y, por lo tanto, desde el punto de vista de su mayor idoneidad para lograr una más rápida definición del conflicto.

Si bien no cuadra idéntica aseveración frente a la pretensión de amparo deducida contra actos u omisiones de particulares a la que se refiere, v. gr., el art. 321, inc. 2do. del Código Procesal Civil y Comercial, importa no obstante advertir que esa norma sujeta el trámite de la mencionada pretensión al tipo de proceso más abreviado que contempla ese ordenamiento, como es el llamado “proceso sumarísimo”.

(9) *La legislación sobre amparo*, en Rev. La Ley, t. 102, p. 1075.

(10) CSN, Fallos, t. 250, p. 151.

Como se verá más adelante, tales observaciones resultan puntualmente extensivas a los ordenamientos procesales provinciales.

II. El amparo frente a “otro medio judicial más idóneo”

1. Precisadas las dos notas fundamentales que otorgaban clara fisonomía al amparo hasta la promulgación de la reforma constitucional de 1994, corresponde ahora analizar si aquéllas subsisten, o en qué medida, con arreglo al texto actualmente en vigencia, y sin perjuicio de considerar más adelante las otras variantes que dicho texto exhibe.

Disponer el nuevo artículo 43 de la Constitución reformada que frente a la lesión, restricción, alteración o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, de determinados derechos o garantías, “toda persona puede interponer acción expedita y rápida del amparo, *siempre que no exista otro medio judicial más idóneo*”.

Fácilmente se advierte que el nuevo precepto, que erige al amparo en derecho constitucional expreso, mantiene las dos notas fundamentales más arriba explicadas y desarrolladas por cuanto, por una parte, supedita la admisibilidad de la pretensión a la manifiesta ilegalidad o arbitrariedad del acto lesivo y, por otra parte, al calificar al amparo como una “acción expedita y rápida” no hace más que poner el acento en la máxima simplicidad y consiguiente celeridad que debe gobernar el trámite del correspondiente proceso judicial.

2. Hasta allí no parecen suscitarse problemas, pero los interrogantes afloran cuando se trata de desentrañar qué se entiende por inexistencia de *otro medio judicial más idóneo* que el amparo.

Con anterioridad a la vigencia del nuevo artículo 43 no cabía duda en el sentido de que la pretensión de amparo configuraba una vía procesal excepcional y subsidiaria, por cuanto tanto los precedentes judiciales anteriores a la promulgación de la ley 16.986 como el artículo 2°, inc. a) de este ordenamiento descartaban la admisibilidad del amparo frente a la existencia de “recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate”.

Si bien, conforme al texto constitucional en vigor, la existencia de un remedio *administrativo* no puede en modo alguno ser obstáculo para la

admisibilidad de la pretensión (11), —lo que implica sin duda un acierto y un importante avance— la jurisprudencia se orientó en el sentido de que, sea que se tratara de una vía administrativa previa o de un remedio judicial concurrente, debían ser *aptos* o *idóneos* en orden a la eficaz protección del derecho o garantía constitucional invocados como fundamento de la pretensión, motivo por el cual cuando el procedimiento administrativo o judicial resultaban inadecuados para reparar las consecuencias del acto lesivo, ocasionando al interesado un daño grave e irreparable, no cabía desechar la procedencia directa del amparo. Dentro de esa línea se consideró inaplicable el art. 2º, inc. a) de la ley 16.986 si, v.gr., el reclamo administrativo se presentaba como un trámite inútil (12), o el trámite del proceso judicial era susceptible de traducirse en una virtual denegación de justicia (13).

3. La doctrina interpretativa del mencionado art. 43 no es empero unánime en lo que concierne al actual carácter subsidiario o principal de la pretensión de amparo.

Sagüés se pronuncia en el sentido de que el amparo debe reputarse subsidiario o supletorio no ya frente a la mera inexistencia de otras vías judiciales, sino ante la inexistencia de un remedio judicial *mejor* o *más idóneo* para tutelar el derecho en juego de acuerdo con las particularidades de la causa (14), de manera que si esa ruta mejor o “más idónea” concurre en el caso es menester seguirla en lugar del amparo, pero si aquella es *igual* o *peor* que éste el afectado puede optar por una u otra vía, con lo que el amparo asume el papel de remedio alternativo. Agrega, sin embargo, en ánimo de clarificar esos conceptos, que ante un acto lesivo manifiestamente arbitrario o ilegal el afectado “debe, en principio, recurrir al proceso ‘más idóneo’, que habitualmente será el ‘ordinario’, excepto que, en función del factor tiempo o de la inexistencia, en éste, de medidas cautelares, el amparo exhiba mayor idoneidad, en

(11) Cfr. Cámara Federal de Paraná *in re* “Velázquez, Claudia I. y otra”, del 16.11.94, publicado en el diario de “Jurisprudencia Argentina” de 28.12.94.

(12) CSN, Fallos, t. 276, p. 12 (reconocimiento, por la Secretaría de Estado ante la que se dedujo el recurso jerárquico, de la ilegalidad de la medida cuestionada).

(13) CSN, Fallos, t. 294, p. 152; t. 303, p. 152.

(14) *Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional*, en Rev. La Ley, 1994-D, 1151.

cuyo caso éste será admisible siempre que el afectado lo alegue y acredite siquiera 'prima facie'".

En una línea sustancialmente similar, aunque con un criterio más restrictivo, se expide Barra (15), quien sobre la base de que la "idoneidad" requerida por el artículo 43 de la Constitución atiende por una parte a la necesidad de que el afectado obtenga el pronunciamiento de una "decisión judicial rápida" que cancele la subsistencia de la conducta manifiestamente arbitraria o ilegal y, por la otra, al imperativo de que el demandado cuente con la posibilidad de una defensa amplia de sus derechos, entiende que la mayor "idoneidad" puede tenerla precisamente la "vía ordinaria", en cuya hipótesis el amparo pasa a revestir la condición de un remedio subsidiario y excepcional. Más adelante se verá que este es el criterio en el que se inspira el Proyecto de ley reglamentario del amparo sometido por el Poder Ejecutivo al Senadó de la Nación.

Una postura radicalmente opuesta es la adoptada por Morello, quien tras destacar que, en virtud de la reforma constitucional el amparo "juega como *alternativa principal y no subsidiaria*" (la bastardilla me pertenece) —al extremo de que a su juicio configura una vía procesal "directamente operativa" que, como tal, funciona con plenitud sin necesidad de ley reglamentaria— considera que sólo en el supuesto de existir otras vías *mejores*, es decir "más idóneas, eficaces, útiles, efectivas" que el amparo mismo, cabe que éste resulte desplazado "para dar ingreso a otros continentes", y concluye subrayando que esta última alternativa "*sería siempre excepcional y no el principio o la regla*" (16). De acuerdo con este criterio, según fácilmente se advierte, resulta totalmente descartada la "vía ordinaria" como "remedio judicial más idóneo".

No difiere sustancialmente de esta última postura la propiciada por Rivas (17), en cuya opinión "si la conducta lesiva es manifiestamente ilegal o arbitraria la comparación necesaria para determinar si es aplicable o no el amparo no ha de hacerse entre el proceso ordinario y esa vía, sino entre ella y otras razonablemente aplicables (interdictos,

(15) *La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar*, en La Ley, 1994-E, 1087.

(16) "Diario de Jurisprudencia Argentina" del 28/12/94.

(17) *El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina*, en La Ley, 1994-E, 1330.

amparos por mora, *mandamus* o *prohibimus* si estuviesen consagrados), sin olvidar que el ordinario o sumario combinado con una medida cautelar no tiene la misma finalidad del amparo pues puede proteger, pero no restituir el uso y goce —sin cortapisas y amenazas— del derecho individual”.

4. En trance ahora de formular mi propio punto de vista sobre el tema, estimo ante todo conveniente recordar que el art. 43 de la Constitución reformada no sólo confirió al amparo el carácter de derecho constitucional expreso —razón por la cual prevalece respecto de cualquier limitación o restricción contenida en leyes nacionales o provinciales— sino que también, por un lado, extendió su ámbito de admisibilidad a actos y omisiones provenientes de particulares y, por otro lado, amplió el tipo de derechos susceptibles de tutela a través de ese remedio, que no se circunscriben ahora a los reconocidos por la Constitución, sino que también comprenden a los que se encuentran reconocidos por un *tratado* o una *ley*.

En segundo lugar es del caso reiterar la conclusión más arriba expuesta y conforme a la cual, en el actual estado de la legislación vigente en el orden nacional no se halla previsto, frente a actos u omisiones de autoridades públicas, un tipo de proceso más expeditivo y rápido que el de amparo, regulado, conforme a la ley 16.986, sobre la base de un esquema configurado, fundamentalmente, por demanda (art. 6°), informe de la autoridad demandada (art. 8°), producción de toda la prueba en una audiencia que debe tener lugar dentro del tercer día (art. 9°), pronunciamiento de sentencia dentro del mismo plazo (art. 11), posibilidad de recurrirla dentro de 48 horas (art. 15) y prescindencia de recusaciones sin causa, cuestiones de competencia, excepciones previas e incidentes (art. 16). Interesa agregar que la conclusión es fundamentalmente la misma si la óptica se extiende a las leyes locales —que en general reglamentan al amparo en forma similar a la de la ley nacional—, pues los llamados juicios de mínima cuantía o juicios verbales regulados por algunas de ellas (v. gr. Córdoba, San Juan), son, a lo sumo, tan sumarísimos como aquél, pero no en mayor medida.

En tercer lugar, la propia redacción acordada al art. 43 de la Constitución sugiere, con evidencia, que la “idoneidad” a que alude es concepto que equivale estrictamente al de celeridad o rapidez, porque si la norma citada comienza refiriéndose a la “acción expedita y rápida de amparo” y continúa aclarando que ésta sólo puede ser desplazada por otro

“medio judicial más idóneo”, es obvio que éste debe ser más expedito y rápido que aquél.

De lo dicho se sigue que, en presencia de un acto u omisión que lesione o restrinja, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley y siempre, desde luego, que tales circunstancias sean alegadas y acreditadas por el interesado siquiera *prima facie*, el proceso ordinario no puede en ningún caso ser considerado un remedio judicial más idóneo que el amparo.

No obsta a la precedente conclusión la circunstancia —apuntada por Barra (18)— de que la idoneidad de una vía procesal no puede desentenderse del derecho de defensa que asiste al demandado, pues el ejercicio de este derecho, en lo que concierne a su amplitud, debe ceder en razonable proporción frente a la ostensible ilegitimidad —verificable a “simple vista” como se dijo en algún fallo (19)— de la conducta lesiva. Es que si frente a la mera “verosimilitud” del derecho cabe la adopción de medidas cautelares sin previa audiencia del afectado, no carece de razonabilidad que, ante la cuasi certeza del derecho involucrado en una pretensión de amparo, se restrinja en alguna medida la extensión de la defensa, del mismo modo que las leyes procesales la limitan —particularmente a causa de la menor complejidad de las cuestiones debatidas— en los denominados procesos “sumarísimos”, e inclusive la descartan frente a determinados planteos cuya claridad torna superfluo todo debate a determinados planteos cuya claridad torna superfluo todo debate como ocurre, v. gr., cuando eliminan la sustanciación en el supuesto de nulidades manifiestas o admiten la desestimación “in limine” de peticiones de nulidad manifiestamente improcedentes (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, arts. 172 y 173).

Por lo demás, en razón de que el juicio ordinario es siempre cauce adecuado para el planteamiento de cualquier pretensión cuyo trámite no se halle sujeto a un tipo específico de proceso (20), la tesis que erige a aquél en posible remedio judicial provisto, como regla, de mayor

(18) *Op. cit.* en la nota 15.

(19) “Jurisprudencia Argentina”, 1968-IV-463, secc. prov. Ver asimismo OTHONSIDOU, *op. y loc.* citados en la nota 6.

(20) Ver, por ejemplo, Cám. Fed. Cap. en Rev. La Ley, t. 127, p. 212.

idoneidad que el amparo, importa retrogradar el tema de que se trata a discusiones superadas aun en los primeros años de vigencia de la ley 16.986, cuyo alcance es lícito presumir ampliado por el art. 43 de la Constitución porque, de lo contrario, a los redactores de esa norma les hubiese bastado con extender la legitimación pasiva y el número de derechos tutelados, manteniendo el perfil trazado a la pretensión de amparo por los arts. 1° y 2°, inc. a) de la mencionada ley.

Descartado pues el acierto de la primera de las líneas doctrinales recordadas, es pertinente emitir juicio acerca de la corrección de la segunda, o sea de aquella en cuya virtud, conforme al texto constitucional vigente, la admisibilidad de la pretensión de amparo, siempre que concurren los presupuestos que la condicionan, comporta una alternativa principal, sólo susceptible de desplazamiento por otras vías más expeditas y rápidas.

De acuerdo con las consideraciones más arriba formuladas no parece dudoso que esa sea la más razonable interpretación de la norma de que se trata, aunque, como también se puntualizó, un examen global de la legislación procesal argentina corrobora la conclusión de que no se hallan regulados procedimientos judiciales que ostenten la referida condición, es decir que exhiban, a causa de su simplicidad y correlativa celeridad, mayor idoneidad que el proceso de amparo, regulado conforme al esquema básico que anteriormente fue descripto.

III. Análisis crítico del régimen constitucional vigente

1. Lo expuesto precedentemente no implica, sin embargo, adhesión al régimen instituido por el art. 43 en materia de amparo. En términos generales, por lo pronto, su aplicación literal, así como la de las eventuales normas que lo reglamenten, no traerá aparejados beneficios que no brinde ya la tan criticada ley 16.986, pues el hecho de que ésta no haya colmado las expectativas de los justiciables no obedeció a sus falencias normativas sino a su deficiente manejo por jueces y abogados así como a la existencia de un sistema judicial incapaz, por razones de todos conocidas, de reparar con prontitud la lesión de cualquier tipo de derechos.

Asimismo, la ya señalada circunstancia de que el nuevo artículo 43 extendió el ámbito del amparo a los derechos reconocidos por "ley" o por "tratados" en general (algunos de los cuales carecen de jerarquía

constitucional), ha venido a introducir un factor altamente perturbador en el funcionamiento del sistema general de los remedios jurisdiccionales existentes en el orden nacional y provincial, y generará, asimismo, situaciones de incertidumbre incompatibles con la seguridad jurídica.

Parece razonable suponer que el constituyente, al consagrar la referida ampliación, entendió adecuar el texto del art. 43 al Pacto de San José de Costa Rica (incorporado actualmente a la Constitución, art. 22), cuyo art. 25 dispone que "toda persona tiene derecho a un recurso sencillo o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención...". Pero al margen de su extravagante terminología, importa reparar que esa norma no se refiere específicamente a la regulación de una pretensión de amparo con el alcance que ha tenido tradicionalmente y continúa teniendo en nuestro país, sino que, por el contrario, pareciera requerir que los ordenamientos internos de los estados adheridos al Pacto instituyan procedimientos judiciales *proporcionales* a la mayor o menor entidad de las controversias que se sometan a sus tribunales, en forma tal que la protección de derechos involucrados en conflictos escasamente complejos no se traduzca en una virtual denegación del servicio de justicia. Ello ocurriría, v. gr., si el legislador sujetase una pretensión alimentaria o posesoria al trámite del proceso ordinario, pero no, obviamente, si adoptara el mismo criterio respecto de la nulidad de una patente de invención o de un testamento o de las indemnizaciones derivadas de un abordaje marítimo, por "fundamentales" que sean los derechos involucrados en las respectivas contiendas judiciales. En razón de que en la República Argentina, tanto en el ámbito nacional cuanto en el provincial, se hallan previstos y adecuadamente regulados esos procedimientos judiciales proporcionales, no cabe en modo alguno imputarle a aquella un incumplimiento del mencionado Pacto. No alcanza a percibirse, en consecuencia, la necesidad de incluir, en el ámbito de la pretensión de amparo, la protección de derechos reconocidos por ley o por cualquier clase de tratados internacionales.

Formulada la precedente aclaración, no es aventurado predecir que la aplicación del art. 43 de la Constitución, tal como lo interpreta la segunda de las corrientes doctrinales recordadas y lo hacen dos de los proyectos de ley sometidos a la consideración del Congreso Nacional, determinará el desplazamiento e inclusive la virtual derogación de las

normas actualmente reguladoras de diversos procesos judiciales de carácter especial, particularmente de los que tienden a la protección de derechos que acuerdan las leyes comunes, y no la Constitución en forma directa.

En esa línea de reflexiones es fácil concluir, por ejemplo, que el amparo podría en diversos casos sustituir, por razones de mayor idoneidad, al juicio de desalojo. Basta para ello colocarse, entre otras, en la hipótesis de que un inquilino moroso e intimado inclusive en los términos del art. 5° de la ley 23.091, comunique al propietario o locador que no pagó y que en lo sucesivo se abstendrá de pagar los alquileres porque carece de medios para hacerlo o porque el inmueble arrendado dejó de satisfacer sus necesidades de vivienda. ¿Se concibe un acto en mayor medida manifiestamente ilegal que lesiona sin lugar a dudas el derecho del locador? Parece evidente que, sin apartarse un ápice del texto del art. 43 de la Constitución el locador se hallaría inequívocamente habilitado para interponer una pretensión de amparo y para prescindir del trámite del juicio de desalojo porque éste, en tanto se encuentra reglamentado a través de normas menos expeditivas y rápidas no resultaría, naturalmente, "el medio judicial más idóneo" al que se refiere la norma mencionada.

Piénsese asimismo, para ejemplificar con una omisión manifiestamente ilegal, en el caso de que un padre de familia notoriamente poseedor de suficientes medios económicos deje de cumplir con la obligación alimentaria que tiene a favor de sus hijos menores, y de que no se vislumbre probabilidad alguna de doblegar tal actitud. Si se repara en la circunstancia de que, en nuestro derecho, el juicio de alimentos, pese a su carácter sumarísimo, no lo es en mayor medida que el de amparo, la elección de este último no sería, en el caso del ejemplo, una hipótesis descabellada.

Ni que hablar, por otra parte, de los interdictos o de las acciones posesorias de recobrar. En tanto tales remedios se hallan supeditados al despojo de la posesión o de la tenencia con violencia o clandestinidad, y si se tiene en cuenta que semejantes actitudes son, en la mayoría de los casos, actos "manifiestamente arbitrarios o ilegales", cabría concluir que el art. 43 de la Constitución ha derogado virtualmente las normas nacionales y locales reguladoras de aquellas instituciones protectoras de la posesión y de la tenencia.

En suma, la extensión del amparo a actos u omisiones de particulares, por un lado, y a la eventual lesión de derechos subconstitucionales,

por otro lado, así como la razonable equivalencia que es lícito postular entre los conceptos de “acción expedita y rápida” y “medio judicial más idóneo” puede llegar a multiplicar “hasta extremos insospechados” —como advierte Sagüés— (21) el número de los “amparos”, y en definitiva —según también señala ese autor— ha de generar “una correlativa devaluación institucional y sociológica” del remedio, que terminará eventualmente por convertirse en un proceso regular más.

Tal contingencia dependerá en importante medida, sin embargo, del criterio que prevalezca en la ley reglamentaria que resulte en definitiva promulgada, si bien ella, al menos en el aspecto que es materia de esta comunicación, no resulta ineludible (22). Del tema me ocuparé a continuación.

IV. Los proyectos de leyes reglamentarias

1. Hasta el momento, y de acuerdo con mi información, tienen estado parlamentario cuatro proyectos de leyes reglamentarias de la pretensión de amparo: uno originado en el Ministerio de Justicia que se encuentra sometido a la consideración del Senado, y otros tres de los que son autores individualmente los diputados Orlando Zicarelli y Alberto Balestrini, y en forma conjunta los diputados Ricardo F. Molinas, Fernando E. Solanas, Guillermo E. Estévez Boero, Héctor T. Polino y Alfredo P. Bravo, todos los cuales han ingresado a la Cámara a la cual aquéllos pertenecen.

2. El primero de los mencionados proyectos responde, naturalmente, a la ya recordada opinión de Barra. Expresa, en efecto, el art. 2°, que “la acción de amparo es una garantía constitucional que se ejerce a través de un pronunciamiento de excepción, subsidiario de las vías judiciales ordinarias. Procederá siempre que se invocare fundadamente que las vías ordinarias, idóneas para garantizar la plena amplitud de debate y prueba, no aseguren la protección del derecho afectado con eficacia suficiente para impedir un daño grave e irreparable”.

(21) *Op. cit.* en la nota 14.

(22) Se impone, sin embargo, el dictado de una ley que regule el procedimiento aplicable, a cuyo fin sería conveniente mantener los lineamientos de la ley 16.986 con las supresiones, agregados y adaptaciones que fueren menester. De tal suerte sería aprovechable gran parte de la jurisprudencia acumulada durante los casi treinta años de vigencia con que cuenta dicho ordenamiento.

Como fácilmente se percibe la norma transcrita no sólo remarca el carácter excepcional y subsidiario de la pretensión de amparo sino que comporta un manifiesto retroceso respecto de la ley 16.986, pues mientras el art. 2º, inc. a) de ésta se limitaba a excluir la admisibilidad de aquélla ante la existencia de remedios judiciales que permitiesen obtener la protección del derecho lesionado o amenazado, dicha norma califica sin más, como más idóneas que el amparo, salvo invocación fundada en contrario, a las vías ordinarias. Pero en razón de que, según entiendo haberlo demostrado, tales vías no configuran la "acción expedita y rápida" a que alude el art. 43 de la Constitución, es obvio que la norma proyectada contraría el sentido de ese precepto.

El proyecto del diputado Zicarelli se limita en este aspecto, por el contrario, a reproducir, en sus artículos 1º, 2º y 4º, inc. a), el art. 43 de la Constitución Nacional, y el presentado por el diputado Balestrini parece aproximarse a la tesis propiciada por Morello y Rivas en tanto, al definir el "medio judicial más idóneo" expresa que "la existencia de un medio más idóneo se considerará tal siempre que fuere de juzgamiento con suficiente celeridad de trámite para que la lesión contra la que se formula el amparo tenga adecuada solución".

Si bien la redacción de esa norma no es ejemplo de claridad, no adolece del defecto que exhibe el Proyecto del Poder Ejecutivo, por cuanto al hacer mérito de la "celeridad del trámite" descarta la primacía de las vías ordinarias y se concilia en mayor medida con el marco significativo del art. 43 de la Constitución. Su eventual aplicación, sin embargo, expone a los riesgos que señalé anteriormente, y lo mismo ocurre con el cuarto de los proyectos anteriormente citados, cuyo art. 4º expresa que "la sola existencia de otros remedios judiciales no constituye motivo suficiente para el rechazo de la acción".

V. Conclusión

Mas allá de la necesidad o inutilidad de tales precisiones normativas, importa aseverar que si los constituyentes de 1994 se propusieron seriamente imprimir mayor efectividad a la pretensión de amparo, la actitud sensata hubiese consistido, sencillamente, en extender la legitimación pasiva (23), eliminar la vía administrativa como remedio previo y

(23) Sin perjuicio, naturalmente, de la ampliación de la legitimación activa que resulta de las situaciones contempladas en el párrafo segundo del art. 43, y sobre las que versará la disertación del doctor Germán J. Bidart Campos programada para esta misma sesión.

receptar la doctrina jurisprudencial en cuya virtud los jueces se hallan habilitados para declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto o la omisión lesiva.

Entretanto, sea por vía reglamentaria o a través de su aplicación directa, el art. 43 de la Constitución reformada es susceptible de conducir el tema a un inútil retroceso o bien a un estado de inseguridad jurídica que llevará largo tiempo superar.

Al margen, sin embargo, de esas eventualidades, lo cierto es que la pretensión de amparo ha perdido irremisiblemente, a raíz de la reforma de 1994, el exclusivo y relevante rol para la que fue creada, o sea el consistente en servir de eficaz remedio tuitivo de derechos y garantías constitucionales. ◆

EL AMPARO DESPUES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

POR AUGUSTO MARIO MORELLO

En recuerdo del Dr. Mario Justo López

I. Crisis de la idea del amparo como “el último recurso”

Luego de la *involución* experimentada por el amparo como régimen específico para tutelar contra las violaciones de derechos constitucionales claros, a raíz del obrar arbitrario o ilegítimo de “la autoridad”, o de los particulares (=grupos económicos, o de hecho, desequilibrantes del Estado de Derecho), se hizo cada día más evidente (y por consecuencia de efectos castradores y menguantes para su significación operativa, *práctica*) que el demandante debía demostrar como requisito o presupuesto condicionante de su viabilidad procedimental, que el amparo (y no las otras vías que el ordenamiento general ponía “generosamente” a disposición del afectado) era lo que correspondía ser ejercido y no las referidas comunes previas o paralelas, en razón de que éstas eran de por sí ineficaces, inidóneas, tardías o disfuncionales, y que, en un parangón de evaluación comparativa, resultaban *menos* que el amparo. Que sólo este era el mecanismo superior y apropiado a los demás medios disponibles para una enmienda justa, rápida y eficaz de esa lesión.

Algo parecido acontecía en el derecho anglosajón con las categorías modernas de los procesos colectivos y la dimensión técnica del interés legítimamente en las *class actions*. Como señala la profesora canadiense Nicole L'Hereux, en esos supuestos el tribunal debe considerar los intereses de los miembros del colectivo a *la luz de otros procedimientos* —como el proceso acumulativo, la consolidación, las

acciones individuales [comunes u ordinarias], remedios administrativos, etc.— de los que pueda disponer según las circunstancias. Sobre este particular, agrega, las acciones de interés colectivo son consideradas *como un último recurso*. Si se pueden emplear otros procedimientos, la acción de interés colectivo (léase, el amparo) será desautorizada (1).

II. Hasta las vísperas de la reforma constitucional

Esa orientación se fue afirmando sin pausas, no obstante ciertas concesiones a vicios de actividad — nulidades sustanciales— en los actos del proceso (2). En el abuso de la comparación (en el forcejeo de cuál es mejor o peor), es decir en el espejo de esas “otras” vías de eventual uso, no se demoró Bidart Campos (¡en 1969!) en destacar que en lo atinente a la existencia de otros remedios judiciales o administrativos que permitirían obtener la protección del derecho o de la garantía institucional de que se trate (y que obstarían a la admisibilidad de la acción de amparo),

(1) L'HEREUX, Nicole, *El acceso efectivo del consumidor a la justicia. Tribunales de pequeñas reclamaciones y acciones de interés ajeno*, trad. del Instituto Nacional del Consumo (España). Comp. nuestro ensayo, *El proceso colectivo en AA.VV., Defensa de los consumidores de productos y servicios*, pp. 317-341, dir. Gabriel Stiglitz, La Rocca, 1994, la cita en p. 333, énfasis agregado.

(2) Había expresado la Corte Suprema que la omisión en el procedimiento de formalidades sustanciales no es redimible (en el caso reputó inexistente el fallo de la Cámara suscripto por dos de las integrantes de la Sala pues la mención de la ausencia circunstancial del tercer miembro no configura ninguno de los supuestos de excepción al funcionamiento ordinario de los tribunales colegiados) por violarse el art. 18, Const. Nac. (“Fallos”, 156:283; 223:486; 233:111 y 312:39).

Agregó todavía —lo que corrobora la tendencia a comprobar, relevar, o denunciar de *oficio* los vicios o nulidades procesales causantes de indefensión— “que no empece a esa solución el hecho de que la deficiencia apuntada no hubiese sido objeto de agravio por el recurrente, ya que si bien —como regla— las sentencias de la Corte deben limitarse a lo peticionado por las partes en el recurso extraordinario (“Fallos”, 297:133; 298:354; 302:346, 656 y 306:2088), el ejercicio de la facultad de la que este tribunal hace uso se impone como un *deber indeclinable* (causa: F.307.XXIII, “Furriel, José M. y otros vs. Ferrocarriles Argentinos”, 19 de diciembre de 1991).

“Sin perjuicio de ello, en atención a las circunstancias enunciadas, corresponde decidir la cuestión sin imposición de costas (“Fallos”, 312:579)”.

CSJN, “Vaney, Eduardo J.”, 3 de mayo de 1994, “J.A.”, semanario nro. 5904, 26 de octubre de 1994, p. 35, consid. 3ro. y 4to.

Más ampliamente, en MORELLO, Augusto M. y VALLEFIN, Carlos A., *El amparo. Régimen procesal*, Platense, 1992. Algunas aperturas prudentes se contaron en la década democrática, 1983-1993.

“no era la existencia de otra vía la que cerraba indefectiblemente el amparo, sino la ineptitud de la misma la que lo abre” (3).

Complementariamente, sin embargo, hubo que avanzar en la reflexión desengrillante, apuntando al respecto que si la vía administrativa no atiende idóneamente el problema, es decir, si su trámite, por uno u otro motivo, no era suficientemente útil para proteger el derecho vulnerado —lo que por ende puede ocasionar un gravamen irreparable—, el interesado quedaba habilitado para articular el amparo omiso medio, o lo que es igual de manera *directa* (4).

De manera tal que la aptitud o ineptitud de las vías previas como manera de juzgar la viabilidad del amparo, dependía del caso concreto (de sus peculiaridades o circunstancias fácticas o jurídicas identificatorias) ante el cual *había que analizar* si situaciones de *urgente necesidad en obtener la protección buscada*, o la inminencia del daño, tornaba ilusoria la tutela a brindarse por aquellos caminos (5).

Desde ese enclaustramiento, fácil era avizorar las *dificultades* manifiestas, y casi siempre insuperables, para el letrado amparista, ante esos obstáculos paralizantes del accionar cabal *reservado y pertinente al amparo*.

Ello impedía a los litigantes su adecuado empleo en miras de obtener de manera sumaria, rápida y útil (eficaz) la solución a un problema de incolumidad de derechos y libertades medularmente importantes para la Constitución Nacional, y no sólo para ella (también para los tratados y la legislatura infra o subconstitucional).

(3) BIDART CAMPOS, G.J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, p. 210, Ediar, 1969.

(4) SAGÜES, Néstor P., *Ley de amparo*, Astrea, 1979, p. 149, párr. 5; RIVAS, Adolfo A., *El amparo*, p. 142, La Rocca, 1990.

(5) ST de Jujuy, “Rentaría Villegas, Susana I. vs. Cooperativa de Trabajo de Educadores Ltda.”, 3 de agosto de 1994, “Doctrina Judicial”, 1994-2, ps 648, 649, en donde en el voto del Dr. Valdecantos se citan las obras mencionadas en 4 y 5 *supra*. Casi siempre en materia de pérdida de cursos escolares en donde el factor tiempo es decisivo y en donde las vías ordinarias hacían malograr al estudiante varios años, quedaba al desnudo —hecho notorio de la realidad administrativa y judicial argentina— que debía *prescindirse* de todo trámite previo cuyo transcurso, atento el carácter de la medida, tornaba sin más *ilusoria* (irreal, intolerable) la protección representada por la vía *ineficaz*, que cedía su lugar al amparo que lo escogía por el órgano competente.

Un carril sin igual —así percibido por la conciencia jurídica del foro— para el acceso de los justiciables a la tutela que debe brindar la jurisdicción y para garantizar *prontamente* (sin gastos y sin el recorrido de las tupidas redes de los trámites judiciales ordinarios) el reconocimiento de una alternativa directa a la prestación *efectiva* de la justicia; a esa privilegiada (diversificada y expedita) justicia de protección de derechos constitucionales *conculcados*, que no obstante en la praxis quedaba aislada de su raigambre y fuera de pista para funcionar cabal y plenamente.

No costó igualmente esfuerzo deslizarse por el tobogán del aludido razonamiento que cada vez más intensamente (la reiteración maquina del argumento) acorralaba *al amparo en una senda excepcional, a ser usada como último (y no primero) recurso técnico procedimental*.

Las circunstancias de la *desinterpretación* jurisprudencial lo devalaron, dato fácilmente comprobable, y estaba ya cristalizado en nuestras prácticas cuando los lamentos de Carrió, a los veinticinco años que siguieron al feliz alumbramiento de 1958, desnudaban las peripecias y desmayos que fueron *in crescendo* con la sanción de la ley cerrojo, 16.986. Dieron por tierra con las ilusiones iniciales, y en ello se insistía casi en las barbas de la Reforma de 1994. Aunque no dejaban de producirse decisiones lúcidas, enroladas en la buena tendencia (6).

El impacto de la Reforma Constitucional, en agosto de 1994, como en los párrafos siguientes intentaremos demostrar, fue sin dudas copernicano. En efecto, veremos cómo el amparo que se emplazaba “de último remedio” ha pegado un brinco espectacular en su singular órbita, para hoy ser sin dudas *el primero* de los mecanismos tuteladores de los derechos y garantías fundamentales. El es el *adecuado* y no los otros.

(6) Repárese, al pasar, otro paralelismo: el uso previo —el agotamiento— de los recursos ordinarios y extraordinarios contemplados en los ordenamientos procesales provinciales, para ante sus tribunales o Cortes Superiores a fin de poder empalmar (“Strada”, “Di Mascio”) con la apelación federal del art. 14, ley 48.

III. El amparo en las reformas constitucionales de la Nación y de la provincia de Buenos Aires.

A) Revalorización

El amparo constitucionalizado. Su nueva hoja de ruta.

<i>Filosofía</i>	La del modo de acción y pensamiento del acceso a la jurisdicción.
<i>Finalidad</i>	Tutela rápida y expeditiva de los derechos y garantías fundamentales reconocidas por la Constitución, Tratados y leyes.
<i>Modo de funcionar</i>	Alternativa directa y <i>principal</i> (no subsidiaria). Retorno al período inicial y en el rumbo pretoriano de "Siri" y "Kot".
<i>Categorías</i>	Amparo <i>individual</i> (el clásico). Amparo <i>colectivo</i> (tutela de los derechos de incidencia colectiva, difusos, etc.).
<i>Legitimación activa</i>	Amplísima: 'toda persona'; para el amparo colectivo, además de las entidades registradas con ese objeto, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público (arts. 86 y 120, C.N.) (pivotea el <i>afectado</i>).
<i>Características</i>	Sistema autosuficiente: art. 43, Cons. Nac. y 25 Pacto de San José de Costa Rica, de similar jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nac.).
<i>Cargas del actor</i>	Sólo argumentar y acreditar <i>prima facie</i> —de existir— la preferencia por un procedimiento <i>mejor</i> (más idóneo) que el propio amparo. No tiene que competir éste con las vías ordinarias.
<i>Procedencia</i>	Por igual: contra actos del sector público (autoridades), y del privado (particulares, grupos económicos).

<i>Declaración de inconstitucionalidad</i>	Si corresponde, en el amparo se la debe declarar. Ha quedado derogado el tapón del art. 2do., ley 16.986 ("Peralta").
<i>Consejo</i>	Uso <i>responsable</i> sin exorbitarlo de su marco político institucional. Si el objeto en debate requiere mayor conocimiento, o práctica de prueba más amplia y compleja, el amparo no podrá ser utilizado.

En nuestro parecer y en la lejana y sabia enseñanza de Orgaz sería deseable no reglamentarlo (al menos en su primer tiempo de experimentación) a través de una ley, pues volvería a encorsetárselo como una acción procesal más. Se cuenta para el trámite (plazos, bilateralidad [informe], gestión probatoria, recursos, medidas cautelares [*sin efecto suspensivo* cuando se lo acuerde], recursos, efectos definitivos del pronunciamiento, y modalidades de ejecución), con una completa y aplicable jurisprudencia adaptable a esta tercera navegación del amparo. En verdad existe y se acepta un *régimen procesal del amparo* que en la praxis funciona con autosuficiencia.

B) *La mudanza*. El amparo, desde la ley 16.986, había estado sometido a dos tensiones:

1ro.) El enfrentamiento deteriorante con las vías (acciones, procedimientos) judiciales-administrativas previas y paralelas.

2do.) El tener que superar el test de que las otras acciones, vías o procedimientos ordinarios fueran "menos eficaces" y que, por ello, era necesario el ingreso más genuino del amparo.

Era evidente que su reformulación debía ampliarse en la dirección de la Constitución y de los Tratados Internacionales, y no, *contrariamente*, ceder a favor de los Códigos Procesales, respecto de los cuales, *a priori*, se reputaba que eran la alternativa principal y obligada a recorrer, aunque como a sabiendas se palpaba, y en lo que todos estábamos contestes porque era notorio, los caminos "normales" lejos estaban de poder acordar tutela efectiva.

La originalidad de la Reforma radica en el núcleo central del art. 43, ap. 2do.: "*toda persona puede interponer acción expedita y rápida de*

amparo, contra todo acto u omisión... en defensa de los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”.

Los demás componentes de ese pasaje normativo son paráfrasis que en ningún supuesto deben limitar las energías de la institución.

El corrimiento devino por demás trascendente habida cuenta de que las ideas (que le hicieron perder espontaneidad) giraron en los últimos años dentro de unas fronteras cerradas y asfixiantes, que impidieron que el amparo adquiriese su singular e incanjeable *velocidad*; que pudiese salir de una fase crítica, ortopédica, subordinada.

Menos cabía interpretar un amparo “a la carta”, y más para impedirle servir a la alta misión para la que ganó su rol identificador, muy lejos de defenderlo como un comodín por descarte. En breve: la Reforma alteró su recolocación política institucional asignada dentro del Estado de Derecho: más opciones para el amparo y nada en principio para las “acciones comunes”.

C) *Alternativa principal*. 1. Nuestra institución estuvo acotada por límites difusos entre lo que se podía hacer —manejar— con el amparo y lo que no se debía hacer con él: un corto paso (lo cual es así en casi todas las esquinas divisorias del Derecho más sofisticadas, más arduas en presentarse como alternativas útiles), en el que naufragaron innumerables intentos de proyección rápida y efectiva.

Se arriba así a un nuevo registro *favorable*: la historia del amparo entre nosotros mostró siempre luces y sombras contrastando con el proceso ordinario; los jueces lo miraban por lo general de soslayo, con temor, y se decidían en pro del rechazo.

Los constituyentes de 1994 lo han situado en otro nivel: en una estimativa *principal, directa*, y sin restricciones en la capacidad de manobra, si se lo emplea razonablemente (control de admisión del tipo, no por el tipo mismo, sino por la complejidad del objeto).

2. Insertado en el ámbito de las garantías y de las legitimaciones extraordinarias (no excepcionales) acaba de reverdecir no ya en el borrador de un proyecto sino en una solemne y fecunda *positivización* en la Ley Máxima.

Terminó por admitirse que él se matiza con el flujo y en el marco de las ideas renovadoras del acceso a la justicia, y de modo *sistemático*, sin dependencias desvirtuadoras.

3. De su lado, también es abarcativo del amparo *colectivo* (= los “derechos” [no ya intereses difusos] *de incidencia colectiva* [art. 43, inc. 2do.]), muy feliz reconocimiento a la modernidad y trascendencia social que ellos significan, y por los que tanto porfiábamos desde el inicio de los años ochenta. Su base legitimadora, “el afectado”, ensancha notablemente sus fronteras operativas.

4. Un nuevo camino, por ende, para dar solución a los múltiples requerimientos de tutela. Al cabo: que tiene al presente un inequívoco sentido de protección robusta, abierto a una interpretación inteligente y creativa, que no debe opacar su luminosidad.

D) Directamente operativo. En el ámbito actual del Derecho constitucional (o proceso institucional) sobreviviente, *imperativo y vinculante*, no dejarán de influir pautas sensatas nuclearmente *diferentes* de las que gozaron de predicamento, diseñadas a través de estas juiciosas consideraciones de los doctores Fayt y Petracchi en el Alto Tribunal federal: “cuando está comprometida la atención de las actividades, las libertades o Derechos del hombre, no puede argumentarse con razones de emergencia o de forma, si de tal ‘modo se sacrifica el derecho sustancial que *debe salvaguardarse y que aparece consagrado en la ley positiva de más alta significación*” (CSJN, “Sindicato de Conductores Navales de la República Argentina vs. Estado Nacional”, 9 de diciembre de 1993); lo que es válido para evaluar la procedencia de nuestra figura en la Constitución, enfoque opuesto a cualquier intento de suplantar el amparo por “las vías comunes”, sin destino (al menos en la realidad de estas horas) efectivo.

Va de suyo, asimismo, que las normas reglamentarias —en el caso las que puedan organizar las pertinentes y razonables excepciones al régimen legal establecido y que al cabo llevarían (no es imprescindible) a acotarlo (CSJN, “S. y F. Frachter e Hijos S.R.L. vs. Estado Nacional [DGI]”, 14 de diciembre de 1993)— tienen que derivar, sin embargo, en que en todos los supuestos concernientes a la interpretación, al igual y con mayor razón de lo que sucede con la generalidad de las leyes, ha de preferirse aquella que *favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma constitucional* (CSJN, “Antorcha, Cía. Argentina de Seguros y otras”, 14 de diciembre de 1993).

Es sabido, por lo demás, que el intérprete ha de adoptar como verdadero criterio de hermenéutica aquel que, respetando la jerarquía de las normas constitucionales, concilie las disposiciones de rango inferior en consonancia con el texto, espíritu y finalidad de aquéllas (las de la Constitución, que son subordinantes) en un conjunto armónico y con valor y efectos homogéneos, de suerte de no admitir soluciones notoriamente disvaliosas si se puede —como cuando la alternativa directa y principal es el amparo— arbitrar otras de mérito opuesto (ver voto de los doctores Barra, Fayt y Cavagna Martínez, en CSJN, causa, “Vera Barros, Rita E. vs. Estado Nacional [Armada Argentina -Dirección General del Personal Naval]”, 14 de diciembre de 1993).

Acontece, en la síntesis, que el rigor de los razonamientos lógicos en el núcleo de los principios y de “las excepciones” a favor de una discreta y prudente hermenéutica ante la necesidad de no desnaturalizar los fines y propósitos de alta política garantista plasmados ahora en la Ley Fundamental, vuelca la opción decididamente al amparo. Palanca insustituible en lo que sólo a él le cabe, *sin duda*.

E) Otra concepción. Crítica. De allí que discrepemos de una primeriza comprensión de los alcances de la Reforma. Ello así, porque luego de reconocerse que “una interpretación literal del art. 43 parece conducir a la conclusión de que de existir otra ruta *igual* o *peor* que el amparo el afectado podrá optar por plantear el amparo, o ir a otros procedimientos, con lo que el amparo asumiría para el interesado el papel de vía alternativa y no subsidiaria”, se agrega: “el art. 43 de la Const. Nac. debe entenderse así: ante un hecho lesivo proveniente del Estado o de particulares, el afectado debe, en principio, recurrir al proceso más idóneo que habitualmente será el ordinario. Sin embargo, por excepción (v. gr. En función del factor tiempo, de inexistencia de medidas cautelares en el procedimiento común, o de su producción improbable, etc.) el amparo puede presentarse como el proceso ‘más idóneo’ (o ‘tan’ idóneo) que el regular, en cuyo caso sí será admisible.

“Pero ello tendrá que ser alegado y demostrado siquiera *prima facie* por el promotor del amparo, ya que es un hecho notorio que los trámites ordinarios son más generosos en plazos, radio de conocimiento y material probatorio, que la acción de amparo (Sagüés, Néstor P., “Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la Reforma Constitucional”, La Ley, 7 de octubre de 1994, cap. III, nro. 3, *Rol subsidiario*).

Nos parece que esa interpretación de nuestro disertado procesal constitucionalista, debilita innecesariamente el papel principal (no subsidiario) que la Constitución le adjudica a la potente garantía en estudio.

El legitimado activo no debe cargar con ninguna otra demostración —en los supuestos en que la protección procesal esté al cuidado propio del amparo— que no sea la existencia de un procedimiento más *idóneo* que el amparo mismo. Y eso también de modo *prima facie*. Pero para nada, en nuestro parecer, vincularlo al proceso ordinario al que desplazaría únicamente como excepción. Dejaríamos las cosas como antes de la Reforma y alteraríamos las técnicas y finalidades específicas de las vías ordinarias (que siempre tienen previsto el juego de medidas cautelares) y de las peculiares e insustituibles del amparo.

Para la tutela de los derechos constitucionales fundamentales no hay nada más *idóneo*, *en principio*, que el amparo. Y no podemos volver al ayer.

F) *Sentencia definitiva y recurso extraordinario*. El recurso extraordinario contra la sentencia que rechaza la acción de amparo —lémos machaconamente en infinidad de precedentes— no puede prosperar si el recurrente no *demuestra*:

1ro.) que la interpretación que apoya el fallo configura un claro apartamiento de las normas que rigen el caso, y

2do.) que los trámites ordinarios son ineptos para tutelar los derechos que estima desconocidos (CSJN, "Casarini, Arnaldo R. y otro", 10 de mayo de 1984, "Doctrina Judicial", 1985-1, p. 11). En nuestra opinión esta postura ya no es válida.

G) *Siempre el proceso justo (la audiencia o bilateralidad debida)*. Destacaba igualmente la Corte (en 1962) que con arreglo a la doctrina expresada en los precedentes de "Fallos", 250:840; 251:86 y otros, la circunstancia de haberse deducido la acción de amparo no justificaba la *expedición de sentencia judicial sin trámite alguno y, particularmente, sin forma de audiencia de quien aparece obligado por la decisión judicial*.

En tales condiciones, agregó, resulta así *que no se han observado en la especie los recaudos mínimos indispensables para el resguardo de la defensa en juicio*, que no cabe soslayar por causa de invocarse en los autos otra cláusula constitucional (art. 17) a la que no hay razón para no

armonizar con lo antes mencionado (art. 18, Const. Nac.) (consid. 4to.) (CSJN, "Arias, César vs. Gobierno Nacional", 19 de noviembre de 1962 ["JA", 1963-II, p. 555]).

H) *La declaración de inconstitucionalidad.* El rostro que hemos procurado retratar, en lo tocante a este delicado aspecto, venía ya casi configurado. En primer lugar, en disidencia muy bien razonada y con la que coincidimos, se puntualizó que la declaración de inconstitucionalidad de normas generales en un proceso de amparo es admisible cuando la invalidez de éstas reviste carácter manifiesto (CSJN, "Cochia, Jorge D. vs. Estado Nacional y otro", 2 de diciembre de 1993), criterio que se nutre en el alto voltaje de tutela efectiva que debe reconocerse a ese sabio mecanismo, porque si bien los jueces han de prevenir el empleo inapropiado del amparo para evitar su degradamiento como garantía de derechos constitucionales lesionados con arbitrariedad o ilegalidad notorias, por acto u omisiones de autoridad pública (o grupos económicos y también particulares, art. 321, CPN), la actividad judicial que *lleve al exceso el rigor de las formas, corre el seguro riesgo de desnaturalizar tan potente garantía, tornándola de casi imposible actuación ante los estrados judiciales* (disidencia de los doctores Fayt y Petracchi, en CSJN, *in re* "Sindicato de Conductores Navales de la República Argentina vs. Estado nacional", 9 de diciembre de 1993, énfasis agregado) (descansado en "Peralta", 27/XII/90).

Tampoco podía extrañar, en segundo término, que la Reforma de la Constitución a impulso de la doctrina, de lo anticipado en "Peralta" y de los desarrollos jurisprudenciales que siguieron a ese precedente, habilitara a los jueces —ahora de manera expresa— a "poder declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva" (art. 32, ap. 1ro., *in fine*).

En nuestro parecer el amparo, como lo configura la Constitución y su esencial misión trascendente, queremos puntualizar reconociéndole el punto ideal de su emplazamiento constitucional, es compatible con el *repotenciamiento* específico que han cobrado las "nuevas garantías" (arts. 38 a 43, Const. Nac.) dentro de la lógica interior del Estado de Derecho y de la renovada estrategia de los actuales criterios de que dispone el ciudadano en el marco de la democracia participativa y eficiente, y no cabe recortar con alambradas lo que el amparo es *enteramente*, como cabal garantía (7).

(7) Comp. FABBRINI, Sergio, *Cambiamento político e qualità della rappresentanza democratica*, en "Il Mulino", nro. 327 (1990), pp. 9 y 17. Sería incomprensible que el esfuerzo del

D) *Otras puntualizaciones*. 1. De lo que se trata, igualmente, es de que en el juicio de admisibilidad no medie un equivocado enfoque de la legitimación procesal de los recurrentes, o un exceso del *a quo* en declarar desierto el recurso de apelación (en el caso contra la decisión que había rechazado el amparo deducido contra la obligación de pago del impuesto como gravamen al video, por el decr. 2736/91), si con ello se priva a los justiciables de su derecho a obtener un pronunciamiento judicial sobre los temas previamente propuestos (ver CSJN, "Michalski, Héctor R. vs. Instituto Nacional de Cinematografía", 9 de junio de 1994, "Doctrina Judicial", 1994-2, p. 817).

Si el recurrente objetó de manera concreta los fundamentos o motivos de la resolución impugnada, cumplió las prescripciones del art. 265, CPN, por lo cual la decisión de la Alzada trae aparejada una grave lesión al derecho de defensa en juicio, circunstancia que hace descalificable el fallo en los términos de la doctrina de la arbitrariedad ("Fallos": 298:116; 311:813 y 1193, entre otros).

2. Y con cuidado (en la reformulación interpretativa que auspiciamos) de no volcarse casi maquinalmente a una supuesta mejor posición de las medidas cautelares. La Corte nos dice que el mismo objetivo seguido por la demanda de amparo *podría* (sic.) alcanzarse mediante una medida cautelar dictada en un juicio ordinario donde el marco del debate y prueba resultan más adecuados a los puntos en discusión. En efecto (agregaba en un juicio de 1994) según doctrina reiteradamente expuesta, la acción de amparo debe quedar reservada para las delicadas y extremas situaciones en las que, por falta de otros medios legales, peligra la salvaguardia de derechos fundamentales ("Fallos", 303:422 y sus citas, entre otros), y no puede ser utilizada como acceso de una demanda iniciada o que corresponda iniciar ("Fallos", 244:68; 245:11;

constituyente en vigorizar el papel autónomo y principal del amparo fuere otra vez licuado mediante interpretaciones limitativas y deformantes que, pese a los propósitos enunciados, dejaran el estado de cosas anterior, y con las alas recortadas que impedirían volar en libertad funcional. Aun concedido que la regulación (que podrá mejorar —y no estrechar—) de la ley sustitutiva de la 16.986, aunque siempre con las reservas y cuidados que hace cuarenta años puntualizara el maestro ORGAZ, no creemos sea la solución óptima.

El esfuerzo debe orientarse a su máxima realización, a su perfeccionamiento operativo, a que supere exitosamente las pruebas sin levantarle —otra vez— una carrera de obstáculos, sobre todo desde sus primeros años de existencia *constitucional* (Conf. BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y prólogo de Tomás Ramón Fernández, Civitas, pp. 64 y 68, Madrid, 1ra. ed., 1985).

253:301 y sus citas [causa "F.R.E.C.A., S.A. vs. Estado Nacional SENASA", 16 de junio de 1994, consid. 7mo.]

Este criterio nos merece los siguientes reparos: 1) no cabe sentar la regla a favor de la medida cautelar por sobre el amparo. El actor será ahora quien discriminará conforme a su estrategia y evaluación de *suficiencia* en la tutela, si la providencia cautelar le es más idónea en el caso; 2) la línea argumental se desplaza con mayor rigor al objeto o contenido de lo que es defendido por el amparo: si no aflora manifiesta la arbitrariedad o ilegitimidad, si el derecho no es líquido y cierto, si requiere mayor consistencia (en su evidencia), únicos supuestos con que se podrá exigir que "esas delicadas situaciones" recorran otros continentes procedimentales (proceso ordinario o plenario abreviado); empero, si la salvaguardia plena del derecho fundamental sólo se logra mediante el amparo, *su ejercicio no puede reemplazarse por una medida cautelar* (ver antes en texto) (8).

(8) No podemos permanecer indiferentes porque es unánime la valoración, cálidamente interiorizada en los abogados, de la bondad del amparo, que siempre ha brindado respuestas eficientes a la gran confianza depositada en él. Capital importancia de un auxilio rotundo en las urticantes cuestiones de tutela inmediata. Todo lo que vaya a desembarcar en una *dependencia* de otro mecanismo, importará la desjerarquización institucional del amparo. Los jueces deben acompañarlo con verdadero impulso en la dirección de afirmar en concreto —por cierto con razonabilidad— su campo de acción; el que le es exclusivo, adecuado, si contrariar sus fines (Cfr. CLAVERO, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Ira. ed., p. 84, y sigtes., nro. 2, Civitas, Madrid, 1988).

Armonizándolo con el Pacto de San José de Costa Rica (art. 25) y la legislación procesal *infra* constitucional, o lo que es igual dentro del sistema global de justicia (ver *El proceso justo*, pp. 17 y sigtes., Platense, Abeledo-Perrot, 1994; CARPI, Federico, *Les nouveaux pouvoirs du juge dans la réforme du procès civil italien*, Wien, 1993, separata).

El profesor de Bolonia (pp. 73-75) en relación con la dirección del proceso se pregunta ¿qué hay de nuevo en nuestra época? Y se contesta: "la dimensión temporal de la protección jurisdiccional que ha entrado a formar parte (es un componente esencial) de las garantías fundamentales de los derechos del hombre, de manera directa e indirecta".

En cuanto a los ejemplos de garantías directas, destaca, corresponde citar la Enmienda VI de la Constitución de los EE.UU. (en donde queda embretada la cuestión de los *night to speedy trial*), o bien el art. 6to. de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (o art. 8vo. del Pacto de San José de Costa Rica). En cuanto a los ejemplos de garantías indirectas, importa mencionar el art. 24 de la Const. española de 1978 en asociación con el art. 3ro. ap. 2 tocante a que el derecho de actuar en justicia significa *garantía de protección eficaz, y real*, dando así pie a la Corte Constitucional a obrar con precisión sobre la base de una doctrina considerable. Por ello entendemos que la reformulación constitucional del amparo, entre nosotros, lo ha puesto en una sintonía diferente, habilitándolo para que en forma no residual ni excepcional ajuste sus resultados positivos en miras del reforzamiento de la tutela de los derechos y garantías constitucionales.

3. Sabemos, asimismo, que la sentencia que acuerda el amparo es definitiva (9) y que queda el reaseguro *in extremis*: la Corte *siempre* podrá invalidar la resolución amparista impugnada si en atención de las circunstancias se ha quebrantado el proceso justo constitucional, por omisiones de formalidades, audiencias, pretermisiones de fases o de necesidad probatoria, aun cuando tales deficiencias no hubieran sido objeto de agravio por el recurrente —volvemos a subrayarlo— si ello se impone al tribunal como un deber indeclinable (ver causas: F. 307.XXIII, "Furriel, José M. y otros vs. Ferrocarriles Argentinos" y "Vanney, Eduardo J.", 3 de mayo de 1994, cit. esta última en "JA", semanario nro. 5904, 26 de octubre de 1994, p. 35, consid. 4to.).

En aquel rumbo —cambiado en el presente— el Alto Tribunal recordaba con áspero sabor docente que la existencia de procedimientos aptos para la efectiva tutela del derecho que se dice vulnerado bastaba para el rechazo de la acción de amparo, máxime cuando, como en el caso, el apelante no ha demostrado la ineficacia de las vías previstas por la ley o los estatutos para alcanzar la finalidad perseguida, ni se advierte la inminencia del amparo ("Fallos", 239:382; 241:291; 274:13; 295:132; 296:708; 302:503) (10).

4. A la vuelta de estos primeros pasos, no podríamos sustentar, sin embargo, una interpretación que al no traspasar la superficie de los textos o el arrastre (por inercia) de las postulaciones anteriores a agosto de 1994, dejaran las cosas en aquel *statu quo*. Sería una aparente continuidad

De qué valdría si no pontificar con tanta insistencia sobre la eficacia de la Justicia si en lugar de contribuir a su efectividad, resistimos con interpretaciones ritualistas a desalojar los propósitos proclamados por la Reforma de la Ley Fundamental. No olvidemos que todo ello germina en el clima del acceso a la Justicia como acceso a un *orden jurídico justo* (Cándido Dinamarco).

(9) Cfme. MORELLO, Augusto M., *Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 1963, p. 110; PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. VII, p. 184, *ídem*, *Las sentencias admisorias de la pretensión de amparo y el recurso extraordinario federal*, La Ley, 2 de noviembre de 1994; BERTOLINO, Pedro, *La cosa juzgada en el amparo*, Abeledo-Perrot, 1968, p. 61.

(10) CSJN, "Freca S.A. vs. Estado Nacional", 14 de junio de 1994, consid. 7mo. que concuerda en esa doctrina, La Ley, 2 de noviembre de 1994, con comentario de PALACIO individualizado en nota anterior. En el orden jurídico vigente según su copiosa jurisprudencia existen, para la Corte Suprema, acciones para su debida tutela, que constituyen el resguardo del interés comprometido ("Fallos", 246:380; 251:457; 269:309, causa "Freca S.A.", cit. consid. 6).

en lo mismo (en el sentido de una *pax británica*) frutó de no querer en verdad asumir la redefinición funcional y el relanzamiento del amparo como tal y para atender de modo insuperable, su amplio, directo y principal espectro de tutela efectiva.

Este es, nos parece, el dato más trascendente de la Reforma en el tema: su instalación en un nuevo registro muy próximo al que se había ganado en su alumbramiento (ver "Siri" y "Kot") y el que debe afirmarse en la realidad contemporánea del desarrollo de las Libertades Fundamentales y sus *garantías*, dentro del Estado de Derecho.

Con lo cual esas garantías —el proceso justo, el amparo, el hábeas corpus, el hábeas data, el control de constitucionalidad, la multiplicación de las legitimaciones extraordinarias, la maleabilidad preventiva de ciertas categorías de pretensiones (mere declarativa, por caso)— se armonizan en el modo de actuar en concreto, sin tributar dependencia y dotadas de un despejado norte en sus respectivos y jerarquizados roles.

Máxime frente a la crisis del Estado-Nación y el poderío agresivo y dominante de los grupos económicos que requieren el armado de tales defensas sostenidas por una *convicción muy firme*, a fin de poder utilizarlas con éxito.

5. No nos ocuparemos en esta oportunidad del amparo colectivo, cuestión sobre la que venimos trajinando, con intensidad, desde 1978 (11).

IV. Conclusiones

1) La constitucionalización del amparo en sus peculiares categorías —el amparo individual y el amparo colectivo— constituye uno de los grandes aciertos de la Reforma de nuestra Ley Fundamental.

2) La comprensión de la figura debe hacerse, desde la Constitución Nacional (Bidart Campos) y desde el justiciable en la tendencia originaria ("Siri" y "Kot"). Fluida, abierta, funcional y acorde con su connotación

(11) Ver de nuestra autoría, *Proceso y realidad*, La Ley, 1989-N, p. 819, *idem*, *El derecho procesal civil en los umbrales de un nuevo milenio*, "J.A.", 1992-II, p. 854, *ibídem*, *el proceso civil colectivo*, en AA.VV. *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, La Rocca, cit., p. 207; MORELLO-BERIZONCE-HIHERS-NOGUEIRA, *La Justicia entre dos épocas*, Platense, 1983. Finalmente, con VALLEFIN, Carlos, *El amparo. Régimen procesal*, 2ª ed., pp. 219 y sigtes., Platense, 1995.

de garantía *fuerte* destinada a suministrar tutela rápida, expedita y efectiva, sin ser cortesano de otras vías que, de irrumpir, cambian las sustancias de las cosas. El amparo protege de verdad y en tiempo *propio*, que *es el tiempo de la Justicia*.

3) Este es, nos parece, el centro de la cuestión, más allá de preferencias sistemáticas y juicios de valor competitivos. De lo contrario, el amparo, en segunda fila dentro del sistema procesal o, mejor, del programa efectivo de las garantías, mostrará la misma renguera que las que exhibía hasta la Reforma de 1994.

4) El amparo no debe continuar dando batallas de resultados tan inciertos como ha ocurrido en sus últimos años, cuando fue "legalizado". Ahora, en su rampa de despeche, se lo ha *constitucionalizado*.

5) Es directamente operativo, cuente o no con ley reglamentaria, de suerte que en ausencia o defecto de tal reglamentación los jueces resolverán sobre la procedencia de la acción de amparo en consideración a la naturaleza de los derechos que se pretende tutelar, para valernos de la adecuada y *ágil directiva* estampada en el art. 20, *in fine* de la Const. de Buenos Aires reformada en setiembre de 1994.

Los intérpretes, independizándose de cualquier insinuación limitativa que pudiera haberse deslizado en los trabajos de Comisiones y debates en el seno de la Convención Constituyente, han de surcar la más favorable flexibilización para que el amparo sirva, como medio expedito y rápido de tutela *plena*.

6) Nuestro instituto no es vasallo de ningún otro señor procesal, ni ninguno de ellos está en plenitud de ganarle, por exclusión o preferencia, su espacio que no es teórico sino concreto y seguro.

Su pleno funcionamiento acuerda racionalidad al juego interdependiente de los derechos y de las garantías en el marco de la forma republicana de gobierno y de los principios del Estado de Derecho —seguridad jurídica de por medio—, deber que incumbe a los jueces preservar ("Fallos", 242:501). Es lo que enseñan las lecciones de la experiencia frente a la endeble virtualidad de su inmediato pasado, que no puede continuar como asignatura pendiente.

7) La rejerarquización del amparo se evidencia (por lo menos en la evaluación de las primeras lecturas) en estas notas positivas: a) es el

procedimiento más idóneo y eficaz para, *de modo directo*, prevenir y asegurar los derechos y garantías fundamentales; b) su ejercicio es alternativa principal, no subordinada a ningún otro procedimiento administrativo o judicial cuando se hallan en juego la amenaza o menoscabo (arbitrarios o ilegales) de derechos esenciales reconocidos por la Constitución Nacional, los Tratados y las leyes; c) igualmente, los derechos de "incidencia colectiva" (intereses [rectius, derechos] difusos, colectivos o de perfil individual pero homogéneos y de exposición múltiples; d) queda habilitado contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente amenace o lesione aquellas categorías de derechos, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta; e) todo juez es competente para conocer en el amparo que se le propone; f) y, además, tiene el deber —cuando corresponda— de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto o la agresión lesiva.

8) Se lo verá sustituido únicamente si el accionante demuestra que existe otro medio judicial más idóneo (demanda incidental, *injuctions* y otras formas de tutela urgente que en las circunstancias del bien a tutelar superen, específicamente, la eficacia del amparo).

9) Las legitimaciones activas se han ampliado y en lo referente a las situaciones colectivas (derechos de incidencia colectiva) se las ha aproximado sensiblemente a la acción popular, al radicarlas en: a) el *afectado*; b) las asociaciones que propenden a esos fines; c) el Defensor del Pueblo; d) el Ministerio Público (*toda persona*, art. 43, en el inicio y 2da. parte y arts. 86 y 120: promover la defensa de los intereses de la sociedad).

10) La sentencia que en tales supuestos (individuales o colectivos) haga lugar al amparo es definitiva (a los fines del art. 14, ley 48).

11) En la Provincia de Buenos Aires, en donde se lo ha imaginado con vuelo más definido, las conclusiones sentadas cobran todavía más intensidad al insertarse con nitidez en el Modelo del Acceso a la Justicia que ha consagrado el art. 15 de la Constitución local jurada el 19 de setiembre de 1994. Conforme al cual la Provincia asegura la tutela judicial *continua y efectiva*, el acceso irrestricto a la justicia y el deber de que los jueces decidan las causas en tiempo razonable, con el agregado básico —del que son destinatarios precisamente los jueces, todos ellos— de que no podrán interpretarse las garantías, sino en la amplitud que emana de su propio texto y sin otras restricciones que las que las referidas normas permiten, pues darles otro alcance que *prive a los ciudadanos*

de contar con ellas será inconstitucional y no podrán ser aplicadas por los jueces (art. 57, Cód. Prov.).

12) Modelo, en la inspiración, impulso y vivencia constante de Mauro Cappelletti, persigue con igualdad y *para todos* “abrir camino”: a) en pro del acceso; b) en pro del reconocimiento de nuevas legitimaciones activas; c) en pro del proceso justo constitucional; d) en pro de una justicia de resultados efectivos (ver nuestro ensayo: *Las nuevas dimensiones del proceso civil. Espacios ganados y trayectorias*, “J.A.”, semanario nro. 5905, 2 de noviembre de 1994, con la bibliografía allí mencionada).

Es el fruto de un esfuerzo de madurez y una nueva forma—al concluir la centuria— de pensar el Derecho; de sentar una renovada cultura jurídica (Ferreira de Cunha).

13) Por supuesto que siempre quedará una zona gris—de límites engorrosos y acaso enneblinados como en tantas esquinas de la geografía jurídica— entre lo que se puede hacer con el amparo y *lo que no se debe hacer* utilizándolo mal o con abuso de sus posibilidades funcionales. Un corto paso, arduo, aun para los más especializados. El amparo, importa ufanarse, ha llegado, sin embargo, a un sin igual registro institucional.

De allí que, si es usado *razonablemente* (dentro de su quicio), se verificará que se han suprimido muchos de los obstáculos que enredaban su capacidad de maniobra.

14) En esa filosofía, la evaluación de la complejidad del tema o de la gestión probatoria (que excedieran la esfera circunscripta en que se mueve el amparo) y que “obligaría remitir su tratamiento a cauces procedimentales más amplios”, deberá ser acorde con los fines de la tutela asignados al amparo, pero *sin desvirtuar su margen de actuación y posibilidades*.

15) En concordancia con lo expuesto (cfr. art. 3, ap. 2, constitución italiana de 1948, y 36, encabezamiento, Const. Prov. de Buenos Aires) será empresa prioritaria remover los obstáculos *de hecho, de matiz sociológico*: pobreza, discriminaciones o los interiores del litigio: el abuso del ritual procesal garantista, etc. que impiden a los ciudadanos—a toda persona— la efectiva utilización del amparo conforme a su reinstalación constitucional: *garantía de tutela efectiva* (art. Cap. II de la Const. Nac. reformada).

16) El amparo ha vuelto por sus fueros, mirando el presente y las perspectivas del futuro. Así deberá navegar en adelante. Es nuestro deseo.

V. Final

Es el mejor premio a sus bondades intrínsecas. A lo que es el amparo, que necesita, por consiguiente, del decidido entusiasmo de los operadores de los intérpretes. Su misión es rotunda. Las reflexiones acerca del amparo han de hacerse tal como ha sido identificado en 1994. Queremos decir, *después de la Reforma*.

Dependerá de nosotros que no se apague en su magnífica misión de asegurar en la práctica de los derechos, la paz social. Más que repetir un pasado con muchos eclipses, se ha querido volver al momento del amanecer, el de "Siri" y "Kot" y de la sabia ley 7166 de Buenos Aires (12).

Queremos advertir por ende, que el que tengamos ahora normas máximas como los arts. 43, Const. Nac. y 20, Constitución Prov. Bs. As., que han consagrado la constitucionalización del amparo no es bastante para asegurar una proyección permanente en su realización, en el derecho vivido, de acuerdo con los propósitos de los reformadores.

Para que ese mensaje cobre intensa vida real y no mera promesa constitucional, los operadores—abogados y jueces—deberemos probar "que no hay derechos sin garantías, ni garantías sin Constitución, ni Constitución sin división de poderes, ni división de poderes sin participación. En forma aun más breve, *no hay derechos individuales sin la voluntad ciudadana de defenderlos*" (13). Y, agregamos, de un *Poder Judicial independiente y con coraje civil* (14). ♦

(12) MORELLO, op. cit., en nota 9, *supra*.

(13) ARTOLA, Miguel, *Declaraciones y Derechos del hombre*, pp. 5-24, Revista de Occidente, Madrid, 1982, la cit. en esta última página, énfasis agregado.

Estas reflexiones se adecuan a una sociedad—la nuestra—moralmente débil, en donde la línea ética cuesta muchísimo ser afirmada y objeto de protección preferente. Como en todo Occidente ocurre en el tránsito de este arduo período finisecular. Estamos ante sociedades enfermas a las que las invaden "los desocupados jóvenes, los ocupados inestables, los amenazados de competitividad frenética, los jubilados aun potentes y lúcidos, los diversos no tolerados, los que tienen que traicionar o esconder su vocación, los mortificados o envilecidos por la subcultura masiva. Son legiones, millones de hombres y mujeres a quienes se les dice todas las mañanas que pertenecen a los países más ricos y democráticos de la Tierra. Ellos callan". (POSSE, Abel, *El cuarto mundo*, "La Nación", 9 de noviembre de 1994, p. 7).

(14) IRONS, Peter, *El coraje de sus convicciones*, trad. de la Agencia Literaria Sandra Dijkstra, p. 10, Buenos Aires, 1994.

III. CONCURSOS

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO CONCURSAL

POR ADOLFO A. N. ROUILLON (*)

I. Introducción

Pese a lo que anuncia el título, no haré —estrictamente— una exposición histórica (abundante en citas y fechas) sobre el Derecho Concursal. Lo que sigue es, más bien, la interpretación personal (con riesgo de una alta carga de subjetividad, por ende) de la evolución de la concursalidad, poniendo especial acento en los principales problemas del pasado reciente y del presente y con particular referencia a la República Argentina. Téngase en cuenta, asimismo, que mi visión es la de un “observador” que ha estudiado fallos, textos doctrinarios y legales desde el ángulo universitario, pero es también la de un “protagonista” comprometido con la realidad de los concursos, como juez de ellos durante casi dos décadas. Sirva entonces este rápido repaso de ciertos hitos fundamentales de la evolución concursal para proponer a la reflexión los principales aspectos a definir en el sistema concursal argentino del futuro.

II. La concepción originaria de la quiebra

En sus orígenes, los procedimientos equivalentes a lo que luego llamaríase “quiebra”, fueron medios de ejecución forzada colectiva. De la persona del deudor, en un principio; de su patrimonio, para distribuirlo entre los acreedores, más adelante.

(*) Disertación pronunciada por el Dr. Adolfo A. N. Rouillon, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 10 de noviembre de 1994.

En esta concepción ordinaria, que duró muchos siglos, la quiebra era el único procedimiento que hoy llamaríamos “concursal”, con los siguientes rasgos definitorios:

a) Es respuesta para el problema del deudor que ha dejado de pagar; para la “cesación de pagos” entendida en el sentido prístino y gramatical de la expresión.

b) Es un medio instrumental de defensa de los acreedores; el interés de ellos es el punto de mira central, procurándose —ante la evidencia empírica de la insuficiencia de activo como regla— que la satisfacción de las acreencias sea lo más igualitaria posible: el principio dominante es el de *pars conditio creditorum*.

c) Es un procedimiento de liquidación forzada colectiva de todo el patrimonio del deudor insolvente; la liquidación es su meta, como paso ineludible para la distribución.

d) Es siempre un delito y, por ello, el quebrado es un defraudador a quien se aplican severas penas (castigos corporales y hasta la muerte) e inhabilitaciones de por vida.

III. La ruptura de la ecuación “quiebra = defraudación”

Muchos siglos fueron necesarios para que prendiera una nueva idea que signaría la futura evolución. Esta idea se gesta a partir de la duda sobre la exactitud de la ecuación “quiebra = defraudación”. Puesta en jaque esa equivalencia, y una vez aceptada la posibilidad de que no siempre el quebrado es un defraudador, se concibe un espectro más amplio de alternativas procesales para la insolvencia.

Sólo a veces “quiebra” será igual a “defraudación”. Otras veces, “quiebra” se asociará a un accionar meramente “culposo” y, en algunos casos, a la “casualidad”, a un actuar “de buena fe”.

Esta concepción nacida entre estudiosos del siglo XVI “Benvenuto Stracca, *De Mercatura*, cuya 1ª edición es de 1553, conf. Tullio Ascarelli, *Iniciación al estudio del derecho mercantil*, Bosch, Barcelona, 1964, p. 45), obtendrá difusión legislativa después de su adopción por el prestigioso Código de Comercio francés de 1807. Dos consecuencias fundamentales derivan de ella:

a) La necesidad de analizar caso por caso la conducta del fallido a fin de obtener conclusiones adecuadas sobre el encuadre de su accionar —fraude, culpa, casualidad—, lo cual dio nacimiento a la “calificación de conducta” para determinar la magnitud y extensión temporal de los efectos personales de la quiebra.

b) El nacimiento de la “prevención” concursal en sentido moderno: soluciones no liquidativas para los deudores insolventes de buena fe, tema éste que nos lleva a fines del siglo XIX y al cual paso a referirme seguidamente.

IV. La prevención decimonónica: el concurso preventivo

Los primeros atisbos de prevención en la historia concursal pueden ubicarse en el medioevo italiano (siglo XIII). En los estatutos de algunas ciudades peninsulares se conoció el “concordato” como instrumento excepcional para evitar, no la quiebra, sino la liquidación coactiva y las penas corporales, el destierro y la infamia del deudor fallido. Era, en realidad, un medio preventivo de la liquidación y de ciertos efectos personales o, más bien, un remedio solutorio de la quiebra pero que no evitaba a ésta en sí. La instrumentación de una solución estrictamente preventiva de la quiebra hubo de requerir varios siglos más, y fue menester que arraigara la idea de que no todo insolvente debía ser, necesariamente, un delincuente. Sólo a fines del siglo XIX se llegó al convencimiento general de la posibilidad de remontar la cesación de pagos sin declaración de quiebra.

Nació entonces el concurso preventivo como un nuevo procedimiento concursal que destronó a la quiebra de su reinado absoluto. Con igual jerarquía, fue posible distinguir concursos “liquidativos” (quiebra) y “preventivos”. Estos últimos, en su origen, fueron ofrecidos —como excepción— al deudor insolvente pero de buena fe (“onesto ma sventurato”, dirían los italianos); la evolución ulterior señalaría la importancia creciente de los medios preventivos y la creciente desvinculación entre ellos y la conducta del concursado. Empero, en la concepción decimonónica (Bélgica, 1887; Suiza, 1889; Argentina, 1902; Italia, 1903; etc.), el concurso preventivo es el resultado de la suma de dos conceptos hasta entonces incompatibles: “insolvencia” y “buena fe”; por ello, en sus orígenes, la solución preventiva fue una especie de gracia o premio otorgado al deudor de conducta intachable (todavía sobrevive esta idea, bien que poco aplicada por los jueces, en el inc. 5, apart. 61, ley 19.551, cuando se

manda valorar a los fines de decidir la homologación de un acuerdo preventivo "si el deudor, en relación a las causas que provocaron su cesación de pagos y su propia conducta, es merecedor de una solución preventiva").

Otra consecuencia importante de esta evolución fue poner al interés del deudor como posible centro de atención concursal (junto al hasta entonces excluyente interés de los acreedores). También al deudor interesa remontar la insolvencia y reintegrarse a la actividad comercial lo antes posible y con el menor deterioro patrimonial. Contemplar la posibilidad de tutela del deudor fructificó en otro principio que habría de orientar muchas legislaciones sucesivas: el de "salvuarda de la integridad patrimonial del deudor".

En resumen: a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la concursalidad ha aceptado definitivamente a la "prevención" como meta orientadora de un proceso (concurso preventivo, concordato preventivo, convocatoria de acreedores) que convive con otro proceso (quiebra) cuya finalidad es la "liquidación". La solución preventiva exige "buena fe" del deudor. El interés del deudor insolvente honesto se considera digno de tutela y origina el principio de "salvuarda de su integridad patrimonial". El centro de atención es, mayoritariamente todavía, el comerciante individual, lo cual explica la gran atención que se reclama sobre su conducta. La insolvencia o cesación de pagos es el presupuesto objetivo de los concursos (excepto en los países anglosajones donde impera el sistema de los "hechos de quiebra"), aunque está en controversia el verdadero alcance técnico de la expresión —"cesación de pagos"— al no ser ya pacífica la identificación con su originario sentido gramatical. La insolvencia es vista como un problema que atañe, principalmente, a los acreedores y al deudor.

V. La empresa como centro de atención concursal en el siglo XX

Contemporáneamente con la Primera Guerra Mundial, y como consecuencia de las grandes transformaciones políticas, económicas y tecnológicas que venían gestándose desde mucho tiempo atrás, hace eclosión el fenómeno empresarial en el campo jurídico. Se reclama centrar la atención del derecho comercial en la empresa y en el empresario más que en el acto de comercio y en el comerciante. Aunque aún con grandes indefiniciones a nivel legislativo y no menos importantes controversias doctrinarias, bien puede afirmarse que el siglo XX vio llegar la

empresa al derecho mercantil, y que este arribo fue para quedarse por mucho tiempo todavía.

En la órbita concursal la novedad se manifiesta en el desplazamiento del eje de atención: ahora, la mayor preocupación comienza a ser la suerte de las actividades empresariales en peligro de desaparición por la cesación de pagos. Se advierte que cuanto mayor fuera la empresa comprometida, mayores serían los intereses afectados por su eventual desaparición; de lo cual síguese que en la insolvencia de las empresas —sobre todo de las grandes— no se ve un problema de la exclusividad de su titular y de los acreedores. La empresa es fuente de empleos y de ingresos tributarios, generadora de asientos poblacionales muchas veces, eslabón encadenado a otras empresas en el crédito o en los sistemas de producción y comercialización. Se toma conciencia de que la desaparición por quiebra de una empresa afecta muchos más intereses que los de los acreedores inmediatos.

De esa toma de conciencia sobre las nuevas realidades que trae el siglo XX, derivanse múltiples consecuencias en el campo concursal, algunas de las cuales quiero resaltar:

a) La preocupación por salvaguardar, o rescatar, las empresas en peligro de desaparición por la insolvencia da nacimiento al llamado “principio de conservación de la empresa” el cual es elevado a categoría de principio inspirador de muchas legislaciones concursales de mediados de este siglo. En función de él se procuran facilitar las soluciones preventivas de la quiebra y los medios solutorios no liquidativos de esta misma. La quiebra pasa a ser un proceso “predominantemente” liquidativo y, en algunas expresiones exacerbadas del “conservacionismo” empresario, se procura continuar la actividad de la empresa aun después de la quiebra sin límites temporales muy precisos para la liquidación.

b) Comienza el desprestigio de la idea que asocia las soluciones preventivas concursales a la buena fe del deudor. Un nuevo y revolucionario criterio empieza a afirmarse (especialmente, después de Francia 1967): los procedimientos preventivos deben ser soluciones alcanzables cuando se está en presencia de actividades empresariales útiles, pese a que la conducta de los dirigentes hubiera sido reprochable. Se rompe la ecuación “solución preventiva = cesación de pagos + buena fe” y se consagra la separación entre la suerte de la empresa y la conducta de los

empresarios. Posibilitase, a la vez, salvaguardar una empresa útil y eliminar a los dirigentes de la conducción empresaria e inclusive de la titularidad del capital social, obligándoles a ceder sus participaciones sociales, y con una eventual sanción penal adicional en caso de bancarrota fraudulenta.

c) La ampliación de los intereses comprometidos por la insolvencia empresaria, la asignación de una "función social" a la empresa aún después de su quiebra, la aplicación de teorías económicas intervencionistas a partir de la década del '30 en numerosos países occidentales más el autoritarismo político adoptado en varios de ellos, repercutieron —bien que de manera diferente y con distintos grados de intensidad— en las legislaciones concursales de los años '30 y el medio siglo siguiente, incrementando las nociones de "orden público" en las reglas concursales, "inquisitorialidad" en el procedimiento, preeminencia del "conservacionismo" empresarial por sobre los fines tradicionales de la concursalidad. Fue común oír, en los momentos culminantes de esta tendencia (hacia mediados de los '70), expresiones tales como "la quiebra de la quiebra" o el reemplazo del "derecho concursal" por el "derecho de las empresas en dificultades", fue común buscar, afanosa e infructuosamente, fórmulas jurídicas para plasmar en textos legales que hicieran "imposible" la desaparición de las empresas en crisis. El punto máximo de la tendencia —más en los propósitos que, quizás, en los resultados— se alcanza en la legislación concursal francesa de 1985 donde se expresa que sus principales finalidades son la salvaguarda de la empresa y el mantenimiento de la actividad y el empleo, mencionándose sólo en tercer lugar a la depuración del pasivo.

VI. La aplicación concursal en la Argentina del principio de conservación empresaria

Entre los principios generales orientadores de la ley 19.551 (1972), la Exposición de Motivos señalaba a "la conservación de la empresa, en cuanto actividad útil para la comunidad..." (Consideraciones generales, 4º, b). La máxima expresión donde se concretó ese principio fue, posiblemente, en la Sección II, art. 182 y ss., originariamente denominada "Continuación de la empresa". La misma Exposición de Motivos asignaba a la institución mentada el constituir "otra de las novedades fundamentales del proyecto", destacando que "ha sido fundamental preocupación de la Comisión hacer efectiva la conservación de al empresa, no solamente por las finalidades ya expuestas, sino también

como fuente de trabajo para los dependientes. En ese sentido, pues, esa continuidad tiende a favorecer las relaciones laborales y a la estabilidad del empleado u obrero y conciliarlos con los otros intereses" (pto. 96).

La regulación legal concursal de 1972 distinguía —para después de declarada la quiebra— entre una continuación "provisoria" y otra continuación "definitiva" de la empresa. Esta última la decidía el juez sin que estuvieran muy claros los parámetros para resolverla; tampoco había mención expresa a un plazo máximo de continuación de la empresa fallida. La euforia "conservacionista" de la década de 1970 (época de grandes conflictos sociales en el país, con intentos de resolución violenta de ellos muchas veces), determinó que se hicieran interpretaciones extensivas del instituto de la continuación de la empresa en quiebra, al punto de querer ver en él una alternativa de la liquidación falencial. Presenciamos entonces ciertos casos de quiebras con síndicos y/o jueces enrolados en el papel de empresarios, "enamorados" de "sus" empresas respecto de las cuales creían tener el rol de "salvadores", a ultranza y a cualquier costo. Dilatáronse así muchas liquidaciones por tiempos inverosímiles, con el consiguiente perjuicio para los acreedores de la fallida que veían crecer el número y la cuantía de los acreedores del concurso, disminuir la garantía común y ninguna mejora efectiva de las posibilidades de salvataje.

Paralelamente a la legislación concursal común, existieron intentos legislativos asistemáticos de salvataje de empresas en quiebra, invocando razones excepcionales como el "interés general" o la "paz social" (ley 18.832 como ejemplo paradigmático), e inclusive algunas leyes "a medida" para un grupo empresario determinado. De éstas, las más recordadas son las leyes 22.229 y 22.334 para el "Grupo Greco", caso en el cual se llegó al extremo de pretender mantener en funcionamiento algunos establecimientos que no pagaban impuestos ni cargas sociales, tampoco los servicios públicos a raíz de medidas "cautelares" dispuestas por el juez concursal, recibían subsidios estatales y ni siquiera así se alcanzaba a pagar la totalidad de los sueldos de la "empresa en marcha" (ver: "E.D.", 127-424). El costo de estos intentos "especiales" de conservacionismo empresarial, para los acreedores y/o para la comunidad toda cuando se echó mano a subsidios estatales financiados, obviamente, con inflación, fue muy elevado y los resultados perseguidos exiguos.

En general, los sistemas de salvataje especial fueron piadosamente enterrados por leyes posteriores (ley 21.606, por caso).

La reforma concursal de 1983 (ley 22.917) introdujo algunos retoques en la Sección a la que me refiero, por razones de "mayor precisión" (Exposición de Motivos, pto. 29). La Sección pasó a llamarse "Continuación de la explotación de la empresa", con lo que se procuró dejar en claro la imposibilidad de usar el instituto para "reactivar" o "rehabilitar" después de la quiebra a empresas que habían cesado en su actividad. Se eliminó la terminología "continuación provisoria" y "definitiva", para evitar que esta última favoreciera las interpretaciones extensivas de la jurisprudencia. Se introdujeron modificaciones en el art. 183 LC sobre las facultades judiciales —plazo de la continuación empresarial, posibilidad de oír a los acreedores— y la concreta referencia a la conveniencia de enajenar los establecimientos "en marcha" y a no exceder la continuación dispuesta del "tiempo necesario para la debida realización del activo". Se afirmó así la idea de que la continuación de la empresa en quiebra no aspira a evitar la liquidación sino a procurar que ésta se lleve a cabo enajenando los establecimientos en funcionamiento. Se relativizó la llamada "función social" de las empresas quebradas para poner coto al "conservacionismo" exacerbado, manteniéndose el instituto —redefinido— en razón del (presunto) "valor empresa en marcha" cuya preservación permitiría obtener mejor precio en la liquidación con miras a satisfacer el interés de los acreedores de la concursada.

Algunos fallos judiciales señeros de la década pasada llamaron la atención sobre el "problema de los costos" de la continuación de la explotación de la empresa en quiebra, sobre el cual cierto pensamiento mágico de las décadas anteriores no había reparado. Así, se puso límite a la disponibilidad de bienes durante la etapa de continuación post-quiebra, en cuanto ello pudiera afectar la integridad del patrimonio y la garantía de los acreedores de la fallida ("disminución del activo": "E.D.", 101-236); y se interpretó el inc. 2, art. 184, última frase, L.C., en el sentido de prohibir la prosecución de una explotación no autosostenible o deficitaria ("incremento del pasivo": "E.D.", 127-424).

La experiencia señalaba que el instituto tenía sus costos, y que proteger —a la vez por igual— los intereses de acreedores, trabajadores, deudor y comunidad toda, no era tan fácil como predicaba la "euforia conservacionista" de los '70. La realidad suele ser más dura que las buenas intenciones de los juristas sustentadas en su puro voluntarismo. Esto quedó claro en los últimos años de la pasada década, cuando además se puso en evidencia que, muchas veces, enarbolando la bandera de la conservación empresarial en realidad buscaban auxilio estatal o preservación del

empleo los propios empresarios responsables del desastre. Anaya marcó la inflexión definitiva de la curva ascendente del "conservacionismo" a ultranza, en su memorable trabajo *El mito de la empresa inmortal* ("E.D.", 127-424) donde demostró que es imposible realizar el prodigio de una empresa sin mercado, que los regímenes de salvataje mediante subsidios distorsionan la competencia, que el mantenimiento de la actividad de una empresa cuya producción ya no es requerida provoca gran costo social, que, en definitiva, la empresa "inmortal" fue un mito jurídico.

VII. La última década del siglo XX

1. Los años noventa nos enfrentan con la necesidad de replantear algunos temas concursales, no solamente a raíz del fracaso de ciertos mitos o de la insuficiencia o envejecimiento de algunos institutos, sino principalmente— porque la Argentina experimenta un cambio profundo en lo económico que no admitiría, claro está, una legislación concursal incongruente con el nuevo orden.

Estabilidad, orden en la administración tributaria, privatizaciones, desregulaciones, apertura al exterior, libertad de precios, libertad de mercados, competencia, son las características (o las aspiraciones) del escenario económico actual, por oposición a la economía del pasado aún reciente, signada por su carácter cerrado, muy inestable, con alta participación del estado empresario, proliferación de regulaciones legales y reglamentarias, precios distorsionados por controles y por alta inflación, escasa competencia. Estas últimas características asumían especial importancia en lo concursal, ya que al haber estado fuertemente debilitada la competencia entre los operadores económico, "el proceso de seleccionar ganadores y perdedores a través de la acción de la fuerza de la competencia ha resultado poco relevante. El proceso schumpeteriano de destrucción creadora resultó débil, y ello permitió la sobrevivencia de unidades económicas de baja eficiencia. Dicho en otras palabras, las fuerzas de la competencia, por su debilidad, no fueron capaces de dar de baja a una proporción importante de los operadores ineficientes" ("Informe del equipo de consultores sobre la política de defensa de la competencia y protección de los consumidores de la Argentina", integrado por Bruce M. Owen, David A. Halperin, Julio A. Nelly, Joaquín Martín Canivell, David Smith y Adolfo C. Sturzenegger; 10 de agosto de 1992). Con lo cual, se advierte, la vigorización del funcionamiento competitivo de los mercados "significará que la probabilidad de

quedar fuera del mercado y quebrar, se elevará sustancialmente", y que así como las empresas más eficientes tendrán mayores posibilidades de crecer, la fuerza implacable de la competencia efectiva determinará que "aquellas que no sirvan en forma efectiva a las necesidades del país se reducirán y desaparecerán" (ídem).

¿Con qué legislación concursal, entonces, habrán de ser tratadas las crisis empresariales y la insolvencia, en una economía que predica reglas de juego diferentes, que calcula al incremento de las dificultades empresarias como un costo previsible de la transición, y donde la "competencia" es un objetivo más apetecible que la "conservación de las empresas?"

El "conservacionismo" extremo, además de fracasado en el orden económico anterior, es manifiestamente incompatible con la economía actual. Hasta aquí la respuesta es fácil.

Ahora bien, ¿la aplicación a ultranza de los criterios de eficiencia económica, llevará lisa y llanamente al abandono de los procedimientos preventivos para volver a la concursalidad exclusivamente liquidativa?

Este debate no está todavía instalado en el país, pero es previsible que lo veamos en los años próximos. La irrupción norteamericana en la concursalidad argentina, que se insinúa a través de ciertas reformas proyectadas a la legislación concursal —actualmente en el Congreso de la Nación— hace probable el traslado de debates como el anunciado, ya presente en los Estados Unidos mediante el embate de ciertos académicos que proponen la abolición del sistema norteamericano de reorganización del actual Capítulo 11 de la ley de 1978 (ver: T. Eisenberg y T. Shoichi, *Should we abolish Chapter 11? The evidence from Japan*, *The Journal of Legal Studies*, January 1994, volume XXIII (1) (P.T. 1), p. 112, nota 7).

Empero, por el momento, parece cierto y más o menos pacífico en la Argentina que la prevención concursal perdurará todavía en los noventa asumiendo el nuevo signo, ropaje y nombre de la "reorganización" empresaria, con las siguientes características.

a) Revalorización acentuada de los mecanismos no judiciales —acuerdos preconcursales— para la solución temprana, rápida y barata de las crisis económicas o financieras;

b) Un procedimiento judicial de reorganización de las empresa en crisis de acceso facilitado, sin trabas al estilo inc. 8, art. 11 L.C. y posible de intentar aun en caso de quiebra declarada (por conversión de ésta) o un solo proceso concursal de único acceso, luego derivable por el juez a la reorganización o a la liquidación.

c) Mayor elasticidad para proponer y concertar acuerdos: posibilidad de categorizar a los acreedores para propuestas diferenciadas, reconsideración de los sistemas de mayorías, roles más protagónicos de los acreedores y de los trabajadores de la concursada.

d) Apertura de los mecanismos de reorganización a los propios acreedores y a terceros interesados, haciendo posible el desplazamiento de los viejos empresarios de la conducción empresarial y de la participación en el capital social en ciertos supuestos de “salvataje”.

e) Abandono de la concepción del “juez empresario” y definitiva desvinculación entre conducta de los dirigentes empresarios y aprobación u homologación judicial del acuerdo.

f) Abandono del “horror a la quiebra” y aceptación de que ésta, concebida otra vez como lo fue en sus orígenes —un procedimiento de liquidación con aspiraciones de eficiencia—, es muchas veces inevitable y cumple con una función de “selección natural” beneficiosa para el buen funcionamiento de una economía estable, con reglas claras y competitiva.

g) Revalorización de los criterios de eficiencia en los procedimientos concursales: para que la reorganización sea factible en tiempo corto y a bajo costo, y para que la liquidación sea igualmente económica y rápida permitiendo mejorar la performance distributiva, pésima en la actualidad si se miran los ínfimos porcentajes promedio de cobro de las acreencias quirografarias en las quiebras liquidativas.

2. El siglo XX vio afirmarse al estado de cesación de pagos como presupuesto objetivo concursal. Ello fue unánime en nuestro país después de la década del '30, a raíz de la prédica de Yadarola y de Fernández, quienes le asignaron el sentido muy unívoco —receptado legislativamente— de los que entonces defendían la llamada “teoría amplia” de la insolvencia.

La década pasada alumbró un debate sobre la posibilidad, la conveniencia o la necesidad de reemplazar el presupuesto objetivo concursal clásico, por la noción de "estado de crisis" de la empresa. La inquietud tuvo recepción legislativa en el país en 1983 al mencionársela como presupuesto de los acuerdos preconcursales (arts. 125-1 y 125-2 L.C., incorporados por ley 22.917). Para los procedimientos judicial-concursales (quiebra y concurso preventivo) permanece la exclusividad del presupuesto objetivo tradicional "estado de cesación de pagos". La polémica sobre su reemplazo permanece abierta, aunque pareciera haber perdido algo de intensidad a partir del dato empírico de la escasa aceptación que el "estado de crisis" ha tenido en la legislación comparada. Empero, la atención hacia los estados de preinsolvencia, la conceptualización de éstos y el análisis de los mecanismos idóneos para su tratamiento, seguramente permanecerán mucho tiempo aún en la mira de los concursualistas.

3. Los aspectos represivos de la concursalidad también han experimentado una significativa evolución en los últimos años.

Ha disminuido la importancia de la calificación de conducta de los quebrados. La reforma de 1983 redujo la calificación de conducta al caso de quiebra liquidativa sin pago total, eliminando el instituto para los demás quiebras donde el interés de los acreedores fue satisfecho, por pago total por avenimiento o por acuerdo resolutorio. El criterio de valoración introducido por el art. 237 L.C., reformado por la ley 22.917, también circunscribió los límites de la calificación. La sociología judicial muestra, a la vez, decisiones judiciales sobre el tema que no guardan relación con el número de quiebras donde serían menester estos pronunciamientos. La tendencia a la desaparición de la calificación concursal de la conducta ha ganado muchos adeptos en la doctrina argentina —pese a no ser unánime tal opinión— y ha echado baza en los proyectos de reforma legislativa de los años recientes.

Es previsible, así, que el debate se traslade al campo penal. Pues salvo que se logre un consenso —aún no avizorado— sobre la intrascendencia valorativa de la provocación de la insolvencia, habrá que repensar los delitos de quiebra y la necesidad de reformular la legislación penal en lo que a ellos concierne.

4. Paradójicamente, a la paz del logro legislativo de la unificación subjetiva completa en materia concursal en 1972 y 1983, vemos renacer la

preocupación por un régimen diferenciado —inexistente hoy— para los “pequeños concursos”.

La preocupación por la gran empresa llevó —obsesivamente— a imaginar mecanismos concursales exclusivos para ella, postergando el análisis de la problemática de las pequeñas y medianas empresas y de la insolvencia de los consumidores. La realidad ha mostrado, sin embargo, que los pequeños concursados, cuya insolvencia sólo afecta el interés de sus acreedores, han hecho un uso inadecuado de las herramientas concursales, han perturbado la labor tribunalicia alargado, a veces, increíblemente, el cobro de las acreencias (o, lisa y llanamente, han frustrado su pago).

También este debate está instalado en la década en curso. No hay definiciones sobre qué debiera considerarse “pequeño concurso” ni acerca de cuál sería el tratamiento concursal diferenciado. Tengo claro que al menos se ganaría bastante eliminando a las personas físicas no comerciantes o no empresarias —los hoy llamados “consumidores”— de la legislación concursal común, estableciéndose para ellas un proceso concursal único y liquidativo. La prevención de la liquidación, para estos sujetos, debiera ser extrajudicial o, en caso de quiebra declarada, vía avenimiento o pago total. Ni concurso preventivo, ni acuerdo resolutorio, ni juntas de acreedores; tampoco extensión de quiebra ni responsabilidad de terceros, calificación de conducta ni inhabilitaciones personales. La recomposición patrimonial debería ser la clásica, mediante ineficacias falenciales tradicionales y con período de sospecha fijo, sin necesidad de dictamen sindical. En síntesis, un proceso liquidativo-distributivo orientado por una regla de reparto a prorrata, con simplificación de los privilegios y la mira puesta, primero en la satisfacción de los acreedores, y luego en la rehabilitación del deudor desde el punto de vista patrimonial.

5. La última gran preocupación que enfrentamos es la relacionada con las personas responsables de los concursos: los órganos concursales y las magistraturas respectivas. Los ejes del debate en este tópico parecen ser: quiénes desempeñarán las tareas hasta hoy asignadas al síndico, qué profesión o profesiones habilitarán para ello, qué otros órganos o funcionarios serán convenientes o necesarios (en especial en concursos de cierta magnitud o complejidad), y por fin, las ventajas o desventajas de la competencia judicial especializada en la materia. Los mejores diseños legales fracasan cuando no se prevén estructuras y hombres adecuados para ponerlos en práctica.

VIII. Conclusión

Seguramente han quedado sin tratar, o han sido inadecuadamente tratados, algunos temas concursales de relevancia. El panorama expuesto, sin embargo, nos permite apreciar que nada es definitivo en nuestra materia, que mucho hay por debatir y por hacer para construir una concursalidad adecuada a los tiempos que corren, en un país que ha recuperado la libertad y la racionalidad, en su organización institucional y en su economía. En todo caso, me parece cierto que hemos abandonado la ingenuidad de creer que las leyes concursales podrían remediar todos los males que podrían hallarse fórmulas jurídicas capaces de hacer sobrevivir *sine die* a las empresas condenadas a muerte por el mercado, que la supervivencia podría forzarse sin costo, que debería encontrarse algún mecanismo judicial para evitar la desaparición de empresas independientemente de los criterios de eficiencia y competitividad. También en el derecho concursal se baten en retroceso las fantasías, las ingenuidades o pseudoingenuidades, el pensamiento mágico, con lo cual hemos abandonado posiciones extremas al estilo “nadie debe quebrar”, o “la quiebra ya no sirve”, o “es menester reducir el contenido del nuevo derecho concursal sólo al tratamiento de las dificultades de las grandes empresas”. Veo en este fin de siglo una mayor humildad, fruto del reconocimiento de los propios límites, mayor sensatez en el pensamiento concursal y menos extremismos en los debates concursales corrientes, así como convergencias de opiniones hasta hace poco inimaginables. Y aunque la racionalidad no parece ser el rasgo de la posmodernidad, afortunadamente —para quienes todavía creemos en el pensamiento racional más que en la magia— contemplamos esperanzados en la Argentina de hoy una mayor racionalidad en el derecho concursal, paralela a la que quiere afianzarse en el orden institucional de la última década y en el orden económico de los años recientes. Es buena noticia. Hago votos para que la tendencia se consolide y signe al sistema concursal del porvenir. ♦

PROPUESTAS PARA UN SISTEMA CONCURSAL MAS EFICIENTE

POR JULIO CÉSAR RIVERA (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. Nuestro sistema legal actual. Las novedades de la ley 24.522. — III. La prospectiva. — IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La evolución permanente del derecho concursal. Su importancia actual

Dice un autor francés contemporáneo que en el derecho francés nada queda de la legislación sobre quiebras de 1807 (1).

Así, en Francia han regido sucesivos regímenes destinados a enfrentar la insolvencia; en 1838 y 1889 se reformó el Libro III del Código de Comercio de 1807 (2); en 1935 una nueva modificación del mismo libro estuvo dirigida a acelerar los procedimientos y estableció el superprivilegio de los asalariados y previó la extensión de la quiebra a toda persona que bajo

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Julio César Rivera, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 23 de agosto de 2001.

(1) JEANTIN, Michel, *Droit commercial*, 4eme. ed., N° 529, p. 330, París, 1995.

(2) En la primera reforma se mantuvo el espíritu del Código, aunque se aceleraron los procedimientos, se redujeron los costos y se aligeraron las sanciones contra el fallido. La reforma de 1889 introduce por primera vez un procedimiento de liquidación que de todos modos autoriza que el fallido conserve la administración de sus bienes con la asistencia de un liquidador.

el amparo de la personalidad moral hubiera actuado en interés propio o dispuesto de los bienes sociales como si fueran de ella. En 1955 el decreto del 20 de mayo de 1955 produjo la sustitución completa del Libro III, rápidamente reemplazado a su vez por la ley del 13 de julio de 1967; ésta ha sido calificada como la primera tentativa de crear un derecho de las empresas en dificultades; la ley de 1967 organizó el procedimiento de "acuerdo judicial", cuyos principios fundamentales son los del concordato de mayoría; y la liquidación judicial, dirigida exclusivamente a la satisfacción de los acreedores mediante el producido del activo del quebrado. Si bien la ley del 13 de julio de 1967 había conservado numerosas instituciones del derecho tradicional de quiebras, una ruptura significativa se produce con la "suspensión provisoria de demandas" introducida por ordenanza del 23 de septiembre de 1967; se aplica a las empresas de cierta significación y se introduce la idea de que la solución para la empresa debe plasmarse en un plan dispuesto por el tribunal, no sometido a la aprobación de los acreedores; significó un debilitamiento significativo de los derechos de los acreedores y un acrecentamiento de los poderes del juez, cuyo rol es todavía más importante a partir de la ley del 15 de octubre de 1981 que reforma parcialmente el régimen de la ley de 1967. En 1985 se sanciona la ley del 25 de enero que nuevamente reforma integralmente el derecho de las empresas en dificultades; su art. 1° ejemplifica claramente su orientación: los procedimientos de reorganización y de liquidación tienen por finalidad: el salvataje de la empresa; el mantenimiento del empleo y la actividad; el pago del pasivo. La doctrina y la jurisprudencia entendieron que esta enumeración importaba una verdadera escala jerárquica de los objetivos del régimen. Y en 1994 la ley del 10 de junio produce "la reforma de la reforma" que como se verá intentó rescatar el papel de los acreedores, singularmente debilitado en el régimen de 1985 (3).

A lo expuesto puede sumarse la existencia de regímenes especiales que coexisten, como el de sobreendeudamiento de particulares y el acuerdo amigable para productores rurales.

Similares desenvolvimientos del derecho de la quiebra y de las empresas en dificultades se pueden observar en otros países.

Así, en Italia es conocido el régimen de administración de grandes empresas en crisis que fue establecido por normas sucesivas en 1979

(3)v. JEANTIN, *ob. cit.*, a partir del N° 530, ps. 331 y sigtes.

(conocida como ley Prodi). Estudios para la reforma del derecho concursal se llevaron a cabo por una comisión presidida por Pajardi.

En Alemania rige una nueva ley fue sancionada en 5 de octubre de 1994.

En EE.UU. el sistema de quiebras fue reformado significativamente por la *Bankruptcy Reform Act* de 1978, lo cual coincidió con un crecimiento enorme de las quiebras de empresas industriales y comerciales, que pasaron de 36,5 por cada 10.000 firmas en los diez años anteriores a la nueva ley a 87,1 por 10.000 en los diez años posteriores a ella (4). Seguramente este fenómeno no ha sido ajeno a la creación por el Congreso, en 1994, de la *National Bankruptcy Review Commission* con el propósito de evaluar el sistema concursal y proponer reformas. Pero amén de ello con motivo de algunos procesos muy conocidos y de gran repercusión —como los de Continental Airlines y Wilson Foods— cientos de propuestas de reformas fueron presentadas y en concreto se produjeron modificaciones al *US Bankruptcy Code* en 1984 y en 1994. En el año 2001 el Senado votó una reforma significativa tendiente a hacer más difícil la quiebra de las personas físicas.

En Inglaterra un nuevo régimen fue estatuido por la *Insolvency Act* de 1986.

Lo mismo puede decirse del derecho argentino, cuyo derecho de quiebras tuvo distintos regimenes integrales en 1889, 1902, 1933, 1972 (éste reformado en 1983) y 1994, existiendo actualmente un proyecto de reformas importante en el Senado de la Nación que sigue en gran medida a un anterior proyecto del Ministerio de Justicia.

Esta renovación permanente de la legislación sobre quiebras y empresas en dificultades no puede sorprender, desde que el derecho de quiebras está directamente influenciado por la evolución de las condiciones económicas; lo que explica que el legislador haya obrado en dos direcciones: reformas en profundidad que se corresponden a mutaciones fundamentales de la historia económica o del aparato productivo; y reformas puntuales que aparecen como respuestas a situaciones de crisis más coyunturales (5).

(4) CARRUTHERS, Bruce G.; HALLIDAY, Terence C., *Rescuing Bussines. The making of corporate Bankruptcy Law in England and the United States*, p. 3, Oxford, 1998.

(5) JEANTIN, *ob. y lug. cit.* en nota 1.

Es más, esto responde a la relevancia significativa que esta rama del Derecho ha adquirido en los últimos decenios. En una importante obra se señala que en los últimos veinte años el derecho de quiebras ha tenido un impulso fenomenal, dado que sus repercusiones financieras y humanas son enormes. En muchas economías avanzadas, inclusive Estados Unidos de América e Inglaterra, el derecho de quiebras aparece como un nuevo recurso estratégico de los dirigentes de empresas (6), tanto como una nueva frontera para los abogados y contadores altamente expertos; y como materia de nueva urgencia para los gobernantes que pretenden propiciar la asunción de riesgos empresarios preservando a la vez el empleo y las industrias locales. En este sentido, la quiebra es definitivamente característica de una economía de mercado; ella fija los límites de la extensión del crédito, confrontando riesgos, especulaciones empresarias y las decisiones de la empresa; compromete a todos los sectores de la economía; y expresa los fundamentales conflictos en el corazón de la política capitalista entre trabajo y capital, propietarios y administradores, deudores y acreedores, el Estado y el mercado (7). De otro lado la insolvencia —en cuanto esté exenta de fraude— se avizora como haciendo parte de la dinámica de una economía competitiva sana (8).

Por otra parte, el balance entre los distintos intereses en juego en las situaciones de insolvencia es difícil de obtener, y ello causa también un juego de influencias que ha sido puesto de relieve por la doctrina de los EE.UU. (9).

Al compás de estas mutaciones y del mayor o menor poder político de los sujetos concernidos por la insolvencia, distintos objetivos del sistema concursal han sido definidos como relevantes.

(6) "Strategic bankruptcy" es una expresión que identifica procedimientos del Capítulo 11 de la ley de Estados Unidos, que —por ejemplo— han sido usadas para relativizar los derechos de los trabajadores en el caso Continental Airlines; controlar una masa de demandas por responsabilidad civil por el uso de asbestos, en el caso Manville Corporation; o frustrar a corporaciones rivales, como sucedió en el conflicto entre Texaco y Penzco. De allí que se diga que los procedimientos de este tipo son una nueva arena en la que se dirimen los conflictos de poder entre las corporaciones: v. CARRUTHERS-HALLIDAY, *ob. y lug. cit.*

(7) CARRUTHERS-HALLIDAY, *ob. cit.*, p. 1.

(8) CLIFT, Jenny, *Colloque sur l'insolvabilité internationale*, Revue de Droit Uniforme, 2001/1/92.

(9) POSNER, Eric A., *The political economy of the bankruptcy reform act of 1978*, 96 Michigan Law Review 47.

Buscar un sistema concursal eficiente requiere entonces, en primer lugar, identificar cuales son los distintos intereses que se cruzan en la insolvencia, y luego tratar de buscar un balance lógico entre ellos sin descartar prioridades entre unos y otros en función de intereses superiores.

2. Los intereses en tensión en las situaciones de insolvencia

En los concursos, fundados en la insolvencia del deudor, entran en juego:

—los derechos de los acreedores, lo cual puede ser visto desde dos planos: en un primero, el interés radica en obtener el mayor grado posible de satisfacción de las acreencias; en otro, que se respete en medida razonable una cierta igualdad entre ellos.

—la dignidad de la persona del deudor.

—la protección de la empresa como entidad social y económicamente significativa (10).

Esto sin embargo no es suficiente para encarar el problema de una legislación concursal eficiente, pues ha de tenerse en cuenta que los términos “acreedores” y “deudores” no representan categorías uniformes. Hay muchos tipos o clases de acreedores (bancos, Estado, trabajadores, proveedores; nacionales y extranjeros; en moneda nacional u otra, etc.); y muchas categorías de deudores (empresas grandes o pequeñas y medianas; productores rurales o prestadores de servicios; personas físicas cuyas obligaciones se vinculan a una actividad empresarial o al ejercicio de alguna actividad individual y personas físicas sobreendeadas por abuso del crédito personal o de consumo, etc.).

(10) También autores que examinan la cuestión desde el punto de vista del análisis económico del Derecho apuntan que por regla general cabe reconocer en las leyes de quiebras, dos objetivos iniciales: establecer un método que permita pagar ordenadamente a los múltiples acreedores; permitiendo al deudor conservar un mínimo de bienes que le permitan mantener una vida digna o por lo menos una “nonpenonrious existence”: POSNER, *ob. cit.* El art. 1° de la actual ley alemana dice: “El procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honestos les será concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales”.

Y en alguna medida —a veces no poco significativa— aparecen otros tipos de intereses, como ser los de abogados y síndicos; y aún de los jueces interesados en oportunidades en destacar su rol en la superación de las crisis causadas por la insolvencia (11).

En otro enfoque del tema, se dice hoy que la pretensión de tener un sistema concursal ordenado y eficaz se vincula derechamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países; así lo señala el informe del FMI denominado “Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces” presentado en el año 2000.

Este informe señala como el primer objetivo de un régimen de insolvencia, la repartición previsible, equitativa y transparente de los riesgos entre los actores de una economía de mercado.

Y como segundo proteger y maximizar el valor de la empresa en el interés de todas las partes comprometidas en la economía en general.

Seguiremos nuestra exposición tratando de ver como estos distintos intereses se han desenvuelto a lo largo de la evolución del derecho concursal.

3.El desarrollo de cada uno de estos elementos

a) Los derechos de los acreedores

El derecho de las obligaciones, desde sus albores en el derecho romano, estuvo dirigido a identificar los medios de que dispone el acreedor para constreñir al deudor al pago —en especie o por equivalente— de la obligación asumida.

Ello se conserva en el derecho contemporáneo, como no podría ser de otra manera, ya que el efecto normal de las obligaciones es el pago; están destinadas a extinguirse como consecuencia de la satisfacción del interés del acreedor. De allí que no exista ordenamiento alguno, en ninguna familia jurídica, que no reconozca el principio “pacta sunt servanda”, elevado sin duda a la categoría de principio general de derecho (12) (sea por

(11) Estos aspectos han sido muy claramente exteriorizados por Posner, ob. cit., quien hace un “cast of characters”.

(12) Conf. LARENZ, Karl, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de Luis Díez Picazo, ps. 67 y sigtes., Madrid, 1985.

sistematización de las soluciones de derecho positivo, sea por reconocimiento de una regla proveniente del derecho natural) (13).

Esa necesaria satisfacción del acreedor se sintetiza en las facultades que acuerda el art. 505 Cód. Civil; y en el otorgamiento de acciones judiciales (a cada derecho corresponde una acción) para agredir el patrimonio del deudor.

Cuando los bienes singulares que conforman el patrimonio del deudor son insuficientes para responder a las obligaciones, se produce el fenómeno de la quiebra, cuya finalidad es el desapoderamiento que autoriza y viabiliza la liquidación de esos bienes para con su producido satisfacer a los acreedores.

La quiebra aparece entonces como un mecanismo destinado a pagar ordenadamente a los múltiples acreedores de un deudor común (14), orden que requiere la priorización de una regla general: la igualdad de principio entre esos mismos acreedores. En este sentido, la "pars conditio creditorum" aparece como una norma propia de todos los ordenamientos concursales y que encuentra su raíz en el derecho común como lo señalaba el profesor Molinario hace ya muchos años (15).

Y la mejor satisfacción de los acreedores exige proteger y maximizar el valor de la empresa, lo cual redundará en beneficio del interés de todas las partes comprometidas en la economía en general, como lo señala el informe del FMI al que ya aludimos.

b) La dignidad del deudor

En su primera versión el concepto de "obligatio" era un vínculo, ligamen, ligadura, una atadura con la que el acreedor sujeta al deudor (16),

(13) Sobre las dos vertientes de la noción de principio general de derecho ver: GUASTAVINO, Elías P., *Los principios generales del derecho*, Anales de la Academia de Córdoba, t. XVII y XVIII, p. 135; una síntesis en RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*, 2da. ed., t. I, N° 116, p. 140, Buenos Aires, 1998.

(14) Conf. POSNER, *ob. cit.*

(15) v. MOLINARIO, Alberto D., *Tratado de los privilegios*, N° 18, p. 36, Buenos Aires, 1941.

(16) HATTENAHUER, Hans, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, p. 78, N° 2, trad. de Gonzalo Hernández, Barcelona, 1987.

de donde era razonable reconocer al acreedor el derecho de actuar sobre el cuerpo del deudor incumpliente (17); cabría aquí precisar que la "obligatio" nacía del delito y de algunas otras causas; del contrato aparecía el nexi (18). Pero la evolución de la noción de nexi, vínculo, ligamen, potestad, a la idea de relación jurídica empezó prontamente con la sanción de la ley Paetelia Papiria (año 428 de Roma) en tanto atenuó los alcances del nexi prohibiendo que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de la deuda (19).

A partir de allí la obligación nacida del contrato sólo pudo ejecutarse en los bienes del deudor; fue el germen de la sustitución de la idea de potestad por la de relación jurídica que sistematizara y expusiera la doctrina alemana del siglo XIX (20).

De otro lado, constituye un prius del derecho contemporáneo el reconocimiento en cada hombre, precisamente porque es persona, de un sentido ético, de un valor en sí mismo, y en este sentido, una dignidad (21).

(17) El acreedor tenía una verdadera potestad sobre el deudor, como la tenía sobre los hijos (patria potestas) y sobre los esclavos (potestad heril); v. MOLINARIO, Alberto D., *La enseñanza de las potestades y relaciones jurídicas*, Rev. Aequitas, N° 6, año 1965, p. 118.

(18) Según la explicación de Ortolan, con las palabras solemnes los que tomaban prestado se obligaban a los acreedores que les hacían el préstamo, y algunos empeñaban su propia persona para el pago de esa deuda; a esto se llamaba nexi: "Historia de la legislación romana", p. 139.

(19) Ortolan, explica así la génesis de la ley Paetelia Papiria: Esa ley, producida por un rumor popular y por una sublevación espontánea contra la lujuriosa barbarie de un acreedor (L. Papirio), fue, según Tito Livio, como un nuevo principio de libertad para la plebe. La servidumbre y el cautiverio por deudas estaban de tal modo en las costumbres de aquellos tiempos, y sus rigores eran tan duros y tan multiplicados, que era uno de los grandes medios que los tribunos empleaban para excitar y alentar a la plebe en su lucha contra el patriciado; ob. cit., p. 160. Esta ley prohibió que los deudores pudieran entregarse en servidumbre a su acreedor en pago de su deuda; así cesó de presente y para el porvenir la servidumbre de los nexi. Por la ley Paetelia Papiria fue modificado el nexum, ya que no era permitido empeña per aes et libram al deudor más que sus bienes, y de manera alguna su persona (ob. cit., p. 161).

(20) A partir de los estudios de SAVIGNY; de este autor v. *Sistema del derecho romano actual*, trad. del francés de Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, 1878, vol. 1, # 52, ps. 222 y sigtes.; síntesis conceptual en HATTENAUER, ob. cit., N° 5 en p. 83 y sigtes.

(21) La idea proviene de la filosofía kantiana; ha llegado hasta el derecho civil a partir de las enseñanzas de LARENZ, Karl, *Derecho Civil - Parte General*, trad. de Luis Izquierdo y Macfusa Picavea, Madrid, 1978.

Esa dignidad exige la preservación de un mínimo de bienes que permitan al deudor conservar lo necesario para vivir dignamente, él y su familia (22); o, al menos una existencia no penosa (23).

Esto ha tenido una antigua expresión en la legislación y la jurisprudencia que han elaborado un catálogo de bienes excluidos del poder de agresión de los acreedores (24).

En otro plano, la dignidad de la persona se vincula con su aptitud para insertarse en la vida de relación laboral o profesional. Por lo que en el derecho actual se propicia una rápida reincorporación del fallido a actividades que le permitan ganar su sustento y participar activamente en la producción de bienes o servicios.

c) La conservación de la empresa

Finalmente, ha sido una constante del derecho concursal la preservación de la actividad empresarial del deudor cesante.

Ello se ha proyectado en las soluciones preventivas; y en la quiebra, en la priorización de la liquidación de la empresa como unidad y en funcionamiento.

El fundamento de este interés creciente del derecho concursal por la preservación de la empresa puede ser visto también desde distintas ópticas.

(22) Como señala Federico de Castro, la idea de que el deudor responde con todos sus bienes (derivada de la regla según la cual el patrimonio es prenda común de sus acreedores), llevada hasta sus últimas consecuencias sería más grave que la prisión por deudas, pues conduciría a la muerte del deudor por desnutrición y desnudez.

(23) POSNER, ob. cit.

(24) En derecho argentino con las leyes 11.170, 12.996 —modificatoria de los arts. 3878 y 3883 del Cód. Civil—, 14.394 y otras. Los Códigos Procesales suelen contener un dispositivo que asegura la inembargabilidad de los bienes de indispensable uso por el deudor; la jurisprudencia ha desarrollado esta cláusula general afirmando que ella excluye lo que es mero lujo o recreo, pero no determina derechamente la embargabilidad de bienes que, si bien no son imprescindibles, atañen a las exigencias comunitarias primordiales acerca de la posibilidad de desenvolverse en la vida moderna, ya —verbigracia— por el ahorro de inversión de tiempo que posibilitan, ya porque proporcionan un mínimo bienestar congruente con razonables expectativas generales.

Por un lado la empresa es una fuente de actividad económica y de generación de empleo. La legislación francesa e italiana —y sus comentaristas— han enfocado el tema desde este punto de vista.

Otros en cambio lo ven también como un modo de maximizar el valor de los activos y con ello mejorar las expectativas de satisfacción de los intereses de los acreedores.

La conservación de la empresa no significa que ella deba quedar en las manos del empresario que la llevó a la insolvencia. Quizás también como un corolario de la distinción entre ambos —puesta en evidencia por la legislación francesa— se señala hoy en día que puede ser objetivo de un sistema concursal la transmisión de la empresa como unidad a quien la pueda sanear y hacerla eficiente.

4. Breve esquicio de la evolución del balance de los tres elementos mencionados (25).

La evolución del derecho concursal demuestra que el balance entre los tres elementos mencionados no es sencillo de alcanzar y que en muchos períodos alguno ha prevalecido sobre los otros.

Así, en una primera etapa —en los orígenes del derecho concursal— los derechos de los acreedores predominaron abiertamente sobre la dignidad personal del deudor. De allí que la muerte, el destierro, la prisión, las sanciones infamantes y por supuesto el desapoderamiento de todos los bienes casi sin exclusión, eran característicos de los ordenamientos medievales.

Y la conservación de la empresa aparecía tímidamente con las primeras manifestaciones de las soluciones preventivas, las que, de todos modos eran decididas casi exclusivamente por los acreedores.

No varió mucho el panorama durante varios siglos. Prueba de ello es que el Código de Comercio de 1859/62 seguía manteniendo la prisión

(25) El desenvolvimiento histórico del derecho concursal puede verse en ROCCO, Alfredo, *Il Fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, 1962, MAFFIA, O.J. - B. DE MAFFIA, María Ofelia, *Legislación concursal. Introducción histórico/crítica*, Buenos Aires, 1979; GÓMEZ LEO, Osvaldo, *Introducción al estudio del derecho concursal*, RDCO 24-141.

del fallido que no podía garantizar el pago de su pasivo; y la ley 4156 (Adla, 1889-1919, 564) otorgó extensas facultades a los acreedores, lo cual fue motivo de crítica por los comentaristas de la época (26). Y hasta no hace muchos años las soluciones preventivas eran reservadas al comerciante onesto ma sventurato; inclusive el régimen francés de 1955 vinculaba la suerte de la empresa a la moralidad comercial del deudor, lo cual fue considerado un defecto notable pues podía conducir a la desaparición de empresas viables (27).

Puede quizás señalarse como un hito que cambia la orientación del derecho concursal a la legislación italiana de 1942, que es seguida de reformas en la legislación de muchos países europeos continentales, y particularmente por un intenso trabajo doctrinario que pone de relieve la necesidad de preservar la empresa como entidad social y económicamente significativa.

Esto amplió considerablemente el punto de mira del derecho concursal, en tanto aparece un capítulo que es el de la prevención de la crisis (28), y se expanden las soluciones preventivas facilitándose notablemente el acceso a ellas y su resolución favorable.

5. El empaldecimiento de los derechos de los acreedores

Este nuevo prisma a través del cual se examinaban las dificultades del deudor, llevó a privilegiar otros intereses por encima del de los acreedores, particularmente el de la comunidad en la preservación de la empresa como fuente de puestos de empleo y de producción de bienes y servicios útiles; lo que se identificó como el interés general.

(26) v. MARTIN y HERRERA, Félix, *Estudios sobre la legislación de la quiebra*, ps. 116 y sigtes., Buenos Aires, 1917.

(27) JEANTIN, N° 539, p. 334.

(28) Sobre el tema se han publicado innumerables trabajos en Argentina, entre los cuales citamos: BELTRAN, Emilio, *Hacia un derecho preconcursal. El proyecto de ley belga sobre empresas en dificultades*, RDCO 1985-269; PAILLUSEAU, *Del derecho de la quiebra al derecho de las empresas en dificultades*, RDCO 1984-655; PAJARDI, Piero, *El proceso de quiebra entre el pasado y el futuro*, RDCO 1982-179; ROJO, Angel, *Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales*, RDCO 1981-269; CAMARA, Héctor, *La falencia de la falencia*, RDCO 1980-393.

Esto se patentizó en algunas soluciones, como la ley francesa del 25 de enero de 1985, que al poner como principio inicial y fundamental la preeminencia de la empresa (29), en alguna cierta llegaba a prescindir de los acreedores (30). Esa ley —como se señaló antes— establece en el art. 1º, que sus fines son: 1) el salvataje de la empresa; 2) el mantenimiento del empleo y la actividad; 3) el pago del pasivo; la doctrina y la jurisprudencia coincidieron en que era una enumeración jerarquizada; el salvataje de la empresa apareciendo como el objetivo mayor de la ley traducía la preeminencia acordada por el legislador a la empresa (31).

En esta ley, como veremos más adelante, los derechos de los acreedores fueron “puestos en causa” y largamente disminuidos, en beneficio de un verdadero dirigismo judicial, que de todos modos en la realidad no era tan fuerte pues la suerte de la empresa se decidía en las negociaciones privadas (32).

De allí que en épocas más recientes se vuelva un poco sobre los pasos.

Así, con motivo de la sanción de la ley francesa 94-475 del 10/6/94, que modifica el régimen de prevención y tratamiento de dificultades de las empresas que había sido establecido entre 1984 y 1985, se apunta que los objetivos de esta reforma son la mejora de la prevención, la simplificación del procedimiento, la restauración de los derechos de los acreedores (33), destacándose el rol de algunos de ellos, en particular los bancos (34).

(29) v. BADINTER, Robert, *Les ambitions du législateur*, en *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, París, 1986, vol. 1. Dice allí el entonces Ministro de Justicia de Francia: El primer principio es la preeminencia de la empresa (Nº II en p. 5).

(30) Hemos puntualizado en anteriores trabajos, que tanto la doctrina italiana como la francesa destacan que sus respectivas legislaciones habían preterido excesivamente las atribuciones de los acreedores. Así, con relación a la ley francesa.

(31) BADINTER, *ob. cit.*

(32) JEANTIN, *ob. cit.* Nº 543, p. 336.

(33) DERRIDA, Fernand, *Très bref propos sur la réforme de la 'faillite'*, Dalloz 1993-Ch321.

(34) CHAPUT, Yves, su nota en *Juris Classeur Périodique*, 1994-I-3786.

En la misma orientación la Comisión Ministerial italiana para la reforma de la legislación concursal, presidida por Piero Pajardi se ha planteado rescatar un principio fundamental, cual es la protección de los acreedores; frente a la conservación de la empresa, aún con la carga social que contiene y la excelsa finalidad humana que la nutre, entiende que aquélla debe ser perseguida en forma compatible con la protección creditoria para evitar un sacrificio injustificado de unos por los otros (35).

La Comisión Krings para la reforma del derecho concursal belga tuvo la tarea ambiciosa de adaptar la ley de quiebras a las necesidades contemporáneas y conciliar mejor los intereses de los acreedores, de los poderes públicos, de los trabajadores y del fallido mismo (36).

Y en la quiebra esto era bastante notorio en la ley argentina de 1972 donde numerosas cuestiones relevantes (acciones de integración del patrimonio, acciones de responsabilidad, continuación de la actividad de la empresa fallida, modos de liquidación, etc.) sin tener en consideración la opinión ni el interés de los acreedores; lo cual condujo a resultados a veces muy negativos (postergación "sine die" de los derechos de los acreedores en la masa, generación de pasivos por la continuación de la actividad de la empresa fallida, promoción de acciones con resultado negativo con imposición de costas a la masa).

6. La situación del fallido

Correlativamente la situación del fallido no mejoraba en orden a un reconocimiento de su dignidad. Es que poco se había avanzado más allá de enumerar algunos bienes excluidos del desapoderamiento, el cual se extendía por todo el extenso plazo de la inhabilitación. De donde se dificultaba seriamente la reinserción del fallido al mercado y por ende las posibilidades de ganarse su sustento y participar de la producción de bienes y servicios. La calificación de conducta era un resabio de las penas infamantes.

(35) PAJARDI, Piero; ALEGRIA; KLEIDERMACHER; FAHRI DE MONTALBAN; GEBHARDT, *Derecho Concursal*, t. I, p. 57, Buenos Aires, 1991.

(36) Citado por HORMANS, Guy, *Les objectifs et la portée de la réforme du droit du concordat judiciaire et de la faillite*, en *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite: les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles - Louvain-la-Neuve, 1997, p. 11.

En este tema no puede omitirse destacar la incoherencia de alguna doctrina, que cuando trata el concurso preventivo pretende extender todas las facilidades al concursado aun a despecho de las atribuciones y derechos de acreedores y terceros. Pero cuando ese mismo sujeto en cesación de pagos es declarado en quiebra, se lo trata —o se pretende que se lo trate— como un delincuente o poco menos.

7. El derecho concursal y el sistema económico y financiero

Hemos dicho ya que la pretensión de tener un sistema concursal ordenado y eficaz se vincula hoy derechamente con la solidez del sistema económico y financiero de los países.

Ello se evidencia en la preocupación que organismos financieros —como el FMI y el Banco Mundial— tienen actualmente respecto de los regímenes concursales de todos los países. Justamente el FMI ha elaborado un informe denominado “Por procedimientos de insolvencia ordenados y eficaces” presentado en el año 2000 (37). Y funcionarios de la misma institución han visitado la Argentina más de una vez en los últimos meses para comprender nuestro régimen de insolvencia y proponer medidas tendientes a hacerlo más eficiente.

II. Nuestro sistema legal actual. Las novedades de la ley 24.522

1. El régimen concursal (ley 24.522)

La ley concursal (Adla, LV-D, 4381) se dictó en un marco económico y político sustancialmente distinto al que existía cuando se sancionó la ley 19.551 (Adla, XXXII-B, 1847) (38). Y sus principales puntos orientadores, vinculados derechamente con los intereses en tensión en la situación de insolvencia, fueron:

—repotenciar las atribuciones de los acreedores tanto en el concurso preventivo como en la quiebra

—reducir el intervencionismo estatal

(37) Verlo en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/orderly/fre/index.htm>

(38) El punto ya lo hemos desarrollado en *Fines y principios estructurales de la nueva ley de concursos*, Rev. de Derecho Privado y Comunitario N° 10, ps. 9 y sigtes.

- introducir alguna nueva solución preventiva
- facilitar la reinserción del fallido
- limitar el alcance del desapoderamiento
- limitar la conservación de la empresa fallida a los casos de empresas realmente viables

Si bien ya hemos tratado este tema en un trabajo anterior, reproducimos algunos de los conceptos principales, para establecer un vínculo necesario con la tercera parte de este informe, destinada a sugerir cambios en el derecho concursal vigente.

2. Las atribuciones de los acreedores

En apretada síntesis, las novedades de la ley 24.522 que tienden a repotenciar las atribuciones de los acreedores en los concursos, entre otras, son:

- los comités de acreedores
- el derecho al cobro de los créditos preconcursales de los contratantes “in bonis” sujetos a la continuación del contrato con el concursado preventivamente
- la categorización de los acreedores y las propuestas con alternativas
- el salvataje (art. 48)
- la limitación de los poderes juez en la homologación
- la exigencia de conformidad de los acreedores para la promoción de acciones integrativas del patrimonio y de responsabilidad
- el estrechamiento de la continuación de la actividad de la empresa en quiebra
- la reducción de los privilegios
- la reducción de las escalas de honorarios

Podemos ver suscintamente cuál es la finalidad de cada uno de esos institutos y cómo funcionan en la práctica.

a) Comités de acreedores

La ley organiza los comités de acreedores en seguimiento de criterios propiciados en otras latitudes (39) y abrevando además en la experiencia que emana de los denominados clubes de bancos en los que los acreedores suelen formar un comité que analiza las causas del desequilibrio de la empresa y facilita la búsqueda de soluciones que contemplen adecuadamente los derechos de los acreedores y los coordinen con las posibilidades de la empresa en crisis.

Se ha señalado por algún autor que estos comités no habrían de prosperar en la práctica. La experiencia de aplicación enseña que salvo en algunos casos muy especiales —particularmente el de macro concursos— este instituto no tiene repercusión. Por regla general los acreedores lo toman más como una carga que como una atribución, y temen más a las responsabilidades que pueden asumir que a la contribución que pueden prestar en las tareas de investigación de las causas del desequilibrio del deudor y en el análisis de soluciones que pueden viabilizar el cumplimiento del acuerdo preventivo.

De este modo parece razonable la propuesta de modificación que hace el Proyecto de Reformas elaborado por la comisión designada por el Ministerio de Justicia, en tanto lo hace optativo y dependiente de la iniciativa de los acreedores; aunque quizás resulte exagerado requerir la conformidad de acreedores que representen más del 50 % del capital quirografario.

Del mismo modo es coherente con otras reformas proyectadas, y con lo que se viene apreciando, que se haga optativo que la propuesta contenga un comité de acreedores que funcione como controlador del acuerdo.

b) El derecho al cobro de los créditos preconcursales de los contratantes "in bonis" sujetos a la continuación del contrato con el concursado preventivamente.

(39) V. *Los antecedentes de derecho extranjero en MARTINEZ DE PETRAZZINI, Verónica, Comité de acreedores en la ley N° 24.522, ps. 33 y sigtes.*, Buenos Aires, 1997.

Una reforma controvertida de la ley 24.522 es la que se introdujo en el art. 20, vinculada a los contratos con prestaciones recíprocas, en tanto dispone que *la continuación del contrato autoriza al cocontratante a exigir el cumplimiento de las prestaciones adeudadas a la fecha de presentación en concurso bajo apercibimiento de resolución.*

Un sector relevante de la doctrina nacional que ha comentado el precepto lo considera un agravio a la igualdad de los acreedores, así como una forma de desprotección del concursado que puede verse amenazado por el despedazamiento de su actividad en tanto para mantener ciertas relaciones debería atender obligaciones preconcursales afectando así su caja que —por definición— es insuficiente para atender sus compromisos exigibles.

Al respecto puede observarse:

(i) la presunta violación de la igualdad no nos parece tal, en tanto se considere que la situación del contratante "*in bonis*" constreñido a mantener la relación jurídica con el incumpliente no es idéntica a la de los demás acreedores. En efecto: los demás acreedores hacen exigibles sus créditos aún de vencimiento posterior a la presentación en concurso (arg. art. 572, Cód. Civil) (40), por lo que pueden verificarlos y ejercer sus derechos en el concurso, por lo que la apertura del concurso preventivo produce una importante modificación en sus relaciones con el concursado, en beneficio de los acreedores. En cambio este cocontratante "*in bonis*" y acreedor debe quedar ligado a un nexos convencional con un sujeto incumpliente y cesante en sus pagos, lo que es un apartamiento notorio de las reglas generales (41). Así, parece excesivo que este contratante deba cumplir sus obligaciones y quedar: (*) por los créditos anteriores a la presentación sometido a la verificación y resultados del acuerdo preventivo; (**) expuesto a un nuevo incumplimiento que sólo se remediaría con la calificación de la acreencia insatisfecha como crédito por gastos de conservación y justicia (art. 240, LC); y además (***) en ciertos casos la continuidad de un contrato mediando incumplimiento del

(40) Salvo que el crédito tenga garantía real.

(41) Que autorizan al contratante cumpliente a suspender la ejecución de sus obligaciones mientras la otra parte (incumpliente) no lo haga (excepción de incumplimiento: art. 1201 Cód. Civil) y a resolver el contrato (arts. 1204 Cód. Civil y 216 Cód. de Comercio).

deudor puede alterar la ecuación económica del negocio; piénsese en el seguro, donde el incumplimiento del pago de la prima produce la suspensión de la cobertura, fundándose ello en los cálculos actuariales que posibilitan el funcionamiento del negocio; someter a la compañía aseguradora al mantenimiento de la cobertura mediando un incumplimiento de la prima subvierte el fundamento técnico del contrato de seguro.

(ii) en cuanto a la exacción de la caja del concursado, es un argumento atendible, pero es justamente una de esas hipótesis en que la ley debe elegir entre los derechos del contratante "*in bonis*", acreedor de prestaciones preconcursales, y el concursado. En definitiva depende de su voluntad poner en marcha este mecanismo, y si lo hace sabe que tiene erogaciones que afrontar. Parecía excesivo que la continuidad de un contrato incumplido fuese absolutamente gratis (42).

c) La categorización de los acreedores y las propuestas con alternativas.

Los fundamentos de las nuevas instituciones mencionadas en el acápite los hemos vertido en trabajos anteriores a los que remitimos (43). La doctrina se ha mostrado generalmente conforme con estas reformas; y la praxis judicial ha ido llenando las lagunas del régimen (44).

Es conveniente señalar que la categorización conforme a pautas razonables es también un modo de dar importancia a todos los acreedo-

(42) Los concursos de compañías de aviación que se han abierto en Argentina en los últimos meses demuestran la coherencia del sistema del art. 20 con el funcionamiento del contrato de leasing, pilar de la actividad aeronáutica. Las sociedades concursadas han optado por continuar usando bajo el sistema de leasing las aeronaves útiles, negociando con los lessors el pago de los cánones atrasados, y han restituido a sus propietarios las aeronaves cuyos servicios podían discontinuarse, caso en el cual los acreedores verifican sus créditos en el procedimiento de concurso preventivo. La solución, reiterada en definitiva en la actual ley de leasing 25.248 es coherente con el sistema del derecho de los Estados Unidos—en el cual la influencia de los fabricantes y lessors de aeronaves es destacada (v. Posner, ob. cit.)—y con el proyecto de convención respecto de garantías sobre equipos móviles que está preparando UNIDROIT que contempla expresamente un Protocolo adicional para el tema aeronaves.

(43) V. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Concursal*, t. I, ps. 93/4, Buenos Aires - Sta. Fe, 1996.

(44) Particularmente con relación al punto de a cuál categoría se incorporan los créditos verificados tardíamente y los que votan negativamente el acuerdo.

res. En el sistema de propuesta única e igual para todos los acreedores, algunos de ellos no eran siquiera tenidos en cuenta por no tener significación para la obtención de las mayorías (45). En el régimen vigente, al dividirse en categorías y ser necesaria la conformidad de todas ellas para la aprobación del acuerdo, los créditos de poca monta, los quirografarios laborales, los proveedores, pueden alcanzar mayor peso propio en la adopción de la decisión de aprobar o no el acuerdo preventivo.

De allí que sea dudosa la conveniencia del proyecto de reformas del Ministerio de Justicia que propicia dar al juez la facultad de aprobar un acuerdo preventivo aun en detrimento de la conformidad de alguna clase.

d) El salvataje

En nuestro enfoque el salvataje del art. 48 mira por un lado y principalmente a la conservación de la empresa.

Se trata de evitar la quiebra que en el régimen anterior era inexorable ante el fracaso del concursado de obtener las mayorías necesarias para tener por aprobado el acuerdo preventivo.

La idea de este instituto es que una empresa puede no tener destino en manos de sus titulares actuales, pero sí puede ser viable si es otro quien la dirige (46). Esta solución es absolutamente coherente con los

(45) Son "las clases olvidadas" como señalan CARRUTHERS - HALLIDAY, *ob. cit.*, ps. 303 y sigtes. entre las que se encuentran los consumidores que devienen acreedores, como sucedió en el procedimiento de insolvencia de Shield International, una empresa que recibía cheques de sus clientes y no entregaba las mercaderías; Shield denunció 4616 clientes que habían pagado entre 1 y 50 dólares con un promedio de 7 dólares; de ellos, sólo 87 se presentaron.

(46) El salvataje estaba previsto en los primeros papeles de trabajo del proyecto, que habían sido elaborados por un grupo de abogados colaboradores del licenciado Rojo, titular de la Secretaría de Desregulación Económica del Ministerio de Economía. Se argumentaba que la crisis de muchas empresas —particularmente pequeñas y medianas— se debía a la confluencia de varios factores: envejecimiento de los fundadores, ampliación del número de familias que vivían de la empresa, mínimo o nulo capital de trabajo con agotamiento de los recursos de la familia para hacer nuevos aportes y reducido acceso al crédito, carencia de management eficiente, atraso tecnológico. Sin embargo, algunas de esas empresas tienen elementos valiosos: larga permanencia en el mercado, productos o servicios acreditados, marcas reconocidas. Con lo cual la transferencia de la empresa a terceros que

criterios modernos en la materia concursal, que señalan que uno de los objetivos del régimen de la insolvencia ha de ser la transferencia de la empresa a quien esté en condiciones de sanearla.

De otro lado, el salvataje mejora sustancialmente la posición de los acreedores, y no sólo porque cualquiera de ellos individualmente o en conjunto pueden hacer una propuesta de acuerdo preventivo, sino porque cambia el telón de fondo de la negociación entre los acreedores y el deudor concursado.

Como se señala en el estudio más profundo que se ha hecho de esta institución a partir de su incorporación al derecho positivo argentino (47), durante la vigencia del régimen anterior, los acreedores se veían muchas veces ante una alternativa de hierro: aceptar una propuesta ruinosamente generalmente de incierto cumplimiento o provocar la quiebra; y como señala con expresividad Mosso los acreedores *huían de la quiebra como en la antigüedad de la lepra*.

Con la incorporación del mecanismo del art. 48, la negociación entre los acreedores y el concursado tiene un telón de fondo relativamente distinto, pues ante una oferta ruinosa o que se sabe de difícil o imposible cumplimiento, los acreedores pueden pensar en otra solución que no es la quiebra, sino la adquisición de las acciones o cuotas para ser la actividad de la sociedad concursada continuada por quien tenga las aptitudes para ello.

Desde este punto de vista, la capacidad de negociación de los acreedores mejora sensiblemente.

e) La limitación de los poderes juez en la homologación

Una de las reformas más significativas de la ley 24.522 con relación al régimen precedente —y que autoriza el achaque de *privatista* que le hace gran parte de la doctrina argentina— es la homologación del acuerdo casi automática que impone al tribunal.

tuviesen posibilidad de aportar capital propio, acceso al crédito, buen management y tecnología, podía hacer viables a esas empresas.

(47) MOSSO, Guillermo G., *El cramdown y otras novedades concursales*, Buenos Aires - Santa Fe, 1998.

La supresión de la facultad del juez de no homologar el acuerdo de conformidad a las pautas del art. 61 LC, algunas de las cuales ya estaban superadas a la época de la sanción de la ley 19.551, es un innegable reconocimiento de que los únicos jueces de la conveniencia del acuerdo preventivo son los acreedores; como señalamos en alguna oportunidad, los acreedores no necesitan que el juez actúe como curador de sus intereses (48).

Sobre este punto debemos señalar que el texto legal no empece a que el juez ejerza sus genéricas facultades para impedir el fraude o el abuso (49), por lo que puede negar la homologación cuando advierte que el acuerdo puede llegar a concretar un fraude, e incluso por la existencia de causales de impugnación no invocadas por los acreedores.

En la tercera parte de este trabajo volvemos sobre el tema y la conveniencia de mejorar el régimen vigente.

f) La exigencia de conformidad de los acreedores para la promoción de acciones integrativas del patrimonio y de responsabilidad

La doctrina ha tenido oportunidad de señalar que la ley 24.522 está orientada por la idea fuerza de conceder a los acreedores relevante injerencia en los trámites y decisiones en el concurso preventivo y en la quiebra; a ese efecto recurre a un puñado de mecanismos en los que, contrariamente al texto suplantado, el criterio de los acreedores es fundamental (50).

Claramente uno de estos mecanismos es la exigencia de la conformidad de los acreedores quirografarios para la promoción de acciones de integración del patrimonio del fallido y de responsabilidad, solución que había sido propiciada por el anteproyecto del Ministerio de Justicia y fue finalmente recogida en la ley 24.522.

(48) Nuestro voto en CNCom., sala D, 21/12/82, La Ley, 1983-B, 658, ED, 104-604.

(49) Ya lo sostuvimos así en *Instituciones de Derecho Concursal*, t. I, citado, N° 5 en p. 316.

(50) GEBHARDT, Marcelo en FARSI-GEBHARDT, *Concursos y quiebras*, p. 488, Buenos Aires, 1996.

No se nos escapa que este requisito de procedibilidad ha despertado gran polémica, pues mientras algunos autores consideran que es razonable —en tanto de lo que se trata es de derechos patrimoniales disponibles por los acreedores— otros entienden que constituye una manera de impedir que estas acciones se ejerzan.

El Proyecto del Ministerio de Justicia mantiene el recaudo con ciertos ajustes al mecanismo.

g) El estrechamiento de la continuación de la actividad de la empresa en quiebra

No hemos de recargar la atención del lector con los argumentos sobre el fracaso de estas soluciones en todas las latitudes, pues ya lo hemos dicho aunque sea escuetamente, y además ha sido largamente expuesto por la doctrina argentina y extranjera.

Sólo queremos puntualizar que en el régimen de la ley 19.551 no existía ningún recaudo vinculado a la viabilidad de la explotación a continuar; y que parecía ser que la única finalidad perseguida era la preservación de las relaciones de trabajo y la enajenación de la empresa en funcionamiento.

Con lo que los acreedores quirografarios se veían doblemente postergados: en el tiempo; y en la graduación, en cuanto aparecían pasivos generados por la explotación de la actividad de la fallida que eran tratados —y lo son también actualmente— como créditos contra el concurso (o créditos por gastos de conservación y justicia).

Por lo tanto la ley 24.522, sin ambages ha limitado notablemente la posibilidad de la continuación de la actividad del fallido. Para ello es necesario tener como presupuesto que se asegure que no se generarán nuevos pasivos; y como finalidad, que ello sirva para mejorar la situación de los acreedores en orden a la liquidación de los activos.

h) La reducción de los privilegios

Alguien decía que ser quirografario en un concurso o quiebra es casi sospechoso; de allí la exigencia de la prueba de la causa a quien quisiera ingresar al pasivo con un pagaré o cheque. Es que el sistema de privilegios de la ley 19.551, pretendidamente cerrado, presentaba intersticios

enormes, en tanto autorizaba la aplicación de privilegios especiales creados por otras leyes.

Por otra parte la incidencia de los créditos privilegiados se potencia en algunos casos con su extensión a los intereses (51). Esto lleva —junto con los gastos del proceso— a que los acreedores quirografarios rara vez tengan un dividendo a cobrar (52).

El régimen de la ley 24.522 —con la finalidad de ampliar la base quirografaria de la masa pasiva de la quiebra— es notoriamente más hermético, en tanto reduce el número de créditos con privilegio especial e impide el funcionamiento de privilegios especiales creados por otras leyes (53).

3. La situación del fallido

Así como la nueva ley sigue como orientación la restauración de los derechos de los acreedores, en materia de quiebra la situación del fallido ha sido sustancialmente mejorada con:

- la reducción del período del desapoderamiento
- la eliminación de la calificación de conducta
- la reducción del período de inhabilitación
- el estrechamiento de la interdicción de salida del país.

Se ha comentado en la doctrina que al menos en alguna medida nuestro sistema se aproxima así al anglosajón.

(51) Recordar que durante la vigencia de la ley 19.551, la jurisprudencia había dispuesto que los créditos laborales en los concursos preventivos seguían devengando intereses y se actualizaban hasta la fecha de su efectivo pago; y en la quiebra se actualizaban hasta el efectivo pago. La hipoteca y la prenda gozan además de ventajas en materia de intereses que están dispuestas por la ley, con la limitación del producido del asiento de la preferencia.

(52) BADINTER, *ob. cit.*, decía que en Francia en el 90% de los procedimientos los quirografarios no perciben ningún dividendo.

(53) De todos modos es obvio que siendo esta una regla legal, puede el día de mañana ser modificada o sustituida por otra ley que disponga lo contrario.

Entendemos que las soluciones que *desdramatizan* la quiebra son razonables en una economía de mercado. Si en el estado actual de las relaciones económicas el comerciante o empresario debe competir con los productos importados, con los que participan del mismo mercado dentro del país, no goza de subsidios ni de protecciones arancelarias, queda inmerso en un *gran espacio económico* como lo es el Mercosur, si recurre al crédito debe pagar tasas positivas, etc., la quiebra debe ser vista como una consecuencia posible de los negocios.

En otras palabras, en una economía de mercado se puede triunfar o no; y por otra parte, todos sabemos que la quiebra depura el mercado de actividades o productos que han pasado de moda, que son superados tecnológicamente, que devienen inservibles (54), etc.

En consecuencia no hay que ver en la quiebra una causa de la segregación definitiva del sujeto fallido de la actividad comercial, sino como lo hacen los estadounidenses, como un *new start point*.

Claro es: mientras la quiebra no sea consecuencia o no vaya acompañada del fraude.

Pero en este caso no es el derecho concursal el que debe dar la respuesta, sino el derecho penal, que necesariamente debe actualizar las figuras del Código de la materia que han quedado tan superadas como las diligencias o los barcos de vapor.

4. Corolario

Algunos autores parecen sorprenderse y aun cuestionar que la ley 24.522 persiga —entre otros fines— la tutela efectiva de los derechos de los acreedores (55).

A nosotros esto nos parece coherente con la totalidad del ordenamiento jurídico.

(54) El profesor Jaime Anaya suele ejemplificar con las líneas de barcos que hacían el trayecto Europa-América; o con las diligencias. Simplemente han desaparecido del mercado sustituidas por otros medios más eficaces, rápidos y económicos.

(55) v. IGLESIAS, José, *La filosofía de la ley de concursos y quiebras*, La Ley, 30/11/95; ESPARZA, Gustavo, *Autonomía de la voluntad y derecho concursal: Notas para su estudio*, ED. 22/10/98.

Y volvemos al principio de este trabajo: las obligaciones deben ser cumplidas; el derecho privado reconoce derechos al acreedor derechos, a los que mune de acciones para obtener ese cumplimiento en especie o por equivalente. Quien infringe el orden jurídico es el deudor que no cumple.

Estos principios son insustituibles.

Frente a ellos se alzan —como límites— el necesario respeto a la dignidad del deudor y la preservación de la entidad empresarial viable cuando es económica o socialmente útil.

El desafío para el legislador —y en los casos concretos para quien deba interpretar y aplicar la ley— es hallar un balance entre esos principios y sus límites.

Sin duda que no es fácil encontrar el punto de equilibrio justo.

Un exceso de protección del fallido puede llevar a la indiferencia por el cumplimiento o incumplimiento (56); una exacerbada protección de la empresa puede llevar a preterir los derechos de los acreedores, particularmente de los quirografarios que se ven postergados en el tiempo y afectados por la generación de nuevos pasivos, como ha sido reiteradamente denunciado; una demasía en los poderes de los acreedores puede conducir al desahucio de empresas que pudieran salvarse o a la falta de toda consideración de cualquier otro interés relevante.

La ley 24.522 ha ensayado encontrar un nuevo punto de equilibrio, rescatando facultades para los acreedores que habían ido desapareciendo o desvaneciéndose desde la ley 11.719 (Adla, 1920-1940,325) hasta nuestros días; o reconociendo algunas nuevas que eran reclamadas por parte de la doctrina o que se aplican en legislaciones de otros países.

De todos modos, es obvio que las soluciones de la ley vigente no han satisfecho a todos (sería imposible) y que algunos ajustes son conve-

(56) Crítica que se viene haciendo al sistema americano del discharge; y que ha motivado incluso algún proyecto de reforma de la ley de quiebras americana, en particular en cuanto a los bienes preservados del desapoderamiento (más adelante tratamos estas cuestiones) y que implícitamente se hace a la ley 24.522 cuando se alude a los fallidos por conveniencia: v. el interesante trabajo de WETZLER MALBRAN, Germán, *Una nueva categoría de sujetos en el ámbito del derecho concursal: los "fallidos por conveniencia"*, ED, 12/02/99.

nientes, pero no sólo en los aspectos procedimentales —a los que tanto vano esfuerzo dedica parte de nuestra doctrina— sino en cuestiones realmente de fondo que cambien algunas orientaciones de nuestro derecho concursal. A ello dedicamos la tercera parte de nuestro informe.

III. La prospectiva

El derecho concursal es en gran medida el derecho de la *insatisfacción* permanente.

Es que ante la realidad de la insolvencia, la ley es insuficiente para resolverla. A lo sumo puede otorgar remedios para tratar de paliar esos efectos. Por ello, permanentemente la legislación concursal busca nuevos caminos y nuevas vías y sus resultados son muchas veces ineficientes.

Cabe aclarar que esto no es patrimonio exclusivo de Argentina; en USA los banqueros miran con envidia la legislación británica que da a los grandes acreedores suficientes poderes como para resolver rápidamente las crisis empresarias con una mínima intervención de los tribunales, no mantiene a los directivos y propietarios al frente de la empresa, y hace responsables personalmente a los directores si ellos dudaron en proteger adecuadamente los activos de los acreedores y donde la "quiebra estratégica" es imposible. Lo cual no impide que a su vez los británicos miren a través del Atlántico buscando inspiración particularmente en lo que hace a la reorganización de empresas, aunque no aceptando las vías que se usan para ese fin (57). Inclusive los autores americanos discrepan acerca de la eficacia de Capítulo 11 pues algunos lo califican de costoso e ineficiente, mientras otros lo defienden. En Francia, en Alemania, en Austria, la doctrina denuncia la insuficiencia crónica de los dividendos que reciben los quirografarios en las quiebras. En todos los países existe una coincidencia casi generalizada en la insatisfacción respecto del funcionamiento de las instituciones tendientes a superar las crisis empresarias.

De allí que exista hoy una notoria inquietud por hacer más eficientes los sistemas concursales. A ello se dirige justamente el estudio que ha preparado el FMI con la colaboración de importantes juristas que han examinado el régimen de la quiebra en una enorme cantidad de países;

(57) CARRUTHERS-HALLIDAY, *ob. cit.*, p. 4.

y también los esfuerzos de INSOL (International Federation of Insolvency Professionals), sea a través de directivas para los acreedores, como también en investigaciones tendientes a comparar soluciones en aspectos concretos (58).

Ahora bien; para hablar de cómo hacer un sistema más eficiente es necesario identificar los problemas que subsisten, tanto en las soluciones preventivas y en la quiebra. De allí podremos tratar de encontrar algunas propuestas.

A ello dedicamos esta parte del informe, por supuesto con relación al derecho argentino vigente.

Desde nuestro punto de vista, algunos de esos problemas son:

—la existencia de un único procedimiento preventivo y de quiebra para todos los deudores, cualesquiera fueren sus condiciones y circunstancias (persona física o jurídica, gran empresa, pequeña actividad rural, asalariado, ama de casa);

—las atribuciones de los acreedores munidos de garantías reales que pueden frustrar el concurso preventivo (antes o después de obtenido el acuerdo);

—el abuso del concurso preventivo por la presentación de empresas absolutamente inviables;

—el abuso de la amplitud de soluciones preventivas susceptibles de ser propuestas a los acreedores;

—la inexistencia de acuerdos preventivos extrajudiciales homologados judicialmente;

—la existencia de propuestas uniformes para los créditos fiscales impuestas por vía reglamentaria;

—el costo del concurso preventivo;

—la demora en la liquidación de los activos en la quiebra;

(58) De reciente publicación: *Directors in the twilight zone*, London, 2001.

- el funcionamiento de la sindicatura;
- la insuficiencia del régimen de responsabilidad de administradores;
- la ineficacia del sistema represivo de los delitos de quiebra.

1. *Un único procedimiento preventivo y de quiebra y su aplicación a todos los deudores*

A) Descripción del problema

Desde 1972, en aras de la unificación del régimen concursal, nuestra legislación inició la tendencia a ofrecer la misma solución preventiva o liquidativa para personas físicas y personas jurídicas, comerciantes y no comerciantes. Así ha quedado consagrado en la ley vigente.

El pequeño concurso es nada más que una mínima (e insuficiente) simplificación del trámite, que no modifica en absoluto la esencia del concordato de mayorías y de la quiebra.

Lo cierto es que otros países han elaborado soluciones preventivas distintas, ponderando especialmente la situación de las personas físicas, que es sustancialmente distinta a la de las empresas. Y en ciertos casos han creado sistemas para algunas "empresas" singulares, como pueden ser las grandes empresas, las entidades estatales o las empresas familiares que desarrollan actividades agropecuarias.

En fin, parecería que ciertas legislaciones han adoptado criterios diferenciadores según la distinta naturaleza de los sujetos concernidos por el fenómeno de la insolvencia.

Entre ellas, al solo objeto de ejemplificar pueden mencionarse las soluciones más conocidas:

- la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis (Italia);
- la imposición de soluciones para las personas físicas sobreendudadas (Francia);
- el procedimiento de *règlement amiable* para los agricultores, existente en Francia

—los procedimientos para municipios y familias de agricultores con ingresos regulares que existen en los EE.UU. (Capítulos 9 y 12) (59).

B) Descripción sucinta de algunas de estas soluciones

a) El problema de la insolvencia de las personas físicas

Un capítulo del moderno derecho del consumo, es el tratamiento a dar a la insolvencia de las personas físicas no comerciantes, o “no profesionales” como se las identifica en algunos países, o directamente como deudas de los consumidores (*consumers debts*) como las denomina en términos muy generales y comprensivos el informe de INSOL titulado “Consumer debt report. Report of findings and recommendations” (60).

Este es un problema hoy muy serio, lo que se evidencia en la enorme cantidad de quiebras que se decretan anualmente de personas físicas. De modo que algunos países han reaccionado creando legislaciones “ad hoc”.

Veremos las soluciones francesa y americana y las recomendaciones de INSOL.

(i) El régimen francés del sobreendeudamiento de particulares.

Se trata de un complejo sistema administrativo y judicial por el que se pretende aliviar la situación de personas físicas que han asumido deudas “no profesionales”. Se argumenta como fundamento de esta norma el endeudamiento en que caen las personas físicas, en un primer momento como consecuencia de una brusca baja de la tasa de inflación que hizo que las tasas de interés estipuladas con los acreedores —particularmente los bancos— fueran excesivas; y luego por desconocimiento o incompreensión de las obligaciones asumidas.

En una primera oportunidad interviene un organismo administrativo (la comisión) que trata de conciliar a deudor y acreedores, en orden a la concreción de un plan convencional de reestructuración del pasivo,

(59) El Capítulo 12 era un régimen transitorio, destinado a expirar en octubre de 1998.

(60) Editado por Insol International, London, 2001.

que debe ser suscrito por el deudor y sus "principales acreedores". Este acuerdo es obligatorio para todos los acreedores, aún los disidentes, y puede contener diversas medidas, como la reprogramación de los vencimientos de las obligaciones, la reducción de tasas de interés, la consolidación, creación o sustitución de una garantía.

Si el procedimiento no arriba a un acuerdo, la Comisión puede sugerir medidas que son puestas en ejecución por un juez. El juez puede imponer cuatro tipos de medidas, autorizadas por el art. 331-7 del *Code de la consommation*:

(i) el diferimiento o reescalonamiento de las obligaciones del deudor (61), hasta un plazo de cinco años, con ciertas salvedades particulares;

(ii) la reimputación de pagos por intereses al capital, muy raramente utilizada (62);

(iii) la reducción de la tasa de interés, que puede llegar a ser inferior a la tasa legal (según la expresión que usa la ley, en un punto que dio lugar a feroces debates); la jurisprudencia ha debido pronunciarse en infinidad de oportunidades sobre hasta dónde puede llegar esta reducción;

(iv) la reducción del saldo a pagar por los préstamos inmobiliarios después de la venta del inmueble del deudor.

Por lo demás surge del conjunto de las disposiciones que las ejecuciones contra el deudor son suspendidas (en una primera etapa provisoriamente y una vez acordada obligatoriedad a las medidas anteriores por el juez, definitivamente respecto de los acreedores alcanzados por el plan).

Esta enumeración es taxativa según ha declarado la Corte de Casación, pues las medidas previstas en ella constituyen una derogación

(61) La Casación ha dicho que puede aplicar ambas al mismo tiempo: v. KHAYAT, Danielle, *Le droit du surendettement des particuliers*, p. 125, París, 1997.

(62) Se dice que los soft de los bancos no están habilitados para hacer esta operación, y un comentarista ha señalado que es razonable el poco entusiasmo de los bancos para dotar a sus equipos del soft para hacer esta operación: KHAYAT, ob. y lug. cit.

significativa del derecho común, y son oponibles a todos los acreedores denunciados por el deudor y avisados por la Comisión de la existencia del procedimiento.

Cabe señalar que esta legislación, que instituye un verdadero procedimiento colectivo de reestructuración de deudas (63), fue creada a fines de 1989 para dar solución a una crisis coyuntural; pero se ha transformado en una legislación permanente, que se ha incorporado al *Code de la consommation*.

(iii) El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas en EE.UU. El *discharge*.

En EE.UU. la liquidación (art. 7°), que es el procedimiento más frecuente, consiste en el desapoderamiento del deudor insolvente de los bienes no excluidos del mismo, su venta y pago a los acreedores a prorrata de sus créditos. Hasta aquí se advierte que esto no difiere de la quiebra tradicional. El desapoderamiento se extiende a los bienes que el deudor tiene a la fecha de presentación del pedido de quiebra. Ahora bien, el deudor espera un *discharge* que libera al deudor de cualquier responsabilidad por las deudas anteriores a la quiebra.

Sin embargo, no todas las liquidaciones del art. 7° terminan en un *discharge*; la sección 727 a) contempla los casos en que el *discharge* no procede; y la sección 523 contempla los casos de créditos eximidos del mismo.

De todos modos el sistema del *discharge* es considerado actualmente por algunos demasiado benevolente; y ello se advierte —sostienen— en el crecido número de liquidaciones del Capítulo 7 que existen respecto de personas físicas (64). De allí que el Senado haya votado en marzo del 2001 la reforma más importante de la ley de quiebras desde 1990, de modo de hacer más difícil la liberación de las deudas conforme

(63) KHAYAT, *ob. cit.*, p. 154.

(64) Más de 1.200.000 personas presentaron su pedido de quiebra en el año 2000, lo que representa un incremento de 70 % con relación a 1990; de ellas el 70 % recurrió al Capítulo 7 de la ley y el resto al Capítulo 13. La previsión para el 2001 es que el número de quiebras se incremente como consecuencia de la recesión de la economía americana. Dato tomado de The Washington Post, edición en Internet del 15/301.

al procedimiento del Capítulo 7 e instar a la utilización del Capítulo 13 que requiere el pago de una porción de las deudas en el término de cinco años. Esta reforma ha sido propiciada —a través de un importante lobby— por las emisoras de tarjetas de crédito, y cuestionada por las asociaciones de consumidores.

En el marco de esa reforma se encuentra también el debate sobre la protección de la vivienda, en lo cual se entremezcla el derecho federal de quiebras con las leyes locales (estatales) sobre *homestead*, que por ejemplo en Kansas, Florida y Texas permiten al quebrado conservar su casa cualquiera sea su valor, lo que ha llevado a que gente muy conocida (como actores de cine) conserven viviendas millonarias. La enmienda votada por el senado reduce a U\$S125.000 el valor de la casa a conservar; el proyecto del Poder Ejecutivo era más complejo, pues permitía conservar la casa de hasta U\$S250.000 si había sido comprada más de dos años antes de la quiebra (65).

De otro lado, el Capítulo 13 de la ley americana contempla la reorganización (procedimiento preventivo) aplicable a deudores individuales con ingresos anuales regulares que tenga deudas quirografarias por menos de U\$S250.000 y deudas garantizadas (*secured debts*) por menos de U\$S 750.000. Se trata de un procedimiento que sólo puede ser promovido por el deudor, en el que se designa un trustee, y que termina con la propuesta por el deudor también de manera exclusiva, en el que debe contemplar distintos aspectos impuestos por la ley (pago total a los *priority creditors* en efectivo, salvo acuerdo del acreedor; tratamiento igualitario de los créditos quirografarios, posibilidad de clasificación de éstos, no alteración de los derechos de quien tiene una garantía sobre la casa del deudor, porción de los ingresos que han de ser sometidos al pago de las deudas) y en el que el período de pago no ha de exceder de tres años, pudiendo ser extendido a cinco por la Corte fundadamente. Este plan no es votado por los acreedores, sino que es aceptado por la Corte. Esta debe ceñirse a los criterios establecidos en la sección 1325, que entre otras pautas señala que el plan ha de haber sido propuesto en buena fe (*in good faith*) y que los pagos que en él se comprometan a cada uno de los acreedores quirografarios sean mayores o iguales de lo que resultaría de aplicarse el sistema de liquidación del Capítulo 7.

(65) Fuente: ídem nota anterior.

El sistema del Capítulo 13 también contiene un *discharge* el que tiene lugar por regla general después de completados los pagos de conformidad con el plan aprobado por la Corte. De todos modos también puede mediar *discharge* sin haberse completado los pagos, por decisión de la Corte, si mediaron circunstancias excusables, los pagos fueron al menos tan importantes como lo hubieran sido en la liquidación, una modificación del plan es impracticable y hubo noticia y audiencia (sección 1328).

Además, la ley de EE.UU. reformada en 1994 contempla las pequeñas quiebras (*small bussines cases*) (66) y los casos de un único inmueble como activo (*single asset real estate cases*) (67):

Finalmente, el deudor individual puede también recurrir al procedimiento del Capítulo 11 (68).

(iii) Recomendaciones de Insol.

INSOL presentó un informe sobre "*consumer debts*" al que hicimos referencia.

Cabe puntualizar que el informe se hace cargo de que las obligaciones de las personas físicas pueden reconocer distintas causas: exceso del crédito es una de ellas, pero también pueden estar comprendidos casos de ejercicio individual de actividades comerciales (*small bussines*) y a ellas se refiere también el informe, el que entonces alude en general a las personas naturales, hombre y mujer, cuyas deudas por las cuales son personalmente responsables, cualquiera fuera su causa (privada o comercial) exceden su capacidad de repago en un período razonable (69).

Este informe, amén de destacar que las consecuencias sociopsicológicas que produce la insolvencia de las personas naturales fueron largo tiempo subestimadas, propone algunos principios básicos y algunas

(66) Supuestos de insolvencia por deudas inferiores a U\$2.000.000 contraídas en el ejercicio de los negocios (section 101).

(67) Se incluyeron previsiones en las secciones 101 y 362 d).

(68) EPSTEIN, David G., *Bankruptcy and other debtor-creditor laws*, p. 136, St. Paul, 1995.

(69) Informe citado, p. 3.

medidas a adoptarse por la legislación, los gobiernos, los dadores de crédito y las asociaciones de consumidores.

Entre los principios generales que constituyen las ideas rectoras de las medidas propuestas, se señala la provisión de alguna forma de “*discharge*”, rehabilitación o “*fresh start*” para el deudor; privilegiar las soluciones extrajudiciales; y prevenir la insolvencia para reducir la necesidad de intervención sobre ella.

Y concretamente al aludir a medidas a adoptar en estos casos, enuncia —entre otras— proveer procedimientos alternativos dependiendo de las circunstancias del consumidor deudor; y ofrecer al consumidor deudor la oportunidad del *discharge* o rehabilitación.

b) El tratamiento de la insolvencia de las empresas rurales en Francia y en Estados Unidos.

En Francia existe un procedimiento de *règlement amiable* destinado a prevenir y arreglar las dificultades financieras de las explotaciones agrícolas desde que son previsibles o desde su aparición, por la conclusión de un *accord amiable* entre el deudor y sus principales acreedores; se aplica a toda persona física o moral de derecho privado que ejerza una actividad agrícola. Fue establecido por ley 93-934 del 22 de julio de 1993, e integra el Título V del *Code Rural* bajo la denominación “*Exploitations agricoles en difficulté*”.

En Estados Unidos, como hemos visto, rigió con carácter transitorio un sistema para las familias de granjeros con ingresos regulares (*family farmer with regular incomes*).

Es interesante la experiencia que se puede sacar de estos regímenes, en tanto se aplican a crisis de sectores que merecen especial protección y que pueden no ser permanentes.

C) Soluciones del derecho argentino.

Más allá de lo dicho en términos generales en A), lo cierto es que en Argentina existen tres sistemas de insolvencia diferenciados: (i) el de las entidades financieras, sometido a las reglas de la ley 21.526 con las modificaciones que le han sido sucesivamente introducidas, que han llevado a un régimen en el que básicamente se aplica la ley de concursos,

pero donde existe un régimen excepcional de exclusión de activos que no puede ser sometido a acciones de inoponibilidad concursales (v. art. 35 bis); (ii) el de las entidades deportivas, sujetas al derecho concursal común o al régimen de fideicomiso de entidades de esta naturaleza; régimen verdaderamente incomprensible y groseramente inconstitucional; (iii) el de ciertos sujetos que no pueden ser sometidos a concurso preventivo o quiebra y por ello están bajo regímenes de liquidación administrativa, como las compañías de seguros, y las administradoras de fondos de pensión.

En cambio, en Argentina no hay ningún tratamiento especial de la insolvencia de la persona física, por lo que tanto el asalariado, el ama de casa cuanto el comerciante individual o el titular de una gran sociedad que se ha obligado junto con ella están sujetos al mismo trámite de concurso preventivo o quiebra. Y, como dijimos, el pequeño concurso no tiene diferencias significativas con el concurso ordinario.

Esta modalidad del derecho argentino, iniciada por la ley 19.551, profundizada en la ley 22.917 (Adla, XLIII-D, 3771) y en la ley 24.522, no está dando resultados satisfactorios. Los procedimientos de insolvencia de las personas físicas, cada vez más frecuentes, son largos, costosos e infructuosos en cuanto a resultados. Las crisis sectoriales —como puede serlo la del campo— no tienen soluciones particulares que podrían ser más eficaces que las generales. De todos modos sí debe señalarse que la ley argentina ofrece un sistema de rehabilitación relativamente rápido y que excluye del desapoderamiento los bienes que el fallido adquiera después de esa rehabilitación (art. 107, LC).

De todos modos creemos firmemente que debería instrumentarse un procedimiento más simple y rigurosamente abreviado para el tratamiento de la insolvencia de las personas físicas, inclusive con ciertas medidas que pudieran ser dispuestas por el juez al margen de la aprobación de los acreedores. Y no prescindir de soluciones concursales “ad hoc” cuando las crisis de ciertos sectores de la economía lo requieran. En definitiva, el legislador debe tener capacidad de diferenciación, de modo de ajustar la ley a las necesidades del momento.

2. Las garantías reales

A) El tratamiento de las garantías reales en las soluciones preventivas y en la quiebra

a) El sentido de las garantías reales

La hipoteca altera el régimen jurídico del crédito garantizado, hasta el punto de sustraerlo al régimen propio de los créditos comunes. Ciertamente es que el crédito determina como elemento principal, la suerte jurídica de la hipoteca, elemento accesorio; pero no es menos cierto que la hipoteca introduce modificaciones en el régimen propio del crédito al dotarle de ciertas cualidades que el crédito, por su propia naturaleza, no tiene, y que permiten al acreedor actuar en el campo de los derechos reales lo cual no está al alcance de ningún titular de un crédito común, sea o no privilegiado (70).

La autonomía del crédito hipotecario consiste en que puesto que a la satisfacción del crédito están sujetos bienes determinados, el crédito deja de depender del comportamiento personal del deudor así como de las contingencias y cambios que se puedan producir en su situación patrimonial. *Consiguientemente el crédito no padece el riesgo de las situaciones de insolvencia.*

Es entonces coherente que la independencia del crédito hipotecario se manifiesta con un perfil muy definido ante las situaciones de insolvencia del deudor. Y ello se puede apreciar en dos momentos diferentes: (i) durante la fase de ejecución, cuando iniciada se produce el concurso o la quiebra; (ii) cuando antes de iniciarse la ejecución, se produce el concurso o la quiebra.

Estos conceptos liminares son los que han dado lugar a un tratamiento sumamente ventajoso para los créditos con garantías reales en situaciones de insolvencia. Pero, en el derecho contemporáneo se ha visto que ese tratamiento puede conducir en alguna medida a la frustración de los procedimientos preventivos, y por ello se vienen produciendo algunos retaceos a ese cúmulo de "ventajas".

Comenzaremos entonces exponiendo los criterios tradicionales, para luego compararlos con otros que vienen perfilándose nítidamente en el derecho de algunos países, para tratar de identificar alguna solución posible para nuestro país.

b) Los criterios tradicionales de tratamiento de las garantías en la situación de insolvencia.

(70) LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Los créditos hipotecarios*, p. 15, Madrid, 1977.

Puede establecerse que todas las legislaciones dan un tratamiento particular a las garantías reales en los procesos en que se ventila la insolvencia generalizada del deudor.

Ese tratamiento particular muestra algunas soluciones comunes a muchos ordenamientos, entre las cuales las más generalizadas son:

- exclusión del fuero de atracción
- exclusión de la suspensión de intereses
- ejecución separada del concurso general
- reconocimiento de la prioridad

Así sucede en los países del Mercosur: Brasil (ley de 1945, reformada en 1984), Paraguay, y Uruguay (71).

En algunos casos también se exige a su titular de ocurrir al proceso de reconocimiento de créditos (72), y en Uruguay los acreedores hipotecarios y prendarios no pueden votar el concordato salvo que renuncien a no menos de la mitad (art. 1556 del Cód. de Comercio).

Por otra parte, los acreedores unidos de garantías reales están excluidos de los efectos del concordato votado por los acreedores quirografarios.

En fin, aún en legislaciones muy recientes, y que aparentemente privilegian la continuación de la empresa, la situación de los créditos con garantías reales es de virtual exclusión de los principales efectos de los procedimientos de insolvencia (73).

(71) Las legislaciones concursales de los otros tres países del Mercosur está muy atrasada. En Brasil rige la ley de 1945, con algunas modificaciones de 1984, y su preocupación esencial es la satisfacción de los acreedores; en Uruguay rige el Código de Comercio, una ley de acuerdos privados y la ley que organiza la liquidación de sociedades anónimas, todos viejos instrumentos legales; en Paraguay rige la ley de 1989, que no tiene avances significativos respecto del alcance del derecho concursal. En este sentido: COLOMBO ARNOLDI, Paulo Roberto, *Armonización y unificación de las legislaciones concursales en el ámbito del Mercosur*, en "Sociedades y concursos en el Mercosur", ps. 355 y sigtes., Buenos Aires, 1996.

(72) En España, por ejemplo; v. LALAGUNA DOMINGUEZ, *ob. cit.*, ps. 21 y sigtes.

(73) Por ejemplo en Colombia en el concordato obligatorio —creado por la legislación de 1989— para ciertas sociedades de magnitud o con participación estatal conserva la graduación de los créditos hipotecarios como privilegiados y no afecta sus derechos, si bien les impone participar de la verificación. Y es la solución de otros países latinoamericanos;

Un extremo de la aplicación de este sistema era el derecho quebecois. En 1982 el *Batonnier del Barreau des Avocats de Quebec* denunciaba la cuasi inexistencia del concordato en esa provincia. Y ello era por varias razones concurrentes: una, que se requería casi la unanimidad para aprobar un concordato, lo que lo había "ab initio" casi inviable. La otra que los acreedores garantizados tienen en sus manos la suerte de la empresa, por lo que son ellos los que deciden, pues pueden realizar sus garantías sin intervención del tribunal, sin síndico, sin inspector, sin rendición de cuentas, etc. Decía entonces, no es la ley de quiebras sino la ley de la jungla la que se aplica (74). Cabe aclarar que el régimen actualmente vigente en Canadá autoriza la suspensión de todas las ejecuciones de disposiciones contractuales de garantía en los distintos procesos universales que se regulan (art. 69.1. y sigtes., reformados en 1992).

B) Soluciones que restringen las prerrogativas de los créditos con garantías reales: el derecho de ejecución separada

Como decíamos, la revisión de distintos sistemas de tratamiento de la insolvencia, revela que muchos ordenamientos están restringiendo —más o menos severamente— las prerrogativas de los créditos munidos de garantías reales.

Por ejemplo, la ley 222 de Colombia (1995) establece que a partir de la apertura del procedimiento concordatario no se admiten ejecuciones

aun Colombia en el concordato obligatorio—creado por la legislación de 1989— para ciertas sociedades de magnitud o con participación estatal conserva la graduación de los créditos hipotecarios como privilegiados y no afecta sus derechos, si bien les impone participar de la verificación. La legislación de 1989 fue sustituida por la de 1995, que admite el concordato promovido por el deudor, por acreedores y aun de oficio (v. LEAL PEREZ, Hildebrando, *Los procesos concursales y los acuerdos de reestructuración empresarial*, 4ª. ed., Bogotá, 2001, p. 119), pero la regla respecto de los créditos privilegiados no varió. En el procedimiento denominado "acuerdos de reestructuración empresarial" creado por la ley 550 de 1999, que consiste en un procedimiento administrativo que se aplica sólo a empresas y que puede ser promovido por deudor, acreedores y diversos organismos del Estado de manera oficiosa, se suspenden las ejecuciones y los acreedores munidos de garantías están sometidos a sus efectos, si bien la aprobación del plan se hace por votación de los acreedores (v. LEAL PEREZ, *ob. cit.*, ps. 255 y sigtes.). Sin embargo después veremos que los créditos con garantías reales (hipoteca y prenda) tienen ciertas limitaciones en el derecho brasileño, algunas significativas.

(74) VENIZA, Paul, *Les procédures de faillite en droit canadien*, en *La survie des entreprises privées en difficulté*, p. 297, Montreal, 1982.

individuales o de restitución del inmueble donde se ejecuten actividades de la empresa.

En la ley alemana reformada en 1994 (75) en principio se reconoce el derecho a la ejecución separada a los titulares de garantías reales, a aquellos a los que ha sido transmitido un derecho en garantía de una declaración y a los que ejercen el derecho de retención por gastos útiles (arts. 50 y sigtes); sin embargo existen algunas reglas peculiares, que parten de la distinción de que el bien sobre el cual recae una garantía real esté o no en poder de la masa. Si se trata de un inmueble que está en poder de la masa el administrador (76) puede vender la cosa o ponerla en administración forzosa, caso en el cual el acreedor será satisfecho con el resultado de esa administración. Misma regla se aplica para las cosas muebles. Si la cosa no está en poder de la masa se puede ejecutar separadamente (77).

C) La modificación de los derechos de los acreedores titulares de *secured claims* en el Capítulo 11 de la ley americana

Cabe comenzar puntualizando que la expresión *secured claims* tiene un contenido que no reconoce equivalente en nuestro derecho. Es que comprende los casos en que un acreedor tiene un *lien* (78) o un derecho de compensación (*setoff*) contra el patrimonio comprendido en el concurso (*estate*).

(75) Cabe señalar que la ley alemana no sigue el camino de las leyes francesa, portuguesa o del derecho italiano, pues no ha puesto en el centro del sistema a la recuperación de la empresa, sino que mantiene como núcleo la satisfacción de los acreedores, aunque trata de coordinarlo con la continuación de la empresa. Así su art. 1° establece "el procedimiento de insolvencia tiene por finalidad satisfacer colectivamente a los acreedores mediante la realización de su patrimonio y la distribución del producto resultante, o mediante un plan de insolvencia en el que se contenga una reglamentación diferente, especialmente dirigida a la conservación de la empresa. A los deudores honestos les será concedida la oportunidad de exonerarse de las obligaciones residuales".

(76) Es el administrador de la insolvencia que se designa necesariamente.

(77) Los acreedores con derecho de ejecución separada pueden o no ser incluidos en el plan. La aprobación del plan se hace por grupos o categorías de acreedores, requiere la conformidad de todas las categorías —como en la ley argentina— y se exige el consentimiento de la mayoría de acreedores que representen más de la mitad de los montos involucrados.

(78) La expresión "lien" se refiere a una carga sobre la propiedad del deudor que puede resultar del acuerdo de las partes, del common law, del state law o de procedimientos judiciales: Epstein, ps. 3/4.

Por otra parte no se refiere a *secured creditors* sino a *secured claims*.

Otra idea básica para entender este sistema está en que puede afirmarse que en él un acreedor es un "*lien creditor*" o "*secured creditor*" sólo en la extensión del valor de la garantía (79), criterio que encuentra sustento legal en la sección 506 a) del *Bankruptcy Code*; lo cual da lugar a no pocos problemas como lo demuestra la bibliografía sobre el tema (80).

Ahora bien; el tema central es cómo afecta el procedimiento del Capítulo 11 (y también el del Capítulo 13) a los *secured claims*.

Estos efectos son muy importantes, comenzando por señalar que la apertura de estos procedimientos produce lo que se denomina el *automatic stay* o sea una suspensión general de actos de ejecución contra el deudor (sección 362 del *Bankruptcy Code*), que se aplica también a los *secured claims*, y que se prolonga hasta el momento en que el caso es cerrado, rechazado o si se trata de un procedimiento del Capítulo 11 ó 13, hasta que el *discharge* es concedido o denegado, sin perjuicio de que la Corte puede exceptuar ese *stay* (por ejemplo, cuando la propiedad no es necesaria para la reorganización: sección 362, d,2,B) y hay reglas especiales para el caso garantía sobre un único inmueble de propiedad del deudor (art. 362, d,3). El casuismo que caracteriza también a la legislación americana, hace difícil sistematizar la norma, pero lo cierto es que por regla general el *stay* está destinado a prolongarse durante el procedimiento del Capítulo 11 de modo de asegurar la eficacia del procedimiento.

En otro plano no menos importante, se prevén significativos efectos respecto de los derechos de los *secured claims*, los cuales pueden ser modificados por el plan de reorganización (sección 1123 b 5, que describe los contenidos que debe tener el plan; también en el capítulo 13, sección 1322 b 2).

El acuerdo puede ser aprobado con la conformidad de por lo menos una de las clases; con ese requisito y que el plan sea justo y equitativo

(79) EPSTEIN, ob. cit., p. 3.

(80) V. BEBCHUK, Lucian Arye; FRIED, Jesse M., *A new approach to valuing secured claims in bankruptcy*, Harvard Law Review 2001-2388; este artículo comienza señalando que uno de los más dificultosos problemas en las quiebras es la valuación de los activos individuales que sirven de garantía de los créditos.

(conforme a criterios expuestos en la ley) y no contenga discriminaciones injustas, el juez puede imponer el acuerdo a los acreedores.

Un acreedor con *secured claims* puede ser obligado a aceptar el plan (*cramdown*) si ese plan es equitativo, y para ello se requiere, alternativamente:

—que el plan mantenga a los acreedores en su garantía, pero puede ser obligado a soportar la enajenación del bien sobre el que recae su garantía, la que puede ser sustituida por un pago diferido cuyo valor presente sea igual al valor del bien asiento de la garantía; por encima de ese valor el crédito *se convierte en quirografario*; (81).

—en la sección 1111 se establece que el pago al acreedor garantizado deberá ser proporcionado al valor, en tanto y en cuanto el acreedor no opte por exigir al deudor asegurar un pago total de su crédito, en forma que se limite al valor del bien.

—otra alternativa es que el plan prevea la venta del bien, en cuyo caso la garantía se traslada al precio (el acreedor puede compensar).

—o que el acreedor se vea satisfecho mediante la entrega del bien sobre el que recae la garantía.

Se advierte entonces que los derechos de los titulares de *secured claims* están limitados por:

—la clara idea de que el valor del bien sobre el cual recae la garantía es el límite del *secured claim*; por el monto del crédito no cubierto por la garantía, se está en presencia de un *unsecured claim*;

—la extensión de la suspensión de ejecuciones está vinculada con la aprobación del plan de reorganización;

—los titulares de *secured claims* pueden estar comprendidos por el plan;

(81) Un autor brasileño indica que la misma solución se aplica en el derecho de ese país; según Silva Pacheco, en caso de quiebra el síndico podrá redimir el gravamen pagando el monto de la valuación, el acreedor no podrá impedirlo y el saldo impago del crédito será considerado quirografario. Pero a su vez el acreedor podrá pedir la adjudicación del inmueble por la valuación si ella es inferior a la deuda y da por extinguido su crédito: SILVA PACHECO, *Proceso de falencia e concordata*, 4^a. ed., p. 673, Río de Janeiro, 1986.

—el plan puede prever la modificación de sus derechos; pero para ser equitativo debe respetar siempre el valor presente de la garantía;

—el plan está sometido a aprobación por las mayorías ordinarias;

—el plan puede ser impuesto por la corte, aún a los titulares de *secured claims*.

D) La imposición del plan de reestructuración (ley francesa de reestructuración de empresas)

El derecho francés es uno de los que más cambios presentó durante el siglo XX. Ya hemos apuntado algunas ideas sobre las leyes de 1955, y destacado como la fue a partir de 1967 que aparecen una serie de recursos que agigantan el poder del juez y reducen sensiblemente los derechos de los acreedores. Así aparecen la ley del 13 de julio de 1967 que regula el *réglement judiciaire* y la *liquidation des biens*, ambos con el recaudo de la cesación de pagos; el primero terminaba en un acuerdo votado por los acreedores y homologado por el juez. En él es donde se advierte por vez primera que los derechos de los acreedores fueron “puestos en causa” y largamente disminuidos, en beneficio de un verdadero dirigismo judicial, que de todos modos —ya lo aputamos— en la realidad no era tan fuerte pues la suerte de la empresa se decidía en las negociaciones privadas (82).

Luego aparece la ordenanza del 23 de septiembre de 1967, de suspensión de ejecuciones, que constituye una verdadera revolución, pues sustituye la idea de cesación de pagos por la de “situación difícil”, no es para todos los deudores sino sólo para aquellos cuya desaparición podría causar perjuicio a la economía nacional o regional, y de lo que se trata es de aprobar un plan por el juez, sin la votación de los acreedores.

Esta evolución tiene su punto culminante con la ley del 25 de enero de 1985 a la que ya hemos aludido y que pone los derechos de los acreedores en el último rango de las finalidades del procedimiento de reestructuración y liquidación judicial y en la cual el pago de los acreedores no es un objetivo primario; por el contrario el objetivo es la continuación de la empresa asegurada por el sacrificio de los acreedores, como lo ha denunciado la doctrina francesa. Sin embargo la ley francesa de

(82) JEANTIN, *ob. cit.*, p. 336.

1985 da a los acreedores una atribución singular, cual es que puede denunciar la cesación de pagos y solicitar la puesta en funcionamiento del mecanismo de reestructuración.

El sistema de esta ley es que después de un período de observación el tribunal tiene la opción entre declarar la liquidación judicial si ni ninguna medida de salvataje es razonablemente aplicable; o la aprobación de un plan de reorganización lo que puede comprender la cesión de la empresa. La decisión la adopta el tribunal después de haber escuchado al administrador o al juez comisario (este último en el procedimiento simplificado para pequeñas empresas), al deudor y a los acreedores. En ese plan —que es obligatorio para todos los acreedores— el juez puede imponer plazos a todos los acreedores y autorizar quitas (estipuladas convencionalmente por los acreedores durante el período de observación de los créditos) pudiendo los acreedores optar por un pago inmediato con una quita.

Los plazos impuestos por el tribunal pueden ser más extensos que los previstos para el plan y se aplican igualmente a todos los acreedores, incluso los titulares de privilegios especiales, lo cual da por resultado el paralizar el ejercicio de las garantías mientras dure el plan de continuación de la empresa. La única excepción al tratamiento igualitario de los acreedores está dada por la situación de venta de un bien sobre el cual reposa un privilegio especial, prenda o hipoteca, hipótesis en la cual se debe pagar al acreedor (83).

Por lo demás, todos los créditos suspenden el curso de todos los intereses (sean quirografarios o privilegiados) (84).

También se elimina la regla de vencimiento de plazos, y son nulas las cláusulas convencionales que lo dispongan.

Y todas las acciones judiciales son suspendidas, incluso las causadas en créditos que gozan de privilegios especiales o garantías reales (pero se mantiene la regla de oponibilidad de la reserva de propiedad).

(83) Si bien volvemos más adelante sobre los resultados de los procedimientos de prevención y la quiebra, señalamos aquí que con la ley de 1987, el porcentaje de pago a los acreedores privilegiados era del 60 %, a los bancos (en ambas categorías) 40 % y a los quirografarios del 5 % (JEANTIN, *ob. cit.*, p. 350).

(84) Salvo para ciertos préstamos superiores a un año de plazo o de cumplimiento diferido por más de un año.

La evolución del derecho francés ha culminado, obviamente hasta ahora, con la sanción de la ley del 10 de junio de 1994, uno de cuyos objetivos principales, sino el más importante, es el mejoramiento de la situación de los acreedores (85).

(85) Algunas soluciones pueden merecer también algún comentario, aunque su ejemplaridad para el derecho argentino es menor. El derecho inglés ha sido muy peculiar pues si bien considera que la quiebra es un mero incidente en el recorrido de la vida del comerciante, sin embargo no se ha preocupado demasiado por estructurar un sistema de acuerdo entre los acreedores y el empresario en orden a la continuación de las actividades de éste y la satisfacción de los créditos de aquéllos; en este sentido hasta 1985 el derecho inglés se presentaba como casi rudimentario con relación al derecho continental. En este clima era lógico que los acreedores titulares de ciertos créditos asegurados, entre ellos los titulares de una suerte de prenda flotante llamada "floating charge" y aun los titulares de hipotecas, pudieran designar un receiver o pedir al tribunal un receiver officer para que procediera al secuestro de los bienes del deudor. La reforma de 1985 mantiene algunos criterios tradicionales (liquidación de la compañía o winding up) pero abre un sistema que se llama "administration order", procedimiento que se aplica sólo a las compañías, se abre por sentencia y comienza con la designación de un "insolvency practitioner", quien toma posesión de todos los bienes de las compañías y sustituye al board, y puede continuar con la actividad empresarial. Este administrador no puede hacer pagos a los acreedores, pero sí puede hacerlo a los que están asegurados con garantías reales, puede convocar a una junta de acreedores y puede proponer un acuerdo que de ser aprobado por acreedores que representen 3/4 del capital presente en la junta y debe ser homologado por el juez. Durante el trámite puede vender los bienes sujetos a prenda u otras garantías y el resultado se aplica en primer lugar a pagar la prenda los acreedores no pueden realizar sus garantías. La ley austríaca sancionada en 1982 y vigente desde enero de 1983 y en parte desde 1984, trajo algunas novedades interesantes, entre ellas la supresión de los privilegios del fisco, de los trabajadores, del seguro social, etc. Los créditos de los trabajadores quedan asegurados por un fondo creado por una ley que se llama de tutela de la "corresponsione" de los salarios en caso de quiebra; en la quiebra, con el reconocimiento del crédito, el trabajador obtiene un título ejecutivo contra este fondo que tiene valor por 30 años etc., todos son créditos quirografarios (BRONZINI, Mario, *L'abolizione dei privilegi in Austria*, en *Prospettive della riforma della legge fallimentare*, Milano, 1989). Se señalaba por un estudioso de ese país que una de las razones del fracaso del sistema concursal austríaco radicaba en la innumerable masa de pretensiones de los acreedores privilegiados. El mismo autor dice "finalmente han caído todos los privilegios de los trabajadores, del seguro —social o no— de la Administración de las Finanzas Públicas, que hasta ahora han frustrado la guerra combatida contra la pobreza de la masa". Una solución semejante es la de la ley danesa de 1977.

De todos modos quedan subsistentes los créditos prededucibles, que no son privilegiados sino nacidos de la gestión del proceso concursal; tienen esta naturaleza los créditos de los trabajadores durante la administración provisoria y durante la gestión en la quiebra, pues ellos han trabajado en interés exclusivo de la administración y de los acreedores mismos. Pero es relevante señalar que los créditos con garantía real, entre ellos los garantizados con hipoteca, prenda y reserva de propiedad (KÖNIG, Bernhard, *Appunti sul diritto fallimentare austriaco*, en *Studi in onore de Vittorio Denti*, vol. 3, Padova, 1989), restan intactos en sus derechos; salvo que el curador tiene una próroga de 90 días contados

Se advierte entonces que la ley francesa importa también una restricción significativa de los derechos de los acreedores garantizados, en tanto:

—autoriza la suspensión de las ejecuciones por el plazo que el juez disponga en el plan;

—obviamente, comprende a estos acreedores en el plan;

—el plan puede importar la modificación de los derechos de los acreedores privilegiados;

—el plan es aprobado por el tribunal, sin necesidad de la conformidad de los acreedores.

E) El tratamiento de las garantías reales en el concurso preventivo argentino

En nuestro sistema, existen prerrogativas significativas para los créditos amparados por garantías reales.

Entre ellas, señalamos:

—exclusión de la suspensión de intereses (art. 20)

—exclusión de la suspensión de ejecuciones (art. 21)

—suspensión limitada de los actos de ejecución forzada (art. 23)

—exclusión del fuero de atracción (art. 21)

—aprobación del acuerdo preventivo por unanimidad (art. 47)

—exclusión de los efectos del acuerdo preventivo aprobado por los quirografarios o por otras clases de acreedores privilegiados, ejecución

desde la falencia, cuando el cumplimiento inmediato ponga en peligro la continuación de la empresa; en ese caso los acreedores tienen derecho al resarcimiento de los daños no graves sufridos, a los intereses y una compensación por el uso del bien; y como estos créditos nacen de la administración de los bienes en los procedimientos concursales, son créditos prededucibles (KRALIK, Winfried, *Nuove tendenze ed evoluzioni nel diritto concorsuale austriaco*, en *La responsabilità degli operatori d'impresa*, Padova, 1994).

de la sentencia de verificación ante el juez que corresponda y posibilidad de pedir la quiebra (art. 57).

Amén de ello debe señalarse que merecen un tratamiento particular las denominadas garantías autoliquidables.

Sabemos que el derecho de las garantías es uno de los que más ha evolucionado en los últimos decenios, y así han aparecido o se han desarrollado muchas nuevas figuras, entre las cuales adquieren importancia la fiducia en garantía, la cesión de créditos en garantía, la prenda de créditos, las garantías a primera demanda, las *stand by letter of credit*, el *lease back*, el mandato en garantía, la compensación con fines de garantía (86), los depósitos en garantía, las cauciones bursátiles. En Argentina también se ha desarrollado fuertemente en los últimos años el *warrant*.

Una de las características de estas garantías radica en que muchas de ellas son autoliquidables, esto es, persiguen evitar la intervención judicial en la ejecución de ella y la correspondiente satisfacción del acreedor.

En general puede decirse que desde el ángulo del derecho concursal no hay un tratamiento orgánico de estas garantías, pero lo mismo puede decirse de la mayor parte de los países. En la doctrina argentina el esfuerzo más significativo es el del profesor Alegría (87).

La ley argentina autoriza que el acreedor con derecho a la venta no judicial lo haga y rinda cuentas, tanto en el concurso preventivo cuanto en la quiebra (arts. 23 y 210). En Brasil el acreedor prendario puede vender la cosa prendada y luego rendir cuentas al síndico depositando el saldo (88).

Pero la cuestión en Argentina radica en determinar la suerte que tienen en el concurso las otras garantías: cesión de créditos en garantía, prenda de créditos, depósito en garantía, etc.

(86) Usada así en algunos derechos como el español en el que la compensación no tiene un tratamiento similar al del derecho argentino.

(87) ALEGRIA, *Las garantías autoliquidables*, en *Revista de Derecho Privado y comunitario*, N° 2, p. 149.

(88) SILVA PACHECO, *ob. cit.*, p. 674.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias oportunidades sobre la cesión de créditos en garantía, y más allá de ciertas vacilaciones, lo cierto es que puede concluirse que en el estado actual de la cuestión, los acreedores titulares de garantías autoliquidables pueden ejercer la prerrogativa que les concede el art. 23, ejecutar la garantía del modo que se haya pactado o establecido convencionalmente, cobrar su crédito, rendir cuentas y según lo que corresponda depositar lo obtenido en demasía del crédito o verificar la parte insatisfecha.

Y finalmente, ciertas leyes establecen especiales derechos para ciertas garantías o para ciertos acreedores. Tal sucede por ejemplo en la ley de warrant, cuya ejecución parecería que no debería ser suspendida por la apertura del concurso preventivo (89), en la ley de prenda con registro para ciertos acreedores, entre ellos los bancarios (v. art. 39, ley 12.962—Adla, VII-229—), y en la carta orgánica de ciertos bancos oficiales.

F) El efecto de este tratamiento de las garantías reales y de las garantías autoliquidables en el derecho argentino

En la práctica lo que sucede es que si el deudor tiene parte importante de su pasivo sometido a garantías reales, el concurso preventivo es inútil, pues lo que debe hacer el deudor es "acordar" individualmente con sus acreedores hipotecarios o prendarios.

Y si se ve constreñido a presentar el concurso preventivo para evitar la declaración en quiebra por un pedido de acreedor o para suspender aunque sea provisionalmente una ejecución de garantías reales, en la práctica el éxito del concurso depende de un acuerdo no explícito ni homologable con cada uno de ellos.

En este caso se advierte un notorio desbalanceo a favor de los acreedores con garantías reales.

G) Cuáles soluciones para este desbalanceo

Desde nuestro punto de vista deberían estudiarse seriamente algunas posibles reformas al régimen vigente, en orden a involucrar más a los acreedores con garantías reales en la solución de la crisis empresarial.

(89) El art. 18, ley 9643 dispone que la ejecución no se suspende por quiebra, y el art. 24 de la ley de concursos autoriza la suspensión provisoria de las ejecuciones prendarias e hipotecarias. Y el art. 23 LC autoriza la ejecución extrajudicial de garantías reales.

Ellas son:

a) Suspensión de ejecuciones de garantías reales hasta la finalización del período de exclusividad.

Dado que este período a veces suele extenderse más allá de lo previsto por la ley en razón de la generosidad de algunos tribunales para conceder prórrogas, podría fijarse un lapso máximo contado desde la presentación en concurso preventivo.

Esta medida es prácticamente indispensable para que la suspensión de ejecuciones sea realmente efectiva; de otro modo el deudor concursado queda sometido a la presión de los acreedores prendarios e hipotecarios que pueden paralizar la actividad con secuestros y remates, conduciendo a una frustración anticipada de la reestructuración.

b) Posibilidad de que los créditos sean verificados como privilegiados por el verdadero valor de la garantía.

Actualmente se da el caso frecuente de que un acreedor tiene una garantía que quizás no cubra sino el 20 % de su acreencia, y esta es verificada íntegramente como privilegiada; esto lo excluye del acuerdo y constriñe al deudor a encontrar una solución distinta —generalmente con plazos más breves y tasas más altas— para este acreedor por todo el monto del crédito, aún la parte que en realidad no está amparada por la garantía.

Y en la quiebra la regla del art. 206 impone que la venta de la empresa no se haga por un valor inferior al valor de los créditos privilegiados; en este caso la presencia de créditos como los descriptos, desnaturaliza el sistema de la ley y obliga a ponderar el total del crédito aunque la garantía sea muy inferior; esto conduce inexorablemente al fracaso de la licitación (90).

(90) Esto sucede muy frecuentemente con las garantías prendarias. En la quiebra de Sociedad Minera Pirquitas Pichetti, en la que intervinimos asesorando a la sindicatura, existían créditos del ex BANADE, con garantía prendaria sobre maquinaria utilizada en la actividad minera. Los créditos tenían cláusulas de ajuste por la ley 21.309 y durante el período inflacionario habían crecido de modo constante; pero las máquinas estaban no sólo totalmente amortizadas, sino ya virtualmente inservibles, además de estar a 4000 metros de altura. En la realidad, la garantía no tenía otro valor que el de fierro viejo, si es que alguien se atrevía a ir a buscar ese fierro en el medio de la montaña. Pero en la licitación hubo que ponderar el crédito prendario para fijar la base.

c) Posibilidad de que la garantía sea redimida por su valor de realización.

Esta facultad podría ser reconocida al concursado en el concurso preventivo y al síndico en la quiebra en el caso del art. 195 LC.

d) Aclaración del efecto de la ejecución de las garantías reales y el saldo insatisfecho.

Hemos tratado este tema —que remite a la interpretación del art. 57 LC— en otro lugar (91), habiendo sostenido que homologado el acuerdo preventivo, el acreedor con prenda o hipoteca debe ejecutar su crédito y si él no resulta íntegramente satisfecho el saldo insoluto es quirografario y queda sometido a las estipulaciones del acuerdo.

Sin embargo una autorizada opinión reciente afirma lo contrario (92), esto es, que el acreedor prendario o hipotecario puede pedir la quiebra del deudor. Más allá de que a nosotros no nos convenza la argumentación que pretende fundar esta última solución, lo cierto es que si en este punto la ley se presta a confusión es preciso aclararla; y este sería el lugar para dar al concursado la facultad de redimir la garantía por su valor real, o de autorizarlo a cancelar parcialmente el crédito mediante la entrega de la cosa al acreedor por su valor real.

e) Aprobación de acuerdos preventivos para acreedores con privilegios especiales por mayoría.

Finalmente, la regla de la unanimidad es excesiva, virtualmente hace imposibles los acuerdos con los privilegiados y en la práctica hace inútiles los concursos preventivos de deudores cuyo pasivo contenga mayoritariamente créditos con prioridades especiales.

3. El abuso del concurso preventivo. La presentación de empresas inviables

Es generalmente admitido que los procesos de reestructuración son necesarios, pero las estadísticas muestran que el 90 % de ellos terminan

(91) RIVERA, Julio César, *Los derechos del acreedor privilegiado no comprendido en el acuerdo homologado*, JA 1999-II-776.

(92) HEREDIA, Pablo D., *Tratado Exegético de Derecho Concursal*, t. II, comentario al art. 57, p. 285, Buenos Aires, 2000.

en una liquidación. Esto puede inducir a un error; es que las empresas que tienen éxito en la reestructuración son normalmente las grandes empresas. Por otro el fracaso de la reestructuración es frecuentemente imputable a deficiencias de concepción o de aplicación del procedimiento; y la conversión de un proceso de reestructuración en un proceso de liquidación puede indicar, que una empresa que no podía ser reestructurada utilizó el procedimiento de reestructuración sólo para bloquear una liquidación (93).

Lo que sucede es que es muy difícil determinar si una empresa es o no salvable por vía de una reestructuración a la apertura del procedimiento; de allí que generalmente estos procedimientos son concebidos como uno (la liquidación) siguiendo al otro (la reestructuración).

En la ley alemana se puede desestimar la presentación del deudor que no puede asegurar el pago de los gastos (art. 26). Pero aceptado el procedimiento, en una primera etapa de tres meses como máximo las reglas son comunes; la separación entre procedimiento de liquidación o procedimiento de reestructuración, se opera recién cuando puede determinarse que la reestructuración es posible o no.

Y además el juez puede desestimar de oficio el plan de tratamiento de la insolvencia que presente el deudor cuando es evidente que el plan no tiene ninguna posibilidad de aceptación por el juzgado o por los acreedores; o cuando es evidente que el plan no puede ser cumplido (art. 231).

En Francia como se vio al término del período de observación, el juez puede disponer la liquidación o la aprobación de un plan.

En Argentina no hay ninguna solución legal explícita para frenar este abuso. Inclusive un tribunal de alzada revocó una sentencia de 1ª Instancia que había desechado la apertura del concurso preventivo del sujeto por considerar que no tenía posibilidad alguna de ofrecer un acuerdo preventivo.

Puede estudiarse la conveniencia o no de incorporar algunas pautas que faculden al tribunal a desestimar "in limine" un concurso preventivo que inicialmente carezca a todas luces de viabilidad; verbigracia: por notorias

(93) Informe del FMI, p. 11.

diferencias entre activo y pasivo, por la evidencia de que el pasivo no podría ser afrontado por los fondos generados por la actividad o con nuevos aportes de capital, por haber cesado en la actividad; lo cual incluso podría ser decidido por el juez luego de un breve período de observación.

4. *El abuso del concurso preventivo. Las propuestas confiscatorias. Los poderes del juez para no homologar*

A) El primer problema, las propuestas abusivas

Ya hemos señalado que la ley vigente ha despojado virtualmente al juez de la facultad de rechazar la homologación del acuerdo que haya obtenido la doble mayoría legal; solución que no ha obtenido la adhesión de la doctrina, que ha motivado la crítica de los jueces como sector interesado directamente en la cuestión, que ha sido relativizada aún por quienes intervinieron de un modo u otro en la elaboración del proyecto convertido en ley 24.522 (94). Y además algunos tribunales han ejercido la implícita atribución de impedir la consagración del fraude mediante el rechazo de propuestas abusivas (95).

En este sentido, parecería conveniente completar la regla del art. 43 que establece la mayor amplitud en materia de propuestas de acuerdo, agregando que siempre la propuesta debe ser razonable, como lo pregonaba la ley de la República de Irlanda (96); o que debe contemplar un tratamiento equitativo de los créditos comprendidos en ella.

Amén de que se establezca expresamente la facultad del juez de no homologar cuando el concurso o la propuesta aparezcan como instrumentos del fraude. En este sentido es valiosa la contribución que hizo el

(94) Siempre hemos opinado que el juez conserva la atribución de no homologar si advierte que el concurso o la propuesta en sí encubren un fraude contra los acreedores; v. *Instituciones de Derecho Concursal*, t. I, citado, p. 316; en la doctrina más reciente v. RIBICCHINI, Guillermo Emilio, *El juez frente a la homologación del acuerdo*, La Ley, 1997-E, 243.

(95) Lo que han hecho mediante la imposición de rectificaciones a propuestas que contenían cláusulas abusivas para ciertos acreedores o que constreñían a votar favorablemente (por ejemplo, poniendo una fórmula de pago sumamente desfavorable para los acreedores que ingresaran tardíamente al concurso —por revisión o verificación tardía— o que no votaran favorablemente el acuerdo optando entonces por alguna otra alternativa); o lisa y llanamente mediante la no homologación del acuerdo preventivo.

(96) Según lo informa PAJARDI, Piero e autori vari *Il fallimento nel mondo*, Padova, 1988, p. 179.

anteproyecto del Ministerio de Justicia de la Nación, que asume como propia el proyecto Branda en cuanto propician que el juez pueda no homologar la propuesta que encuentre contraria al orden público o a la moral, o en fraude a la ley.

B) Otra cuestión. Las soluciones que prescinden de la mayoría y son impuestas por el tribunal

El condordato tradicional es el de mayorías, pero en el siglo XX se han creado algunos procedimientos que prescinden total o parcialmente de la conformidad de los acreedores.

Así, en la ley americana, como ya lo dijimos, el acuerdo puede ser aprobado con la conformidad de por lo menos una de las clases; con ese requisito y que el plan sea justo y equitativo (conforme a criterios expuestos en la ley) y no contenga discriminaciones injustas, el juez puede imponerlo a los acreedores.

El plan del procedimiento del Capítulo 13 de la ley americana es aprobado por el juez, con referencia a ciertas pautas legales, y no es sometido a la aprobación de los acreedores.

Hemos visto los regímenes franceses. En el *redressement des entreprises en difficulté*, el plan es aprobado por el juez. En el régimen de sobreendeudamiento de particulares, las medidas son adoptadas sin la conformidad de los acreedores de un elenco previsto anticipadamente por la ley.

En Argentina el acuerdo preventivo es propuesto por el deudor —o por el tercero que participe en función del art. 48 LC— y siempre debe obtener la doble mayoría legal.

Una reforma interesante es la propiciada por el proyecto del Ministerio de Justicia que autoriza al juez a imponer el acuerdo preventivo a una o más clases siempre que:

a) si no se ha conseguido la conformidad de una o más clases de acreedores quirografarios, el acuerdo ha obtenido en conjunto la conformidad de 2/3 del capital quirografario;

b) en todos los casos, cuando el juez considera que el acuerdo es equitativo y que no discrimina irrazonablemente contra la clase o categoría

en la que no se logró conformidad suficiente. Pero esta facultad judicial no puede utilizarse para imponer un acuerdo a un acreedor con privilegio especial.

Si bien el criterio podría ser compartido en líneas generales, debería señalarse:

f) que el inc. b) debería aclarar que por lo menos una de las clases haya aprobado el acuerdo, porque sino parecería que el juez pudiera aprobar un acuerdo preventivo sin que haya sido aprobado por ninguna clase;

g) en el mismo inc. b) nos parece insuficiente la expresión “no discrimina irrazonablemente”; estimamos que el acuerdo a ser impuesto por el juez debe ser algo más que “no discriminatorio”; por lo menos debería ser equitativo y no ofrecer menos de lo que pudiera resultar de la liquidación de los bienes en la quiebra.

5. La inexistencia de soluciones extrajudiciales homologadas

INSOL INTERNATIONAL ha dado a luz un trabajo reciente sobre las conductas recomendadas a los grandes acreedores en las situaciones de insolvencia. Ese trabajo parte de la idea de que es conveniente alentar las soluciones acordadas entre los acreedores y el deudor en dificultades financieras (97), de modo de evitar un procedimiento formal de insolvencia, destacando incluso el deber de cooperación entre los acreedores, argumentando sobre los impredecibles costos e incertidumbres de un procedimiento formal (98). Estas ideas se han exteriorizado en ocho principios, en los que se destaca como idea rectora la de la colaboración entre acreedores y deudor para obtener una solución extrajudicial (99).

(97) En alguna medida también lo propone el FMI en su informe citado precedentemente.

(98) INSOL INTERNATIONAL, “Statement of principles for a global approach to multi-creditors workouts”, p. 5, London, 2000.

(99) Ellos son en síntesis:

1. Cooperación entre los coacreedores relevantes del deudor en dificultades financieras para dar un tiempo suficiente (lapso que se denomina “Standstill Period”) al deudor, para que información sobre el deudor pueda ser obtenida y evaluada, y para formular proposiciones en orden a resolver las dificultades financieras del deudor.

Las soluciones británicas han sido alabadas por la escasa participación del tribunal y el informe del FMI insiste también en la conveniencia de llegar a soluciones negociadas entre el deudor y sus acreedores fuera del marco de un procedimiento formal de insolvencia. Lo mismo ha sucedido en el Coloquio celebrado en Viena en diciembre del 2000 del que participaron la UNCITRAL, INSOL y la IBA (International Bar Association), abogados, contadores y profesores de más de 40 países, así como otros organismos como el FMI y el Banco Mundial (100).

En Argentina se ha recorrido un largo camino desde aquellos trabajos de los años 70 que condenaban toda posibilidad de composición privada de los intereses de deudor y acreedores en los que se llegó a calificar

2. Durante el standstill period todos los acreedores relevantes deben acordar en no ejercer acciones contra el deudor, pero están legitimados para esperar que su posición respecto de otros acreedores o entre ellos mismos no sea perjudicada.

3. Durante el standstill period el deudor no debe tomar ninguna acción que pudiera afectar adversamente la perspectiva de retorno de los acreedores relevantes (colectiva o individualmente) en comparación con la existente a la fecha de comienzo de ese periodo.

4. El interés de los acreedores relevantes es mejor servido coordinando sus esfuerzos frente al deudor en dificultades financieras. Esa coordinación será facilitada por la selección de uno o más comités y la designación de profesionales consejeros para aconsejar y asistir a esos comités y cuando sea apropiado a los acreedores relevantes que participan en el proceso.

5. Durante el standstill period el deudor debe proporcionar a los acreedores relevantes o sus consejeros, razonable y oportunamente, la información relevante relativa a activos, responsabilidades, negocios y perspectivas, en orden a permitir una razonable evaluación a ser hecha sobre su posición financiera y las proposiciones a ser hecha a los acreedores relevantes.

6. Las propuestas para resolver las dificultades financieras del deudor, y en la medida en que fuesen practicable, arreglos entre los acreedores relevantes deberían reflejar la ley aplicable y las posiciones relativas entre los acreedores relevantes al comienzo del standstill period.

7. La información obtenida ... debería estar a disposición de los acreedores relevantes y ser tratada como confidencial.

8. Si un fondeo adicional es provisto durante el standstill period o con la finalidad de salvataje (rescue) o reestructuración, su repago debería hacerse en condiciones de prioridad respecto de otros créditos o reclamos de los acreedores relevantes.

(100) CLIFT, *ob. cit.*, p. 91.

a ciertos clubes de bancos como sociedad de hecho de objeto ilícito. La ley 22.917 incorporó los acuerdos preconcursales de escasa relevancia en la práctica judicial; y la ley 24.522 el denominado acuerdo preventivo extrajudicial, de menor repercusión todavía. Además, ambos institutos tuvieron una finalidad timorata: sólo evitar la declaración de inoponibilidad de los actos cumplidos en razón de esos acuerdos.

El Proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia trata —por un lado— de facilitar la homologación de los acuerdos extrajudiciales, reduciendo las mayorías; y por otro, de reconocer oponibilidad a los acuerdos que no fueran sometidos a homologación, siempre que ellos hubiesen sido idóneos para superar la crisis.

Es decir que no se acerca a la vieja solución del Código de Comercio uruguayo que hace obligatorios estos acuerdos aun a los acreedores no participantes. Ni a los acuerdos “*prepackaged*” del derecho americano, que permiten la aprobación de un plan negociado y aprobado por los acreedores antes de comenzar el proceso; en esos acuerdos la elección del comité de acreedores, la negociación entre el comité de acreedores y el deudor, preparación del plan y aceptación, todo ocurre antes de comenzar un proceso del capítulo 11 de la ley de quiebras de EE.UU. (101).

Es nuestra opinión que debería instrumentarse un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial con una oponibilidad mucho más extensa, de modo que constituyese una alternativa real al concurso preventivo.

Y más aún, podría completarse con una suspensión provisional de ejecuciones a fin de mantener el “*status quo*” durante el período en que las negociaciones extrajudiciales se desenvuelven; como en definitiva lo propone el informe INSOL cuya regla 2da. es que los acreedores acuerden no promover acciones contra el deudor.

Al respecto nos parece innovador el procedimiento de “cesación de pagos” existente en Dinamarca, al cual es admitido el deudor que *tiene dificultades temporales de cumplir con sus obligaciones*. El deudor conserva la administración de sus negocios, aunque un administrador puede ser designado (es un abogado inscripto en un registro). Sus principales

(101) Una descripción más precisa en EPSTEIN, *ob., cit.*, p. 361.

efectos son: (i) marca la fecha de inicio de la insolvencia; (ii) los intereses posteriores son considerados como créditos autónomos; (iii) el procedimiento no impide automáticamente a los acreedores promover ejecución de sus créditos, pero ello se dispone a pedido del deudor. El procedimiento puede durar hasta cinco meses (son tres más dos a pedido del deudor).

Adviértanse las peculiaridades de este régimen: (i) no requiere la cesación de pagos, sino sólo dificultades temporales para cumplir con las obligaciones; (ii) su efecto principal es la suspensión de ejecuciones, lo cual facilita al deudor la negociación con sus acreedores.

Estimamos que podría ser un instrumento eficaz especialmente —como decíamos— en la circunstancia en que el deudor está negociando con sus acreedores fuera de un procedimiento formal de concurso preventivo, pues le da el respiro suficiente para remontar dificultades temporarias de liquidez o un sobreendeudamiento más permanente y, *de ser necesario, la ocasión de reestructurar sus operaciones y las relaciones con los acreedores* (102).

6. El problema de los costos del proceso

En Argentina los procesos concursales son costosos. Y ello por lo menos por tres razones: (i) por la duración de los juicios concursales, que inciden en el costo real de la situación de insolvencia en la economía general; y más directamente, en cada caso concreto (ii) los impuestos o tasas de justicia y (iii) los honorarios de los profesionales.

Sin duda la agilización de los procesos concursales, va a mejorar la relación "coste-beneficio".

Pero como lograr tal reducción de la duración de los procesos es cuestión compleja y que incluso puede requerir iniciales inversiones en infraestructura judicial que hoy el Estado nacional y las provincias no están en condiciones de afrontar, podemos tratar los otros dos temas: el impuesto o tasa de justicia, y los honorarios de los profesionales intervinientes.

(102) Informe FMI, p. 10.

A) El tema de la tasa de justicia

El sistema judicial requiere fondos para atender a su funcionamiento; esto más allá de que se reconozca o no autarquía al Poder Judicial. Por ello, tanto en la organización federal cuanto en las provincias argentinas se exige —como regla general— el pago de una contribución previa o contemporánea al inicio de los procesos judiciales, comúnmente conocida como “tasa de justicia”.

Por otro lado el derecho de fondo organiza el concurso preventivo como un medio de solución de la cesación de pagos de las personas físicas o jurídicas.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales señalan la conveniencia de facilitar el acceso al concurso preventivo. La ley vigente —más allá de aciertos y errores— se enrola en esta tendencia, al reducir los requisitos de admisión y generar nuevos procedimientos (concurso de agrupamientos, concurso de garantes, concurso extrajudicial); y aún al admitir las propuestas de terceros (salvataje del art. 48, comúnmente conocido como “*cramdown*”):

Las leyes de tasa de justicia reconocen la existencia de este procedimiento especial de concurso preventivo, previendo algunas normas particulares. En el ordenamiento nacional se establece la reducción de la alícuota al 1,5 % del pasivo y su pago no es contemporáneo con la iniciación del juicio, sino que ha de hacerse dentro de quinto día de homologado el acuerdo preventivo.

Cabe puntualizar que en algunas provincias, la tasa de justicia debe pagarse al pedir la formación del concurso; lo que constituye una contradicción con las finalidades del derecho de fondo, que trata de facilitar el acceso a las soluciones preventivas de la quiebra.

Pero aun tomando en consideración el régimen nacional, que prevé el pago después de la homologación, no cabe duda que la tasa de justicia se convierte en un problema serio para el concursado preventivamente, pues normalmente no tiene liquidez suficiente a ese momento como para afrontar el pago de ese tributo.

Para colmo, la jurisprudencia tiene una marcada orientación fiscalista, desde que es común que se resuelva:

—que el pasivo computable es tanto el quirografario cuanto el privilegiado, aun cuando éste no esté comprendido en el acuerdo preventivo;

—que en el concurso de agrupamientos o garantes, la tasa debe calcularse por cada concurso y no ponderando el pasivo “unificado”. Es evidente que esta solución es altamente negativa, porque si un grupo formado por diez sociedades o personas físicas se ha presentado en concurso de agrupamientos, denunciando pasivos comunes, como normalmente sucede, si al tiempo de calcular la tasa ella se fija en cada concurso, estarían pagando 15 % de tasa sobre el pasivo. Lo cual es un absurdo;

—que los jueces no tienen facultades para fijar modalidades respecto del pago de la tasa de justicia. Esto es, no pueden diferirla en el tiempo ni admitir el pago en cuotas.

Amén de ello, la AFIP cuestiona la inclusión de la tasa de justicia en moratorias o planes de pago.

Y con relación a la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, como no existe una previsión explícita de la ley que lo incluya en los supuestos de alícuota reducida al 1,5 %, se entiende por algunos que debe tributar el 3 % sobre el pasivo. E incluso es dudoso si lo sería sobre el pasivo que ha prestado conformidad al acuerdo extrajudicial o sobre la totalidad del pasivo denunciado. Estas dudas en gran medida se convierten en una razón para no intentar la homologación del acuerdo preventivo.

Por supuesto que la amenaza ante el incumplimiento es grave: se impone una multa igual al valor del impuesto no ingresado en tiempo.

En fin, resulta evidente que el sistema de tasa judicial más desalienta que facilita el concurso preventivo en todas sus modalidades; lo mismo que la mera homologación del acuerdo extrajudicial.

Y si bien el sujeto cesante en sus pagos de todos modos recurre a ese procedimiento de concurso, porque es la única vía que el ordenamiento le da para evitar la quiebra, lo cierto es que llegado el momento en que el éxito corona su esfuerzo con la homologación del acuerdo preventivo, aparece un nuevo y grave problema cual es el pago de la tasa de justicia. De allí que en la práctica los concursados planteen todo tipo de cuestiones a veces con la sola finalidad de diferir en el tiempo la resolución que fije su monto de manera definitiva.

Creemos que debe pensarse el sistema de tasa en el concurso preventivo. A nuestro juicio, sería conveniente que:

—la tasa se calcule sobre el pasivo comprendido en el acuerdo preventivo;

—en los casos de concursos de agrupamientos y de garantes, se determine una única tasa sobre el pasivo “consolidado”;

—se postergue el pago de la tasa; por ejemplo, podría hacerse ella exigible al mismo tiempo que la primera cuota que se pague a los quirografarios;

—se autorice el pago en cuotas;

—se incluya la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial entre los casos de alícuota reducida.

Y por supuesto que en las provincias donde se exige el pago previo, se elimine tal recaudo, que entra en contradicción ya grosera con las finalidades del derecho de fondo y constituye una limitación irrazonable a la garantía constitucional de acceso a la Justicia.

B) Los honorarios profesionales

En cuanto a los emolumentos de los profesionales me permito transcribir algunas líneas de la obra de Carruthers y Halliday que ya hemos citado. Dicen estos autores: Sin embargo la quiebra no carece de beneficiarios. Así como una epidemia mortal es lucrativa para los enterradores y empresarios de pompas fúnebres, las grandes sumas de dinero comprometidas en las grandes quiebras han ejercido un magnético efecto sobre las más sofisticadas —y caras— firmas de abogados y contadores. En USA el boom de las quiebras ha propulsado a los abogados especialistas de la periferia al centro de la profesión; en Inglaterra marginales compañías enterradoras se han transformado en respetadas corporaciones de reorganización. Las especialidades de la quiebra y la reestructuración de empresas, tanto en EE. UU. como en Inglaterra han devenido fuentes de importantes ingresos para las firmas de abogados y contadores, tanto que en EE. UU. hay una creciente presión para disminuir los honorarios profesionales. Durante los años 80 muchas grandes firmas de contadores de Inglaterra se han fusionado con pequeñas firmas boutique especializadas en insolvencia, tanto como grandes firmas de abogados de USA absorbieron pequeñas firmas especialistas en quiebras simplemente para adquirir su expertise en un área en rápido crecimiento (103).

(103) CARRUTHERS-HALLIDAY, *ob. cit.*, p. 3.

En otra perspectiva, Cámara decía hace muchos años que la quiebra es el mejor modo de repartir los activos entre síndicos y abogados.

Lo cierto es que en los grandes concursos que se desenvuelven en Argentina, los honorarios que se regulan son enormes —como consecuencia de escalas rígidas que no prevén morigeraciones— y se constituyen en un factor de agravamiento de la situación del deudor, cuando no en disuasivos de soluciones, como la incorporación de nuevos inversionistas o lisa y llanamente la adquisición de la compañía por terceros.

Lo que a su vez contrasta con la realidad de innumerables pequeñas falencias en las cuales la labor del síndico no recibe prácticamente ninguna retribución. Máxime cuando se han consagrado interpretaciones erradas del régimen vigente cuando se trata el tema de los honorarios mínimos de la sindicatura (104).

En fin, estimamos que las soluciones pasarían por: (i) una mayor flexibilidad para las regulaciones en los macroconcursos, por ejemplo autorizando al tribunal a fijar el honorario por debajo del mínimo cuando la retribución que resultara de la escala fuese excesiva con relación al trabajo efectivamente aportado; y (ii) el reconocimiento de retribuciones básicas a los síndicos en los pequeños concursos, aun excediendo de los porcentajes máximos previstos en los actuales arts. 266 y 267, ley 24.522.

7. El problema de la sindicatura

En todos los regímenes de insolvencia actúan sujetos que cumplen distintas funciones; en resumen de esta realidad, el informe del FMI al que tantas veces nos hemos referido apunta: "Los tribunales deben nombrar auxiliares calificados (liquidador o administrador) para ocuparse de las principales cuestiones de administración (inventario, información sobre activos y pasivos, gestión de la empresa) y estos deben ser personas dedicadas a este *métier* y con una gran experiencia en el ám-

(104) La CNCom., ha resuelto en algunos casos que cuando se regulan honorarios al síndico, el importe de los tres sueldos de secretario a que alude el art. 267 ley 24.522, no debe exceder del 12 % del activo, límite máximo del honorarios. De este modo los tribunales aludidos han esterilizado la reforma introducida por la ley 24.522, que claramente pretendía que el mínimo de tres salarios judiciales fuese reconocido al síndico justamente cuando el 12 % del activo no alcanzase a esa suma; conforme Anastasio, Julián E.- Prisant, Susana Leonor, ED, 189-638.

bito comercial. A la vez hay que recurrir a expertos —entre ellos los contables— que tengan acceso a la información y a los libros contables en particular” (105). De donde el problema de la preparación e idoneidad de estos funcionarios es universal (106).

Se advierte de este párrafo que el informe distingue adecuadamente entre lo que es el administrador que puede ser designado, el liquidador y el experto contable, funciones todas que en nuestro Derecho recaen en una única persona — el síndico— que sólo puede tener una profesión: la de contador. Aunque la ley vigente prevé la posibilidad de recurrir a otros profesionales para ciertas gestiones (administración de los negocios en la continuación de la actividad de la empresa fallida, enajenadores y estimadores), sin duda la función del síndico es esencial y tiene un rol central en nuestro sistema de insolvencia.

Es sabido que el proyecto de ley remitido por el PEN que se convirtió en ley 24.522, atribuía a los abogados y a los contadores la incumbencia profesional para actuar como síndicos, tanto individualmente como constituyendo “estudios” entre ellos. La intervención del senador Caffero provocó la exclusión de los abogados, con lo cual incluso la categoría de síndicos “estudios de abogados y contadores” quedó reducida a organizaciones formadas por los segundos. Lo cual ha justificado la crítica de algunos autores que señalan que es una mera sumatoria de profesionales de la misma área; exactamente lo contrario de lo que se buscaba en el proyecto, que pretendía trasladar a la ley la realidad de que abogados y contadores trabajan en conjunto en la tarea sindical, la cual requiere conocimientos contables y jurídicos.

El proyecto del senador Branda propicia la inclusión de los abogados como sujetos habilitados para ejercer la sindicatura. Lo cual ha provocado una absurda guerra de solicitadas entre los colegios profesionales.

Particularmente creemos que los abogados están habilitados para el ejercicio de la sindicatura concursal, tarea que tiene indudables e importantes aspectos jurídicos.

(105) Informe FMI, p. 9.

(106) En un informe sobre el proceso de reforma del derecho chino de quiebras y reorganizaciones empresarias, se lee que uno de los problemas a que se enfrenta ese país es que cuando entre a regir una nueva ley deberán entrenarse 5.000 administradores de insolvencias; v. BOOTH, Charles D., *Chinese Insolvency Law: developing an insolvency infrastructure*.

De todos modos la insatisfacción generalizada que existe respecto del funcionamiento de las sindicaturas —en punto a su idoneidad cuanto a su costo— requeriría analizar si no es conveniente que se autorice a la colectividad de acreedores a designar un síndico, como prevé la ley alemana con relación al administrador.

8. Otras cuestiones

Hemos analizado algunos temas que consideramos hacen a la estructura misma de los procesos concursales, y proponemos estudiar la posibilidad de introducir modificaciones sustanciales.

Otros problemas subsisten que contribuyen a la escasa eficacia de los procedimientos de insolvencia en el régimen vigente, y deberían ser materia de tratamiento legislativo.

Haremos una mera enumeración con brevísimos comentarios:

A) El salvataje del artículo 48 LC

El salvataje del art. 48, comúnmente conocido como *cramdown* ha sido la novedad más relevante de la ley 24.522, y más allá de algunas críticas iniciales lo cierto es que: (i) es coherente con las finalidades que hoy se reconocen a los procedimientos preventivos, entre las cuales se destaca la enajenación de la empresa a quien pueda hacerla viable; (ii) en la práctica ha operado efectivamente, permitiendo que algunas empresas tuvieran una "segunda oportunidad".

Lo cual no importa dejar de reconocer que la regulación del procedimiento es alambicada y a veces poco inteligible, lo cual ha generado algunos problemas de aplicación. Muchos de estos aspectos están razonablemente atendidos en los proyectos del Ministerio de Justicia y del senador Branda.

Pero a nuestro juicio lo que debería incorporarse a la ley es la exigencia de que los sujetos que se incorporen a la lista de interesados en adquirir las acciones y hacer una oferta de concurso preventivo, de algún modo demuestren su solvencia económica y moral, que acrediten su interés mediante el depósito de una suma de dinero, y que exterioricen aunque sea mínimamente algún plan de salvataje de la empresa. De otro modo resulta que la lista se forma con sociedades *off shore*,

representadas por ignotos personajes, que aparecen ofreciendo adquirir empresas importantes sin arriesgar ni poner un solo centavo, con lo cual distorsionan la competencia entre los distintos sujetos que realmente tienen interés en la empresa concursada, cuando no simplemente dilatan innecesariamente el procedimiento.

B) Propuestas uniformes para los créditos fiscales impuestas por vía reglamentaria

En el *casting* que Posner hace de los sujetos concernidos por el tema de la insolvencia incluye naturalmente al Estado, que se encuentra doblemente afectado por las crisis empresarias. Por un lado, por la influencia que ello tiene en la economía general; por otro, porque normalmente el Estado es un acreedor por impuestos o —en el caso de Argentina— por aportes a los sistemas de previsión.

La incidencia de estos créditos en los pasivos empresarios suele ser muy significativa; más allá del juicio moral que puede hacerse de la conducta de quienes no pagan sus impuestos o no ingresan los aportes al sistema de seguridad social, lo cierto es que es tan generalizada que un autor relevante como Maffia las califica como obligaciones *normalmente postergables*. En realidad no pagar estas deudas es una forma de financiamiento de la actividad empresarial, sobre todo para aquél que no puede recurrir al crédito bancario; claro que es una financiación generalmente muy onerosa por las altas tasas de interés que se pagan. Y llegado el momento del concurso preventivo suelen tener relevancia para la obtención de las mayorías por cuanto intereses y multas participan de la condición de créditos quirografarios.

En esta instancia las posibilidades de ajustar estas deudas a un plan son significativamente limitadas, pues como la ley 11.683 prohíbe hacer arreglos particulares, las conductas que puede seguir la AFIP están rigurosamente establecidas en resoluciones generales. La actualmente vigente es la 970/2001.

Esta resolución general, como las anteriores, no sólo deja al concursado en manos de la autoridad administrativa, que “puede” aceptar un acuerdo preventivo cuando se haga el ofrecimiento en las condiciones que ella misma prevé (art. 39), sino que además contiene previsiones groseramente abusivas, como la que exige que el concursado deba “allanarse o desistir y renunciar a toda acción y derecho, incluso el de repetición,

cuando se tratare de deudas que se encuentren en curso de discusión administrativa, contencioso administrativa o judicial y hacerse cargo de las costas que pudieran corresponder" (art. 20, inc. b), debiendo incluirse en el plan de facilidades de pago los créditos: "verificados, declarados admisibles o en trámite de revisión, en trámite de verificación por incidente; y por si fuera poco, también debe incluir a los no reclamados en la demanda de verificación (no insinuados)" (art. 2º, incs. a) a d)), lo que comprende —entre otros— a los intereses resarcitorios, punitivos, actualizaciones y multas que correspondan; en el caso de este último inciso, previamente deberá deducirse el incidente de verificación, quedando a cargo del deudor las costas que eventualmente pudiesen corresponder.

Tamaño despropósito ha llevado al extremo opuesto: algunos tribunales de la Capital Federal han decidido no computar a la AFIP en el pasivo a los efectos de la obtención de las mayorías legales exigidas para aprobar el acuerdo preventivo.

Pero claro que si bien esto facilita la aprobación del acuerdo para los quirografarios, no despeja el problema de los créditos con privilegio general, pues cuando el deudor quiere obtener un plan de regularización se le impone esta normativa. Y vuelta a empezar...

Es también evidente que la normativa reglamentaria aludida excede notablemente del marco concursal; inclusive el allanamiento del concursado podría no ser aceptado por el juez, si advierte que se están incorporando a la masa créditos que no deberían estar en ella.

Todo lo cual convierte al sistema de créditos fiscales en un cuello de botella que muchas veces constituye causa definitiva del fracaso de las soluciones preventivas.

C) Lentitud de los procedimientos

Los sujetos afectados por las situaciones de insolvencia suelen quejarse de las demoras de los procedimientos.

En nuestro concurso preventivo si se cumplieren los plazos, la duración no sería demasiado considerable, Sin embargo, la incidencia de algunas situaciones excepcionales —o a veces no tanto— como ciertas prórrogas de plazos concedidas incluso en contra de la ley o la presentación del concurso de garantes, pueden dilatarlo excesivamente.

En la quiebra la ingenua norma que impone la liquidación en plazos de meses es permanentemente incumplida; como previmos hace tiempo, la sanción en ella prevista ha caído en desuetudo. El problema fundamental sigue radicando en la liquidación de los bienes. Algunos jueces nos han comentado que la designación inmediata del enajenador mejora un poco el trámite; de todos modos sería conveniente que se generalizara la práctica adoptada por algunos tribunales que liquidan los bienes registrables con la sola constancia de la titularidad del dominio en cabeza del fallido, sin requerir otros informes claramente sobreabundantes.

D) El concurso transnacional

Otro aspecto en el cual nuestro derecho no brinda respuestas seguras es en el plano de la quiebra transnacional, expresión con la que pretendemos abarcar una serie de fenómenos en los cuales la insolvencia de un modo u otro se expande extraterritorialmente. De modo que comprende, entre otros, los siguientes problemas:

—el concurso o quiebra en Argentina del deudor persona jurídica constituida en el extranjero, pero que opera en el país, como sucede con las sociedades *off shore*;

—los derechos de los acreedores del extranjero sobre bienes del quebrado o concursado argentino existentes en el extranjero;

—los derechos del acreedor extranjero en la quiebra o concurso argentino;

—los derechos del acreedor nacional sobre bienes existentes en el país de un deudor concursado o quebrado en el extranjero.

Al respecto el derecho convencional internacional es insuficiente lo mismo que las reglas de fondo o de conflicto vigentes en Argentina. Y la frecuencia cada vez mayor con que se presentan estos problemas viene causando algunos fallos interesantes así como estudios doctrinales

Por lo demás, la UNCITRAL está trabajando en una ley tipo sobre insolvencia internacional (107).

(107) CLIFT, *ob. cit.*, p. 99.

Sin duda es una materia adeudada por nuestro ordenamiento que requeriría para ser saldada la participación de especialistas en derecho internacional privado y en concursos.

E) Otras observaciones

Muchas otras observaciones podrían ser hechas al ordenamiento vigente, entre ellas las relativas al régimen de responsabilidad de terceros que han recibido una crítica casi unánime y que aparece mejor resuelta en el Proyecto del Ministerio de Justicia. Otras cuestiones son de detalle o de trámite; las omitimos para evitar caer en el "procedimentalismo" que denuncia Fargosi y que empequeñece la materia concursal. De allí que nos hayamos limitado a plantear la posibilidad de estudiar algunas materias esenciales, que pueden contribuir a cambiar el perfil de nuestro régimen legal de la insolvencia; ello sin perjuicio de otras modificaciones de mero procedimiento que puedan salvar dificultades o problemas prácticos en lo existente pero que no van a hacer por ello más eficientes a las soluciones preventivas o a la quiebra.

IV. Conclusiones

Se suele decir —y lo hemos señalado en anteriores trabajos— que los procedimientos concursales tradicionales —la quiebra y el procedimiento preventivo (concordato o concurso preventivo)—, no daban resultados satisfactorios, pues la mayor parte de los preventivos terminan en quiebra; y en las quiebras los porcentajes de satisfacción de los acreedores —particularmente los quirografarios— son mínimos.

Badinter al presentar en Francia el proyecto de ley de 1985 decía que el 90 % de los créditos quirografarios restaban insatisfechos en las quiebras (108).

En Alemania se dice que el 75 % de las quiebras terminaba por falta de activo y los acreedores quirografarios percibían aproximadamente el 3 % de sus acreencias (109), en Austria la satisfacción de los quirografarios —durante la vigencia de la ley de 1914— no superaba el 10 %.

(108) BADINTER, Robert, *Les ambitions du législateur*, en *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, vol. I, París, 1986.

(109) DASSO, Ariel Angel, *Quiebras. Concurso preventivo y cramdown*, t. II, p. 417, Buenos Aires, 1997.

Esto motivó las tentativas de cambio de la orientación del derecho concursal. Se habló de la muerte de la quiebra, de la quiebra de la quiebra, de un nuevo derecho de la prevención de la crisis. Se reconocieron entonces nuevos presupuestos de los procedimientos concursales o de prevención de la crisis (sobrendeudamiento - Francia y Alemania - excedencia de las deudas - Austria), se crearon organismos administrativos, se sustituyó a los dirigentes, se forzó la continuidad de la actividad de la empresa hasta el extremo de que Franceschelli refiriéndose al decreto Prodi publicó un artículo cuyo título sintetiza toda esta orientación: (*"L'apprendista stragon, l'elisir de la lunga vita o il mito de l'impresa immortale"*), se cayó en un dirigismo estatal casi grosero como sucedía con el supercomisario previsto originariamente en el régimen italiano de administración de grandes empresas en crisis al que algún autor calificó de "verdadero monstruo", se desconocieron los derechos de los acreedores, en algunos casos diría que se adoptaron medidas que podrían —al menos en nuestro Derecho— ser calificadas de inconstitucionales por violación del derecho de propiedad.

Y se han creado también medios para proteger a las personas físicas o a los consumidores (Francia y Canadá).

Pero de todos modos los procedimientos creados para forzar la supervivencia de la empresa introducidos por las reformas inglesa de 1986, francesa de 1987, portuguesa de 1993, no han dado los frutos esperados (110), y una de las razones de la reforma a la ley francesa en 1994 —como se ha dicho ya— fue restablecer los derechos de los acreedores algunos de ellos decididamente preteridos por la ley de 1985.

Entre nosotros los resultados desastrosos de la continuación de la actividad de la empresa quebrada fueron denunciados por la doctrina; así Di Iorio dice: ...los antecedentes de salvataje (no se refiere al salvataje que hoy está en el art. 48 de la ley 24.522 sino al que se propiciaba por la continuidad de la actividad de la empresa quebrada) en derecho comparado son decepcionantes. En Italia...la diversidad de medios han fracasado. ...En cuanto al sistema francés de 1967, saludado alborozadamente por la doctrina como la panacea de los males de la insolvencia, su resultado se puede apreciar por el hecho de que ha sido reemplazado....En nuestro país los sistemas de ayuda administrativa

(110) DASSO, lug. cit., p. 421.

implementados, como el régimen de la ley 18.832 (Adla, XXX-C, 3112), no dieron mejores resultados; por el contrario, finalmente debió dictarse la ley 21.606 (Adla, XXXVII-C, 2508) que dispuso la inmediata liquidación de las empresas que operaban bajo aquel régimen, sin haberse llegado en ninguna de ellas a una mínima reestructuración ni saneamiento (111).

Quizás el problema es que una concepción demasiado juridizante (112) de los procedimientos ante la crisis de la empresa puede hacer perder de vista que la ley no soluciona por sí sola esa crisis; y una concepción excesivamente economicista puede hacer perder de vista los derechos de los distintos sujetos afectados (deudor, acreedores, empleados).

Encontrar el equilibrio de modo de dar instrumentos jurídicos idóneos para la solución de los problemas reales de las empresas en dificultades sin afectar de una manera tan seria que resulte en definitiva inconstitucional los derechos de los afectados, es el desafío de una legislación sobre las dificultades empresarias.

Lo cierto es que los juristas, economistas y políticos de todas las latitudes se debatieron durante todo el siglo XX sin encontrar más que respuestas coyunturales o efímeras.

De todos modos, vale seguir ensayando pero sobre bases firmes, que sólo pueden existir si se explora el resultado que han dado las soluciones propuestas por el derecho comparado, se pondera su adaptabilidad a la realidad argentina y las medidas a adoptar gozan de un mínimo consenso entre los operadores jurídicos y los demás agentes involucrados en las situaciones de insolvencia. ♦

(111) DI IORIO, Alfredo, *Límites actuales de la continuidad empresarial en caso de insolvencia societaria*, Rev. del Colegio de Abogados de San Isidro, 1987-22, p. 27.

(112) Se advierte esta tendencia en un autor argentino que aludiendo a observaciones hechas por economistas a la ley 19.551, califica a esto como la "curiosa inmisión de dos economistas en el ámbito del derecho de quiebra", como si la quiebra fuera un problema ajeno a ellos...Sin comentarios...

CONCURSOS CON REPERCUSION TRANSNACIONAL. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI (UNCITRAL) SOBRE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA

POR ADOLFO A. N. ROUILLON (*)

SUMARIO: I. La insuficiencia de las reglas argentinas de Derecho Internacional Privado concursal y las alternativas para su mejora. — II. El camino de los tratados internacionales sobre procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza. — III. La alternativa de mejorar la legislación interna estableciendo reglas de cooperación en los procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza. — IV. Lineamientos generales de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza. — V. Las disposiciones generales de la Ley Modelo. — VI. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado adoptante de la Ley Modelo. — VII. Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables en el Estado adoptante de la Ley Modelo. — VIII. Cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros. — IX. Procedimientos paralelos y reglas finales. — X. Apreciaciones finales y evaluación.

I. La insuficiencia de las reglas argentinas de Derecho Internacional Privado concursal y las alternativas para su mejora (1)

Al inicio del siglo XXI, el panorama que exhibe el régimen concursal argentino para insolvencias transfronterizas está signado por la

(*) Disertación pronunciada por el Dr. Adolfo A. N. Rouillon, en la sesión pública del 22 de junio de 2000 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) El análisis de las reglas argentinas de derecho interno que regulan las cuestiones de insolvencia transfronteriza lo hicimos en nuestro trabajo "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Ley Concursal Argentina 24.522", publicado en ANALES de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XLIII, segunda época, número 37 (octubre 1999), p. 1.

insuficiencia y la falta de actualización de sus reglas, tanto las de fuente internacional como las de fuente interna.

Las primeras de ellas —*de fuente internacional*— siguen siendo solamente las contenidas en el Tratado de Montevideo de 1889 (ratificado por Perú, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Argentina) y en el Tratado de Montevideo de 1940 (ratificado por Paraguay, Uruguay y Argentina). En los pocos casos en que se ha hecho aplicación de estos Tratados, se ha puesto en evidencia que sus reglas no conducen a soluciones rápidas, prácticas ni eficientes de los problemas que plantean los concursos con repercusión transfronteriza. Además, y respecto de los países vecinos, en los últimos diez años la Argentina ha incrementado las relaciones económicas y el intercambio comercial principalmente con Brasil y con Chile, dos naciones fronterizas que no son partes de esos Tratados ni han manifestado intenciones de adherirse a ellos. De ahí también la escasa *relevancia* actual de los Tratados de Montevideo, único régimen argentino de *fuentes internacional* en vigencia para insolvencias transfronterizas.

En cuanto a las reglas de *fuentes interna* —artículo 2 inciso 2, artículo 3 inciso 5, y artículo 4, de la ley de concursos 24.522 (Adla, LV-D, 4381)—, aunque contenidas en ese cuerpo legal sancionado en 1995, en realidad corresponden, con algunos retoques, a concepciones elaboradas en el siglo XIX (2). Entonces no se tenía en mira el principal problema actual de las insolvencias transfronterizas —las dificultades de la actuación rápida, coordinada y eficiente, entre tribunales y funcionarios de diferentes países, para lograr la supervivencia de la empresa transnacional concursada pero viable, *reorganizarla*, mantener el valor de ella en funcionamiento y preservar empleos—, sino que sólo se miraba al concurso *liquidativo* (quiebra) para enfocar la cuestión de la distribución de ciertos activos locales dando preferencia a algunos acreedores domésticos o, lisa y llanamente, discriminando a los acreedores foráneos. Nuestro sistema de *fuentes interna* para insolvencias transfronterizas nació signado por la *regla de las preferencias locales*. Y si bien la discriminación

(2) Nos detuvimos en los antecedentes remotos del sistema de preferencia local, y sobre todo en la conflictiva aplicación extensiva que de él se hizo durante la vigencia de la ley 19.551, en: ROUILLON, Adolfo A. N., *Reformas al régimen de los concursos*, p. 29 y sigtes., Astrea, Buenos Aires, 1986, y en *Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*, RDCO 1984, y Rivista "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali", Annata LX, ene-abr 1985, Nº 1-2, p. 79.

contenida en la *regla de las preferencias locales* ha sido sensiblemente acotada, por la reforma legislativa de 1983 y por la aplicación jurisprudencial posterior, cierto matiz discriminatorio subsiste en alguna medida. También tiene un sesgo discriminatorio la *regla de la reciprocidad*. Igualmente, constituyen manifestaciones de *protección de los créditos "locales"* (pagaderos en la Argentina), y consiguiente discriminación respecto de los *créditos pagaderos exclusivamente en el extranjero*: (a) la posibilidad de declarar la quiebra en la Argentina de *los bienes existentes en el país y pertenecientes a deudor domiciliado en el extranjero*, ya que sólo el acreedor con crédito local podría peticionar esta quiebra; (b) la imposibilidad de invocar un concurso extranjero para *disputar derechos a los acreedores locales sobre bienes existentes en el país ni para anular los actos celebrados por ellos con el concursado*; (c) la posibilidad de declarar la quiebra del deudor declarado en *concurso en el extranjero*, sin necesidad de acreditar el estado de cesación de pagos, que sólo se habilita al *acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina*. Todas esas reglas discriminatorias lucen como incongruentes con los lineamientos de la política económica y de la política internacional hoy vigentes en el país. Tampoco se advierten cuáles son las actuales ventajas de mantener esas reglas que, aunque van perdiendo relevancia en la legislación y, en los últimos quince años, no han dado lugar a fallos jurisprudenciales chauvinistas, todavía mantienen una imagen discriminatoria inútil y contraproducente. En síntesis, un régimen *anacrónico* respecto de la realidad argentina presente, de nuestra inserción en la economía regional y global, de la manera como hoy se llevan a cabo las transacciones económicas y financieras, de los sistemas contemporáneos de comunicaciones, y de la principal problemática actual de los procesos concursales de reorganización de empresas transfronterizas.

Frente a esa pobreza normativa (3), la realidad económica de los tiempos que corren hace prever que los jueces argentinos deberán enfrentar un número cada vez más alto de casos con cuestiones internacionales de insolvencia. Sin embargo, el derecho argentino de insolvencias transfronterizas aún carece de reglas modernas para solucionar los principales

(3) La orfandad legislativa argentina en este aspecto no es exclusiva de nuestro país. Al contrario, "sólo un número reducido de países dispone de un marco legislativo que permita abordar la insolvencia transfronteriza de forma adecuada a las necesidades del comercio internacional" (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 30° Período de Sesiones, Viena, 12 a 30 de mayo de 1997).

problemas que han de presentarse. Ellos, en síntesis, son: el *reconocimiento* de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el acceso a la justicia argentina de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia, y la *cooperación* internacional entre jueces concursales argentinos y extranjeros. Por estas cuestiones, y no por las anacrónicas, insuficientes e ineficaces reglas que hoy tenemos, pasa el derecho concursal internacional del tercer milenio.

Emerge así la cuestión acerca de los caminos que pueden recorrerse para mejorar el panorama descripto. Simplificando, las alternativas pueden reducirse a dos: celebrar nuevos tratados internacionales o sustituir la legislación interna. Cabe aclarar que las alternativas *no son excluyentes*. Son distintas, tienen diferentes ventajas e inconvenientes —que someramente analizaremos a continuación—, pero pueden abordarse de manera simultánea sin que la mejora obtenida en una vía cierre el paso a los esfuerzos que puedan hacerse en la otra.

II. El camino de los tratados internacionales sobre procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza

La experiencia mundial muestra que el camino de los tratados o convenciones internacionales multilaterales sobre procedimientos concursales es difícil de recorrer y pocas veces conduce a buen destino. En otras palabras, los intentos de regulación internacional de algunos aspectos de los concursos transfronterizos sólo han redundado en escasas concreciones. Al respecto, basta señalar que, además de los ya mencionados *Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940*, en el mundo sólo pueden exhibirse como ejemplos relevantes en la materia al *Código de Bustamante*, firmado en la Conferencia de La Habana de 1928 y ratificado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela; y a la *Convención Nórdica sobre Quiebras*, firmada en Copenhague en 1933 y de la cual son partes Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia.

El más ambicioso intento multinacional de convenio sobre procedimientos concursales llevado a cabo en los últimos tiempos ha sido, sin duda, la *Convención de la Unión Europea sobre Procedimientos de Insolvencia* (4). Dentro de un ámbito internacional favorable a la

(4) El texto complejo en traducción no oficial al castellano realizada desde el texto francés por el prof. Pablo Van Nieuwenhove, puede verse en DYEG, p. 159 y sigtes.

armonización legislativa, como es el contexto de los países de la Unión Europea que componen el espacio geográfico multinacional más fuertemente integrado en materia económica del mundo, con avances y retrocesos se trabajó desde 1960 en diversos borradores de convenios sobre nuestra materia. Recién en septiembre de 1995 —después de 35 años de esfuerzos— se aprobó por el Consejo de Ministros de la Unión Europea el texto de una convención sobre procedimientos de insolvencia que, para entrar en vigencia, debía ser firmada por los quince países de la Unión, entre el 23 de noviembre de 1995 y el 23 de mayo de 1996. La efectiva vigencia se produciría sólo cuando el último de los países ratificase la convención, y en la medida en que lo hiciera dentro de ese lapso. Ocurrió que catorce Estados miembros habían ratificado la convención, cuando el Reino Unido —único faltante— se negó a hacerlo. Periodísticamente se interpretó que ello era muestra de la insatisfacción de ese país con la política seguida entonces por sus socios europeos en el tema de la exportación británica de carnes a raíz del llamado “mal de la vaca loca” o encefalopatía espongiforme bovina. Interpretaciones posteriores —más técnicas— atribuyen la negativa a impedimentos que emergerían de la propia convención, y que influirían de manera adversa al Reino Unido en la vieja controversia con España acerca de la soberanía sobre el territorio de Gibraltar (5). Cualquiera fuese el motivo de la negativa británica, lo cierto es que produjo el lamentable resultado de dejar en vía muerta al más logrado esfuerzo contemporáneo multinacional en la materia. Hoy, cinco años después, todavía se discute qué hacer para tratar de revivir esta obra, asumiéndose que resucitarla como convención es prácticamente imposible ya que supondría abrir interminables discusiones sobre temas acerca de los cuales fue ya difícil acordar antes de 1995. Así, se ha pensado en ponerla en vigor entre los catorce países restantes, lo cual dejaría a un socio de la Unión —el Reino Unido— en situación muy incómoda, además de que no se trataría ya de un convenio de la Unión y, en consecuencia, la Corte Europea de Justicia carecería de competencia. Otra alternativa propuesta ha sido incorporar el contenido de la frustrada convención como una regulación dentro del Tratado de Amsterdam sobre Cooperación Judicial en Materia Civil, permitiendo a las naciones europeas adoptarla o no, aunque aún es incierto el destino que así tendría.

(5) Ver: FLETCHER, Ian F., *Insolvency in Private International Law - National and International Approaches*, p. 298, Clarendon Press, Oxford, 1999.

El ejemplo europeo al que sintéticamente hemos referido es emblemático en cuanto muestra las dificultades y desventajas del camino de los tratados internacionales multilaterales en materia de procedimientos de insolvencia: *enorme esfuerzo* para negociar cada cláusula con varios países, *tiempos impredecibles* para concluir la negociación, *inciertos resultados* y, en el mejor de los supuestos, *alcances limitados* a un (necesariamente) reducido grupo de países.

En el caso de la Argentina, hoy resulta impensable abrir un proceso de negociación de un tratado sobre insolvencia transfronteriza más allá de los países de la región, actual o potencialmente miembros del Mercosur. Inclusive respecto de ellos no es seguro que los que no son partes de los Tratados de Montevideo —Brasil y Chile— estén dispuestos a encarar tal negociación. De toda suerte, aunque ello fuere factible, en el mejor de los casos el resultado favorable concretado en un tratado o convención internacional sobre insolvencias transnacionales solamente remediaría los problemas de los concursos transfronterizos dentro del espacio geográfico del Mercosur, dejando libradas al régimen de fuente interna las cuestiones que pudiesen emerger cuando la internacionalidad se produjese con cualquier otro país del universo. Esto muestra que remozar el régimen argentino para insolvencias transfronterizas de *fuente interna* es prioritario, independientemente de los esfuerzos que, simultánea o sucesivamente, pudieran encararse en el ámbito regional o del Mercosur. Por fin, es de señalar que la hipótesis ideal de alcanzar un tratado en ese ámbito y, a la vez, la actualización del régimen interno, dejaría intacta la prevalencia del tratado entre los países ratificantes.

III. La alternativa de mejorar la legislación interna estableciendo reglas de cooperación en los procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza

Frente a los señalados inconvenientes que exhibe la elección del camino de los tratados internacionales (cuando se lo elige como única vía a transitar), se alzan las ventajas de la alternativa del remozamiento de la legislación nacional en el tema. Ello, a nuestro juicio, es prioritario e independiente de que se encaren, simultánea o sucesivamente, procesos de negociación de convenciones o tratados internacionales.

Es evidente que la reforma de la legislación nacional exige un *esfuerzo menor*, al estar circunscriptos el debate y la aprobación del nuevo

régimen sólo a las autoridades legislativas nacionales. Por eso, también el tiempo para adoptar en el orden interno nuevas soluciones puede ser *breve*, y los *resultados predecibles*. Asimismo, el alcance sería universal, aunque entendido esto en sentido *unilateral*; vale decir, el régimen de reglas argentinas de fuente interna se aplicaría universalmente, a cualquier concurso con elementos transfronterizos, salvo que se tratare de países que fuesen partes, con la Argentina, en tratados o convenciones internacionales sobre la materia. Como estos últimos siempre habrían de prevalecer sobre la legislación interna, se advierte la *compatibilidad y complementariedad de la fuente interna respecto de la fuente internacional*.

En otro orden, es dable resaltar que en la Argentina hay mucha mayor experiencia jurisprudencial en casos de insolvencia transfronteriza en los que se ha hecho aplicación de su derecho interno (las reglas de Derecho Internacional Privado de las leyes de concursos que sucesivamente han tenido vigencia en el país), comparando con los casos en que se han aplicado las reglas de fuente internacional (los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940). Este es un dato de la experiencia que también debería alentar el inmediato emprendimiento de la modernización del régimen de fuente interna.

Al respecto, las preguntas que inmediatamente surgen son: ¿cómo hacerlo?, ¿con qué alcance?, ¿con cuál orientación?, ¿siguiendo cuáles normas comparadas?

Nuestra primera respuesta es que debemos de plano descartar la idea de introducir meros retoques a los actuales arts. 2° (inc. 2), 3° (inc. 5) y 4° de la ley 24.522. Esto sería una reforma cosmética, absolutamente ineficiente y muy mal signo externo al revelar que el país se sigue aferrando a una anacrónica concepción aislacionista y discriminatoria.

Preferimos, y postulamos, la adopción de un régimen moderno y eficiente, que contemple los verdaderos intereses nacionales —aumentando nuestra previsibilidad y disminuyendo nuestra tasa de riesgo país—, y los de sus empresas en dificultades cuando ellas acuden a procedimientos de insolvencia buscando la reorganización, la preservación de valor y el mantenimiento de empleos, para lo cual es menester introducir en la legislación interna reglas que posibiliten la *cooperación* internacional, el *reconocimiento* de los procesos concursales, y el *acceso* de los funcionarios y de los acreedores foráneos a estos últimos,

así como el de nuestros funcionarios concursales y acreedores domésticos a los procesos extranjeros.

Con esos fines en mira, y partiendo del análisis de la realidad y experiencias internacionales en esta materia tan reacia a los tratados o convenciones multilaterales, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), más conocida por su sigla UNCITRAL (derivada del idioma inglés), ha elaborado una Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, con una Guía para su incorporación al derecho interno de los Estados (6). Pasaremos a hacer un somero análisis de esta propuesta y, luego, concluiremos con la evaluación final que ella merece a nuestro juicio (7).

IV. Lineamientos generales de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre la Insolvencia Transfronteriza

La Ley Modelo comienza definiendo su *finalidad* y enumerando los *objetivos*, en un Preámbulo cuyo texto transcribimos:

“La finalidad de la presente Ley es la de establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los objetivos siguientes:

- a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;
- b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;
- c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

(6) La negociación definitiva del proyecto se hizo en el trigésimo período de sesiones de la Comisión (Viena, 12 a 30 de mayo de 1997), al final del cual la Comisión aprobó la Ley Modelo por consenso el 30 de mayo de 1997. Junto con los 36 Estados miembros de la Comisión, participaron en las deliberaciones de la Comisión y del Grupo de Trabajo representantes de 40 Estados observadores y de 13 organizaciones internacionales. Poco después, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997, en la que expresó su reconocimiento a UNCITRAL por haber terminado y aprobado la Ley Modelo.

(7) El texto completo en varios idiomas, incluido el castellano, puede consultarse ingresando al Website de las Naciones Unidas <http://www.un.or.at>, y luego buscando UNCITRAL.

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo”.

Siguen luego cinco capítulos que contienen: (I) disposiciones generales; (II) reglas que rigen el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado donde tramita el proceso concursal; (III) regulación del reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y de las medidas —principalmente, cautelares— otorgables en el país; (IV) principios y formas de cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros; y (V) sistemas de coordinación de procedimientos paralelos de insolvencia de un mismo sujeto.

Sintéticamente nos referiremos a esos cinco capítulos en los puntos que siguen.

V. Las disposiciones generales de la Ley Modelo

a) *Definiciones*

Sin seguir el orden numérico de la Ley Modelo, comenzamos el análisis destacando que su art. 2 contiene un breve glosario en el cual se definen los principales términos utilizados en el resto del texto. Se trata de palabras claves que pueden tener diferente significación según el derecho interno de cada país, razón por la cual se procura uniformar la terminología utilizando voces de gran amplitud a las que, a su vez, se les asigna una *definición a los fines de la presente ley*.

Para lo que en la Argentina habitualmente hoy llamamos “concurso en el extranjero” (art. 4, ley 24.522), la Ley Modelo utiliza una expresión más genérica: “*procedimiento extranjero*”. El, a los fines de la Ley Modelo, es “*el procedimiento colectivo, ya sea judicial o administrativo incluido el de índole provisional, que se siga en un Estado extranjero con arreglo a una ley relativa a la insolvencia y en virtud del cual los bienes y negocios del deudor queden sujetos al control o a la supervisión del tribunal extranjero, a los efectos de su reorganización o liquidación*” (art. 2, a). Para usar un ejemplo fácilmente asequible, desde un país que adoptase la Ley Modelo, nuestra quiebra y nuestro concurso preventivo

serían, sin duda, "*procedimientos extranjeros*"—a los fines de esa ley—, mientras que (a nuestro juicio) no lo sería nuestro acuerdo preventivo extrajudicial (arts. 69 a 76, ley 24.522) al faltar en éste el *control o la supervisión del tribunal sobre los bienes y negocios del deudor*.

En varias disposiciones de la Ley Modelo se establecen diferencias, sobre todo en las medidas otorgables a partir del reconocimiento de un procedimiento extranjero, según éste fuera considerado "*procedimiento extranjero principal*" o, al contrario, "*procedimiento extranjero no principal*". De ahí que los siguientes incisos b) y c) del art. 2 de la Ley Modelo definen las diferencias. Por "*procedimiento extranjero principal se entenderá el procedimiento extranjero que se siga en el Estado donde el deudor tenga el centro de sus principales intereses*" (más adelante [art. 16, párr. 3.] se establece la presunción *juris tantum* de que *el domicilio social del deudor o su residencia habitual, si se trata de una persona natural, es el centro de sus principales intereses*). Por "*procedimiento extranjero no principal se entenderá un procedimiento extranjero, que no sea un procedimiento extranjero principal, que se siga en un Estado donde el deudor tenga un establecimiento en el sentido del inciso f*". Este define al "*establecimiento*" como "*todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios*".

Las legislaciones de insolvencia de los diferentes países suelen tener en común la existencia de un sujeto u órgano a los cuales, dentro del proceso de reorganización o de liquidación, se asignan atribuciones y deberes relacionados con los bienes y negocios del concursado. El alcance de esos deberes y atribuciones, así como la designación misma del sujeto en cuestión, son variados. Por ello, la Ley Modelo utiliza la expresión "*representante extranjero*" para definir que por él "*se entenderá la persona o el órgano, incluso el designado a título provisional, que haya sido facultado en un procedimiento extranjero para administrar la reorganización o la liquidación de los bienes o negocios del deudor o para actuar como representante del procedimiento extranjero*" (art. 2, inc. d). Siguiendo el hilo del ejemplo anterior, desde un país que adoptase la Ley Modelo, el síndico concursal de la ley argentina 24.522 encuadraría dentro de la definición de "*representante extranjero*"; no así, a nuestro criterio, el comité provisorio de acreedores (art. 14 inc. 11, y art. 42, ley 24.522).

Finalmente, por "*tribunal extranjero*", el inc. e) del art. 2 de la Ley Modelo dice que "*se entenderá la autoridad judicial o de otra índole que*

sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento extranjero”.

b) Ambito de aplicación

La delimitación del ámbito de aplicación de las disposiciones de la Ley Modelo se hace en su art. 1, el que en cuatro incisos define otros tantos casos de operatividad de ella. Esos casos son los siguientes.

Primero, cuando *“un tribunal extranjero o un representante extranjero solicite asistencia”*—en el país que adopte la Ley Modelo— *“en relación con un procedimiento extranjero”*.

Segundo, toda vez que *“se solicite asistencia en un Estado extranjero en relación con un procedimiento que se esté tramitando”*, en el país que adopte la Ley Modelo, con arreglo a las normas del derecho interno de éste relativas a la insolvencia.

Tercero, en el supuesto en que *“se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor un procedimiento extranjero y un procedimiento”*, en el país que adopte la Ley Modelo, con arreglo a las normas del derecho interno de éste relativas a la insolvencia.

Cuarto, en todos los casos en que *“los acreedores u otras personas interesadas, que estén en un Estado extranjero, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando con arreglo”* a la legislación sobre insolvencia del país que adopte la Ley Modelo.

Es de destacar que la segunda parte del art. 1 de la Ley Modelo contempla la posibilidad de *excluir de su ámbito de aplicación* a todas las entidades que, en el Estado que adopte la Ley Modelo, pudiesen estar sometidas a regímenes especiales de insolvencia (por caso, las entidades financieras, las aseguradoras y/u otras que se desee excluir del régimen de la Ley Modelo).

c) Tribunal o autoridad competente

En su art. 4, la Ley Modelo propone al Estado que la adopte que éste identifique quién o quiénes será/n el tribunal, tribunales u otra autoridad, competentes para ejercer *“las funciones a las que se refiere la presente Ley relativas al reconocimiento de procedimientos extranjeros y en materia de cooperación con tribunales extranjeros”*.

También ha de indicarse (art. 5 de la Ley Modelo) quién será, en el país que adopte la Ley Modelo, la persona o el órgano a quienes se atribuyan las facultades “*para actuar en un Estado extranjero en representación de un procedimiento abierto*” conforme a la ley de insolvencia del Estado adoptante de la Ley Modelo. Ello, claro está, “*en la medida en que lo permita la ley extranjera aplicable*”.

d) Otras disposiciones generales

El art. 3 de la Ley Modelo deja a salvo las “*obligaciones internacionales del Estado*” que adopte ese texto, al establecer que en caso de conflicto entre él y un tratado u otra forma de acuerdo internacional, “*prevalecerán las disposiciones de ese tratado o acuerdo*”. Esto permite adoptar la Ley Modelo aunque el país ya fuera parte de tratados internacionales sobre procedimientos de insolvencia (como los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, en el caso de la Argentina), e inclusive aunque estuviera negociando, o se propusiera emprender negociaciones, con otros países determinados para arribar a acuerdos internacionales diferenciados en materia de coordinación de reglas sobre procedimientos de insolvencia. Por caso, la Argentina podría adoptar la Ley Modelo para regir como regla universal, sin perjuicio de mantener y/o incorporar regímenes con particularidades distintas destinados a regular los concursos transfronterizos que involucren a determinados países de la región o del Mercosur. El art. 3 de la Ley Modelo deja en claro la *compatibilidad de coexistencia* de su régimen con la existencia de tratados o convenciones internacionales y establece, a la vez, la regla jerárquica que hace prevalecer a los tratados o acuerdos internacionales, en línea con el art. 75, inciso 22, de nuestra Constitución Nacional.

El art. 6 de la Ley Modelo consagra la llamada “*excepción de orden público*”, según la cual “*nada de lo dispuesto en la presente Ley impedirá que el tribunal se niegue a adoptar una medida en ella regulada, de ser esa medida manifiestamente contraria al orden público*” del Estado adoptante de la Ley Modelo.

Por el art. 7 de la Ley Modelo se deja a salvo la facultad del tribunal local de prestar “*asistencia adicional al representante extranjero*”, más allá de lo previsto en la Ley Modelo, cuando otra norma del derecho interno del Estado adoptante de la Ley Modelo así lo autorizase.

La última de las *disposiciones generales*, contenida en el art. 8 de la Ley Modelo, es una regla de interpretación válida para todo el cuerpo

legal, según la cual *"en la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe"*.

VI. Acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales del Estado adoptante de la Ley Modelo

a) Reglas sobre acceso del representante extranjero

Los arts. 9 a 12 de la Ley Modelo consagran las siguientes reglas relacionadas con el acceso del representante de un procedimiento extranjero de insolvencia ante los tribunales del Estado que adopte la Ley Modelo.

Primero, una regla genérica que reconoce el *"derecho de acceso directo"*, según la cual *"todo representante extranjero estará legitimado para comparecer directamente ante un tribunal"* del Estado adoptante de la Ley Modelo. En el caso argentino, esto sería una novedad que vendría a suplir la actual carencia de reglas específicas sobre el punto en el régimen de insolvencias transfronterizas de fuente interna.

Segundo, la limitación del alcance que ha de asignarse a la presentación del representante extranjero ante el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo, estableciéndose que tal presentación *"no supone la sumisión de éste (el representante extranjero), ni de los bienes y negocios del deudor en el extranjero, a la jurisdicción de los tribunales locales para efecto alguno que sea distinto de la solicitud"*.

Tercero, se confiere legitimación al representante extranjero para *solicitar la apertura de un procedimiento local* de insolvencia siempre que se cumplan las condiciones exigidas por el derecho interno para la apertura de ese procedimiento; y, luego del reconocimiento local del procedimiento extranjero, *participar en todo procedimiento* abierto respecto del mismo deudor con arreglo al derecho interno de insolvencia del Estado adoptante de la Ley Modelo.

b) Reglas sobre acceso de los acreedores extranjeros

Los arts. 13 y 14 de la Ley Modelo regulan el acceso de los acreedores extranjeros a los procedimientos concursales del país que adopte dicho régimen.

Si bien la Ley Modelo parte de la premisa de que hay diferencia entre acreedores extranjeros y locales, ella no define cuál es el criterio de distinción entre unos y otros. De tal suerte, dicho criterio quedaría librado al derecho interno de cada país. Recordemos que en la Argentina ha sido tradicional distinguir en los regímenes concursales a los acreedores (mejor: a los créditos) extranjeros de los locales, con base en el lugar de exigibilidad de la obligación. Ese eje de diferenciación atribuye el carácter de extranjero sólo al crédito que es pagadero exclusivamente en el exterior, y reserva el carácter de local al crédito pagadero en la Argentina y al crédito que tiene cláusula de pago alternativo en la Argentina y/o en otro país (8).

En cuanto a los *derechos de los acreedores extranjeros*, la primera parte del art. 13 de la Ley Modelo establece que ellos "gozarán de los mismos derechos" que los acreedores locales para *solicitar la apertura de un procedimiento* de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, y para *participar* en los procedimientos de insolvencia con arreglo al derecho interno del país adoptante de la Ley Modelo. Ello importaría, en el sistema concursal argentino vigente, que un acreedor cuyo crédito es exclusivamente exigible fuera del país pudiera pedir la declaración de quiebra del deudor domiciliado en la Argentina, en los mismos términos que podría hacerlo un acreedor cuyo crédito es exigible en la Argentina (9). A su vez, el derecho de participación en el concurso argentino, de igual modo que los acreedores locales, a nuestro criterio derogaría la actualmente vigente *regla de reciprocidad* del penúltimo párrafo del art. 4 de la ley 24.522 (10).

En materia de *privilegios* se propone una norma interesante y algo flexible (segundo párrafo del art. 13 de la Ley Modelo). La primera de las reglas deja a salvo el *orden de prelación de los créditos* que establece el derecho interno del país donde está abierto el procedimiento concursal aunque se adoptase, en ese país, la Ley Modelo. Es la consagración del principio, generalmente aceptado, de que los privilegios en los con-

(8) Ver ob. cit. en nota 1, p. 13

(9) En alguna medida, ello ha sido ya reconocido por la jurisprudencia argentina en los casos "Vicario, José M." y "Sager, Gerold". Ver obra citada en nota 1, p. 19

(10) Ver ob. cit. en nota 1, p. 14

ursos se rigen por la *lex fori* (11). Luego, se consigna una segunda regla que no elimina las preferencias locales, pero las acota: *no se asignará a los créditos extranjeros una prelación inferior a la de los acreedores comunes o quirografarios locales, salvo el caso en que el crédito extranjero fuera equivalente a un crédito local que tuviese (éste) rango inferior a quirografario, supuesto en el cual se asignaría al crédito foráneo este último rango subordinado (pero no por la mera circunstancia de ser crédito extranjero, sino porque aun de haber sido local le hubiese correspondido prelación inferior a quirografaria)*. Por fin, se otorga flexibilidad al Estado adoptante para que contemple la posibilidad de excluir del proceso concursal local a los *créditos extranjeros por concepto de impuestos o seguridad social*.

En el art. 14, se impone cursar a *los acreedores conocidos que no tengan domicilio* en el Estado adoptante de la Ley Modelo, las mismas notificaciones de los procesos concursales que deban practicarse a los acreedores con domicilio en ese Estado. Se eliminan al efecto las formalidades de las *cartas rogatorias* o cualquier otra similar y, como regla, se sugiere la notificación *por separado* a cada acreedor extranjero, salvo que el tribunal considere adecuada otra forma según las circunstancias del caso. También se detallan los aspectos mínimos que debe contener la notificación para facilitar la presentación de los acreedores extranjeros al proceso concursal.

VII. Reconocimiento de un procedimiento extranjero y medidas otorgables en el Estado adoptante de la Ley Modelo

El más largo de los capítulos de la Ley Modelo —Capítulo III—, contiene diez artículos (arts. 15 al 24 incluido) que regulan detalladamente la posibilidad reconocida al representante extranjero de *solicitar*, ante el tribunal del país adoptante de la Ley Modelo, el reconocimiento del procedimiento extranjero de insolvencia en el que aquél hubiera sido designado. También se detallan las *formalidades* de la solicitud de reconocimiento, para lo cual se ofrecen alternativas y se faculta al tribunal requerido a presumir que los documentos son auténticos, estén o no legalizados. Asimismo, se enuncian los *efectos* de la solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia en un país

(11) Ver ob. cit. en nota 1, p. 4

adoptante de la Ley Modelo, y los efectos del reconocimiento en sí, así como las *medidas que pueden otorgarse en este país*, en protección de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor. Someramente reseñaremos los aspectos salientes de este largo capítulo.

Es interesante puntualizar que a partir de la *solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero*, y antes de que ella sea resuelta, el tribunal requerido ya puede, a instancia del representante extranjero, en casos de necesidad y urgencia para proteger los bienes del deudor o los intereses de los acreedores, *otorgar medidas provisionales disponiendo*: la paralización de las ejecuciones contra los bienes del deudor; la conservación o la inmediata realización de bienes del deudor cuando ello fuera necesario para preservar el valor por ser bienes perecederos, susceptibles de devaluación o estén amenazados por cualquier causa; suspender el derecho de enajenar o gravar bienes del deudor; el aseguramiento de pruebas; o cualquier otra medida cautelar reconocida por el derecho interno del Estado adoptante de la Ley Modelo.

Después del reconocimiento del procedimiento extranjero —que el tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo debe calificar como “*principal*” o “*no principal*”—, se otorgan medidas similares a las descritas en el párrafo precedente. La diferencia entre el carácter asignado al procedimiento extranjero después de su reconocimiento se traduce en que, de ser él “*principal*” las medidas relacionadas operan automáticamente, mientras que en el supuesto de ser “*no principal*” es menester una decisión judicial expresa y el previo requerimiento (o instancia) del representante extranjero.

Otras disposiciones destacadas de este capítulo son las siguientes.

El tribunal del Estado adoptante de la Ley Modelo al cual acude el representante extranjero para obtener el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, debe asegurarse que *quedan debidamente protegidos los intereses de los acreedores y de otras personas interesadas, incluido el deudor, al otorgar, denegar, modificar o dejar sin efecto cualquier medida*. También puede *supeditar toda medida a las condiciones que juzgue convenientes*. Y es *posible modificar o dejar sin efecto, cualquier medida, a instancia del representante extranjero, de toda persona afectada, y aun de oficio*.

El representante extranjero, a partir del reconocimiento del procedimiento extranjero de insolvencia en el Estado adoptante de la Ley Modelo, adquiere *legitimación* para: entablar acciones tendientes a dejar sin efecto actos perjudiciales a los acreedores; e intervenir en todo proceso en que el deudor sea parte, conforme a las leyes procesales internas de este Estado.

VIII. Cooperación entre tribunales y representantes, locales y extranjeros

Los arts. 25 a 27 de la Ley Modelo integran su Capítulo IV, dedicado al problema de la "cooperación" internacional—entre tribunales y representantes concursales—, aspecto que suele ser clave para el éxito de los objetivos perseguidos por cualquier sistema moderno de coordinación de procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza.

La Ley Modelo pone énfasis en establecer un *deber de cooperación* internacional, "en la medida de lo posible". Para ello, el tribunal local está facultado para "ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos". También los órganos del concurso local, "en ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal", están facultados "para ponerse en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros". En un medio en el que hoy es imprescindible actuar con rapidez, superando vallas enormes como las diferencias de las legislaciones concursales internas bajo las cuales se desenvuelven los plurales procedimientos involucrados, la coordinación de éstos con miras a la continuación de la actividad empresarial, la maximización del valor de los bienes y de la empresa en marcha y la preservación de los empleos, sólo pueden obtenerse con una comunicación ágil y directa—hasta por teléfono, si es preciso— entre los jueces y/o los representantes concursales ubicados en los diferentes países. Utilizar efectivamente esta posibilidad, superando prejuicios y barreras idiomáticas o culturales, es, quizás, el mayor desafío que propone la Ley Modelo y la mayor garantía de lograr éxito en su finalidad de "establecer mecanismos eficaces para la resolución de los casos de insolvencia transfronteriza".

Ese revolucionario llamado a la comunicación abierta y directa entre jueces y/o representantes de procedimientos concursales, se complementa con la no menos amplia fórmula que trae el art. 27 sobre las

"formas de cooperación". Esa cooperación "podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

- a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;
- b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
- c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;
- d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos,
- e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor,
- f) [Otras formas de cooperación que desee agregar el Estado que incorpore el régimen de la Ley Modelo].

IX. Procedimientos paralelos y reglas finales

El último capítulo de la Ley Modelo —Capítulo V—, contiene previsiones para coordinar ciertos aspectos conflictivos que pueden presentarse en los siguientes casos: primero, cuando a un procedimiento extranjero principal previo le sucede un procedimiento no principal local posterior (art. 28); segundo, cuando se tramiten simultáneamente, respecto del mismo deudor, un procedimiento de insolvencia extranjero y otro local (art. 29); y tercero, cuando existan dos o más procedimientos extranjeros respecto del mismo deudor (art. 30).

La regla del art. 31 de la Ley Modelo es muy parecida a la establecida en la primera oración de nuestro art. 4 de la ley 24.522, aunque más acotada que ésta. Se dispone en la primera que "*salvo prueba en contrario, el reconocimiento de un procedimiento extranjero principal constituirá prueba válida de que el deudor es insolvente a los efectos de la apertura de un procedimiento*" concursal con arreglo a la legislación interna del Estado que adopte la Ley Modelo.

Y por fin, el art. 32 de la Ley Modelo consagra *mutatis mutandi* una regla de paridad en los dividendos similar a la contenida en el último

párrafo del vigente art. 4 de la ley concursal argentina 24.522. Bajo el título "*Regla de pago para procedimientos paralelos*" el último artículo de la Ley Modelo dice que "*sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero con arreglo a una norma relativa a la insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento de insolvencia que se siga con arreglo a*" la legislación interna sobre insolvencia "*respecto de ese mismo deudor, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor*".

X. Apreciaciones finales y evaluación

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ha elaborado una *Guía para la incorporación al derecho interno de la ley modelo sobre insolvencia transfronteriza*, de la cual rescatamos algunas apreciaciones que pasamos a reseñar por compartirlas íntegramente.

La Ley Modelo "*recoge las prácticas, en materia de insolvencia internacional transfronteriza, que caracterizan a los sistemas más modernos y eficientes de administración de las insolvencias internacionales*", a la vez que "*respeto las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, pero su régimen sí ofrece soluciones que pueden ser útiles*" a cualquier Estado que "*quiera dotar a su derecho de la insolvencia con una normativa moderna, equitativa y armonizada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza*". Es, así, una propuesta realista, alejada de las fantasías inalcanzables de la legislación sustantiva concursal unificada o de la universalidad o unidad concursal más allá de las fronteras nacionales. Su realismo finca, sobre todo, en ofrecer soluciones modestas pero significativas y alcanzables, ya que pueden ser fácil y rápidamente adoptadas por todos los países, cualquiera fuese la orientación, objetivos y principios inspiradores de sus respectivos derechos internos sobre insolvencia.

Es muy importante destacar que la Ley Modelo no abdica de las preocupaciones tradicionales de las normas internacionales de insolvencia —el problema del reparto de los bienes liquidados entre acreedores

locales y extranjeros—, pero a la vez incorpora reglas hoy inexistentes en la mayoría de los países, incluida la Argentina, que permiten afrontar preocupaciones más actuales, a partir del reconocimiento del fenómeno de la empresa transnacional. En concreto, es loable la preocupación por facilitar la coordinación rápida de los múltiples procesos concursales de reorganización localizados en diferentes países, con miras a maximizar el valor de las empresas —aunque estén en crisis—, salvarlas y preservar empleos.

Otra ventaja es su *“flexibilidad inherente a toda ley modelo”*, que hace posible a cada Estado introducir modificaciones en el texto uniforme. Aunque, claro está, no sea deseable la abundancia de supresiones o modificaciones, ya que el menor número de cambios es lo que permite alcanzar el mayor grado de armonización internacional.

El acento puesto en la cooperación internacional entre jueces y representantes de procedimientos concursales, sumado al claro estímulo a la comunicación directa entre ellos, permitirían la actuación rápida también con miras a conjurar las *“operaciones fraudulentas de deudores insolventes”*, que hoy, gracias a la interconexión mundial y la facilidad de desplazamiento electrónico de capitales, pueden velozmente ocultar o transferir activos a otras jurisdicciones. *“Los mecanismos de cooperación transfronteriza establecidos por la Ley Modelo tienen por finalidad combatir ese fraude internacional”*.

Igualmente, permite explorar de manera internacionalmente coordinada soluciones preventivas o de reorganización de empresas en crisis. Esto redundaría en beneficio de los acreedores cuya posibilidad de cobro es usualmente mayor en los procesos preventivos que en los procesos liquidativos, a la vez que aumenta la posibilidad de rescatar empresas viables, maximizándose valor y salvando empleos.

Todo ello contribuye a afianzar los valores de previsibilidad y de seguridad jurídica, tan tenidos en cuenta a la hora de calificar el riesgo país. En palabras del documento que venimos citando: *“La falta de previsibilidad sobre cómo se administrará una eventual insolvencia transfronteriza, obstaculiza el flujo de capitales y desincentiva la inversión transfronteriza”*; mientras que, por lo contrario, *“todo dispositivo de derecho interno que permita coordinar la administración de insolvencias transfronterizas abre vías para adoptar soluciones sensatas que pueden interesar tanto a los acreedores como al deudor, por lo que la presencia de*

ese tipo de mecanismos en el derecho interno de un Estado es percibida como un factor ventajoso para toda inversión u operación comercial en ese Estado". El aumento de la previsibilidad en un área especialmente sensible y muy tenida en cuenta por el inversor extranjero, cual es la existencia de reglas claras y no discriminatorias para tratar las relaciones entre acreedor y deudor en contextos de crisis o de insolvencia, es factor que debería incidir directamente en la disminución de la tasa de riesgo del país. Es de destacar que uno de los países —llamados "emergentes"— que más recientemente ha alcanzado el grado de inversión (*investment grade*) es México. Casualmente o no, esa hermana república hispanoamericana ha puesto en vigencia este año su nueva Ley de Concursos Mercantiles (abril de 2000) en la cual se adopta íntegramente, y casi sin modificaciones, la Ley Modelo, como Título Duodécimo de la ley concursal mexicana denominado "*De la cooperación en los procedimientos internacionales*" (12).

A nuestro juicio, ninguna de las disposiciones de la Ley Modelo es contraria a nuestra Constitución Nacional, ni a los principios fundamentales del derecho argentino o a su orden público, ni a los verdaderos y principales intereses del país. Por el contrario, es conveniente para ellos y permitiría, de manera rápida y sencilla —pues el trabajo, en lo fundamental, ya está hecho— actualizar nuestras obsoletas reglas de Derecho Internacional Privado concursal, en línea con la más moderna tendencia universal. A la vez, y como beneficio no menor, daríamos una importante señal de previsibilidad y seguridad jurídica a la inversión foránea.

Sólo es cuestión de poner manos a la obra. ♦

(12) En 1999, Eritrea fue el primer país que incorporó la Ley Modelo. Este año 2000 lo ha hecho México. Actualmente, tiene consideración parlamentaria, con alto grado de probabilidad de ser aprobada, en los Estados Unidos de Norteamérica, el Reino Unido, la República de Sudáfrica, Australia y Nueva Zelanda.

CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA LEY CONCURSAL ARGENTINA 24.522

POR ADOLFO A. N. ROUILLON (*)

SUMARIO: I. La insolvencia transfronteriza y las reglas concursales argentinas de Derecho Internacional Privado. — II. Deudor domiciliado en el extranjero con bienes en la Argentina. — III. Juez competente en la quiebra del deudor no domiciliado en la República Argentina. — IV. Cómo incide el concurso extranjero, en la Argentina, cuando en este país hay activos y acreedores "locales" pero no hay concurso en la Argentina. — V. La situación de los acreedores "extranjeros" en caso de concurso en la Argentina: reconocimiento de créditos, prioridades, subordinación. — VI. Paridad en los dividendos. — VII. Conclusiones.

I. La insolvencia transfronteriza y las reglas concursales argentinas de Derecho Internacional Privado

a) Introducción

La insolvencia con repercusión más allá de las fronteras nacionales, y los respectivos concursos con elementos extranjeros, dan nacimiento a numerosas cuestiones conflictivas, verdaderos dolores de cabeza para todos los involucrados. Esto parece ser así en todo el mundo. También parece ser universal la dificultad para identificar, comparar y eventualmente armonizar, las reglas de Derecho Internacional Privado llamadas a resolver estos problemas. El estudio de esas reglas se asemeja al armado de un rompecabezas al cual invariablemente le faltan piezas y cuyo dibujo o diseño final es desconocido.

(*) Disertación pronunciada por el Dr. Adolfo A.N. Rouillon en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 13 de mayo de 1999.

El derecho argentino sobre *insolvencias internacionales o transfronterizas* no es una excepción a esas características de dificultad y oscuridad.

Comenzaremos con las siguientes advertencias preliminares:

1) Para muchos problemas que el concurso con elementos internacionales puede ocasionar, no existen normas expresas en nuestro derecho positivo escrito (tratados o leyes), ni se han obtenido todavía decisiones judiciales que puedan servir de precedentes.

2) Hay algunos problemas de insolvencia transfronteriza que tienen previsión normativa en nuestro derecho escrito, no obstante lo cual la interpretación de algunas de esas reglas legales se mantiene en el plano de la controversia teórica o doctrinal, porque no hay precedentes judiciales sobre ellos. La falta de jurisprudencia, en este grupo de casos, hace difícil pronosticar su solución.

3) Otros problemas que aparecen en el concurso internacional, a diferencia de los anteriores, están contemplados por previsiones legales y éstas han sido aplicadas por nuestros tribunales. Estas son reglas que han sido sometidas a la prueba de su aplicación concreta, lo cual permite un pronóstico más aproximado sobre su interpretación de aquí en adelante (1).

Estos precedentes judiciales son bastante escasos. Es de destacar que la Argentina tuvo una economía muy cerrada desde 1930 hasta comienzos de la década de 1990. Recién a partir de 1991 hemos experimentado una notable apertura económica y la aceleración del proceso de integración económica en el Mercosur. Estas tendencias parecerían hoy irreversibles. Su consolidación y la eventual ampliación —en diez o veinte años más— de un gran mercado común americano, hacen previsible un importante incremento de los problemas de las insolvencias transfronterizas.

(1) Para el lector no familiarizado con el derecho argentino, aclaramos que, en principio, los fallos jurisprudenciales no son precedentes obligatorios para el futuro. La regla "stare decisis..." no tiene vigencia en la Argentina. Sin embargo, las resoluciones judiciales de casos del pasado, sobre todo las provenientes de ciertos tribunales superiores o muy prestigiosos, constituyen la fuente más valiosa de interpretación jurídica, y usualmente los dictámenes y pronósticos legales se basan en ellos.

En síntesis: a la fecha, solamente algunas situaciones conflictivas de las insolvencias con elementos internacionales tienen solución predecible en la Argentina. La solución de muchas otras, por lo contrario, es incierta todavía. Por esa razón, este comentario hace hincapié especialmente sobre las primeras.

b) La Argentina tiene dos regímenes de derecho internacional privado para insolvencias transfronterizas

En la Argentina hay dos regímenes diferentes para los problemas de las insolvencias transfronterizas: uno, de *fuerza internacional*, contenido en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940; otro, de *fuerza interna*, contenido en la ley de concursos 24.522 (Adla, LV-D, 4381).

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 no unifican el derecho de la insolvencia de los países partes, pero sí unifican muchas reglas del Derecho Internacional Privado sobre insolvencia.

La experiencia de la aplicación de estos tratados tiene algún interés —no demasiado— como campo de observación. Permite obtener conclusiones empíricas, especialmente acerca de lo que no funciona para dar solución a los problemas de la insolvencia internacional de manera eficiente y rápida.

El Tratado de 1889 es obligatorio en casos de quiebras internacionales conectadas a los siguientes países (ratificantes): Perú, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Argentina. El Tratado de 1940 es obligatorio sólo entre Argentina, Paraguay y Uruguay. Así, se advierte que el área de aplicación de estos tratados es muy limitada, ya que ni siquiera alcanza a los países vecinos con los cuales tenemos el mayor volumen de intercambio comercial y relaciones interempresarias más desarrolladas (Brasil y Chile). Esto explica la escasez de casos en los que se ha echado mano a estos tratados y, por consiguiente, su poca importancia práctica.

Las quiebras o concursos con elementos extranjeros de cualquier otro país del universo, en la Argentina son regidos por los arts. 2° inc. 2), 3° inc. 5), y 4° de la ley de concursos y quiebras.

c) Lineamientos generales de las reglas sobre insolvencias transfronterizas de fuerza interna

Como siempre ocurrió durante la vigencia de las distintas leyes que históricamente rigieron la concursabilidad en la Argentina, la ley 24.522

mantiene el principio de la *unidad de la quiebra en el derecho interno* (remitimos a la Introducción al derecho concursal y al comentario del art. 1° de la ley de concursos y quiebras). En cambio, en el orden internacional, por imperio de la realidad de las legislaciones comparadas, sigue vigente el sistema de pluralidad de las quiebras (2).

Las cuestiones de derecho internacional privado que contempla hoy la legislación concursal argentina son las siguientes:

1) Posibilidad de declarar en quiebra en la Argentina a los bienes de persona no domiciliada en esta República ("atribución de jurisdicción internacional al juez argentino"): art. 2°, inc. 2, de la ley de concursos y quiebras.

2) Juez argentino competente para intervenir en la quiebra de los bienes del deudor no domiciliado en esta República ("competencia territorial en el orden interno"): art. 3°, inc. 5, de la ley de concursos y quiebras.

3) Protección de los créditos exigibles en la Argentina frente al concurso extranjero del deudor ("territorialidad del concurso extranjero"): art. 4°, párr. 1°, frase segunda, de la ley de concursos y quiebras.

4) Posibilidad de abrir el concurso en la Argentina a consecuencia de la declaración concursal extranjera ("extraterritorialidad limitada de la sentencia concursal extranjera"): art. 4°, párr. 1°, frase 1°, de la ley de concursos y quiebras.

5) Condición de admisibilidad, en la quiebra y en el concurso preventivo argentino, del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero ("regla de reciprocidad"): art. 4°, párr. 3°, de la ley de concursos y quiebras.

6) Postergación o subordinación, en la quiebra argentina, de los créditos pagaderos en el extranjero y que pertenecen a un concurso extranjero, frente a los demás créditos "locales" ("regla de la preferencia local"): art. 4°, párr. 2°, ley de concursos y quiebras.

(2) JAUREGUIBERRY, Luis M., *Antecedentes históricos de la quiebra. Evolución de la quiebra en el derecho argentino. Unidad y pluralidad de la quiebra*, en Cuadernos del Centro de Estudiantes de Derecho y Ciencias Sociales, 1959, p. 43 y sigtes. ALEGRÍA, Héctor, *Extraterritorialidad de los concursos*, LyE, 1987-41.

7) Disminución del dividendo, en la quiebra argentina, respecto del crédito percibido, por fraccionamiento, parcialmente en el extranjero (“regla de paridad en los dividendos”): art. 4, párr. 4º, frase 1ª, de la ley de concursos y quiebras.

En este trabajo, la primera regla se analiza en el punto II; la regla segunda la comentamos en el punto III; las reglas tercera y cuarta son estudiadas en el punto IV; las reglas quinta y sexta se analizan en el punto V.; finalmente, la séptima regla se desarrolla en el punto VI.

Antes de ello, nos detendremos a renglón seguido en un tema de las insolvencias transfronterizas que no tiene una regla legal específica en nuestro derecho positivo.

d) Ley que rige los privilegios o prioridades en el concurso argentino

Cuando el crédito regido por un derecho extranjero tiene lugar de pago en la Argentina, o en cualquier caso en que se admita aquí la concurrencia sin aplicación del régimen de preferencia local (por ejemplo: si no hay pluralidad de concursos, o no hay pertenencia a concurso extranjero, o en la Argentina el procedimiento es preventivo y no liquidativo), es preciso determinar cuál ley rige la prioridad pretendida por el acreedor.

No hay una regla escrita en nuestro derecho.

Desde el punto de vista doctrinal, prevalece la opinión según la cual en el concurso argentino las prioridades se rigen por las reglas del derecho argentino, desplazando a las disposiciones del derecho extranjero rector del crédito (3). En nuestra opinión, las prioridades de los créditos extranjeros deberían reconocerse en los concursos argentinos conforme a nuestra regla de reciprocidad. Sin embargo, el rango de la respectiva preferencia —doméstica o extranjera— se debe regir por la *lex fori*, y ésta es la ley argentina cuando el concurso ha sido abierto en la Argentina.

(3) BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. II, p. 1005, 3ª ed., Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1991; UZAL, María E., *El art. 4º de la ley 19.551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática*, Revista de Derecho Comercial y Obligaciones 1985-527 y sigtes.; WEINBERG DE ROCA, Inés, *Concursos internacionales en la ley 24.522*, ED, 5 de diciembre de 1996.

El precedente jurisprudencial más relevante sobre el tema, fue dictado "in re" "Arthur Martin S.A." (4). Allí, el juez argentino decidió que la hipoteca a favor del Banco de Chile, sobre un inmueble situado en la Argentina, se regía por la ley argentina conforme al principio *lex rei sitae*, consagrado en el art. 10 de nuestro Código Civil. También se decidió en el mismo caso, que la prioridad o privilegio emergente de la hipoteca estaba sometida a la *lex fori*, siendo ésta la ley argentina al haber sido abierto el concurso en la Argentina. De este modo, judicialmente fue afirmada la opinión doctrinaria general antes citada.

II. Deudor domiciliado en el extranjero con bienes en la Argentina

El derecho concursal argentino se aplica, por principio, sólo al deudor domiciliado en la Argentina. La ciudadanía o la nacionalidad del deudor son indiferentes, ya que la Constitución Nacional establece la igualdad ante la ley de todos quienes habitan —esto es, tienen su domicilio— en el país (5). A su vez, los jueces argentinos pueden declarar la quiebra de las personas físicas o jurídicas con domicilio en la Argentina. Ellos no son competentes para declarar la quiebra del deudor domiciliado en el extranjero. Esta es la regla general (6).

Ahora bien, aunque la regla general es que el domicilio del deudor determina la ley aplicable en materia concursal y circunscribe la competencia concursal de los jueces locales, hay una regla especial contenida en el inc. 2 del art. 2° ley de concursos y quiebras, que permite hacer excepción a aquélla: cuando el deudor domiciliado en el extranjero tiene bienes en la Argentina y obligaciones pagaderas en el mismo

(4) Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Comercial N° 7, (Secretaría 14), 11 de septiembre de 1989, "Arthur Martin SA s/ incidente por Sociedad Manufacturera de Electroartefactos", publicado en el libro de NOODT TAQUELA, MARÍA BLANCA, *Derecho Internacional Privado*, p. 400 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992.

(5) Arts. 14, 16, 17, 18 y 20 de la Constitución Nacional.

(6) Desde antaño, la CSJN ha afirmado que "es un principio de derecho internacional que los tribunales de un Estado sólo ejercen jurisdicción directamente sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio, porque fuera de él carecen de poder para hacer cumplir sus decisiones" ("in re": "Marciano Molina c. Marton", Fallos: 7:267). Ver también el voto disidente del Ministro Boggiano in re "Pacesetter Systems Inc." (CSJN, 9 de junio de 1994, con comentario de BIDART CAMPOS, Germán, *El proceso concursal de deudores domiciliados en el exterior que no tienen bienes en territorio argentino*, ED, 159-59; DYE 1/2-336).

país. Ella es, así, una norma atributiva de competencia internacional al juez argentino.

Dado que, según se ha explicado, la falta de domicilio del deudor en nuestro país haría imposible su declaración de quiebra por falta de competencia de los jueces locales, el inciso en comentario afirma la jurisdicción internacional argentina en previsión del caso de las personas físicas o jurídicas sin domicilio en la Argentina y con bienes y acreedores aquí.

En este supuesto, la competencia del juez argentino no deriva del domicilio del deudor sino que se basa en la existencia de bienes en el país. Para establecer el alcance de la expresión bienes utilizada en la norma concursal, hay que remitirse al concepto del art. 2312 del Cód. Civil ya que los términos empleados por las normas atributivas de jurisdicción internacional deben calificarse por la *lex fori* (7). Por ejemplo, la existencia de créditos exigibles en la Argentina, convierte a su titular en sujeto con bienes en el país sometible, por ende, a la regla del art. 2° inc. 2 de la ley de concursos y quiebras (8).

Es un *foro de patrimonio* (9) que, a su vez, delimita la competencia internacional de los jueces argentinos sólo a hacer posible la liquida-

(7) CNCom., sala A, 22 de mayo de 1991, "Mid American Credit Corporation"; el mismo tribunal, 9 de diciembre de 1992, "Transportadora Coral". En doctrina se ha sostenido, respecto de las cosas muebles, que "malgrado el derecho que rija a las mismas según se tratara de muebles con situación permanente o "in transitu" (art. 11, Cód. Civil), el criterio de localización a los fines de la jurisdicción concursal se inspira en consideraciones de pura presencia física. Esta inteligencia se compadece con el alcance del giro bienes existentes en el país (art. 2°, inc. 2, ley 19.551). Lo decisivo estriba en la radicación física efectiva en el territorio argentino. Si se tratara de objetos inmateriales susceptibles de valor (art. 2312, Cód. Civil), habrá que atender a su naturaleza particular. Siendo ellos registrables, es plausible sostener su localización en el lugar de registro. Respecto de los créditos, a los fines aquí examinados su "situs" hállese ora en el lugar de cumplimiento debido, ora allí donde pueda resguardarse adecuadamente su satisfacción" (RADZYMINSKI, Alejandro, *La acción de ineficacia concursal en el Derecho Internacional Privado argentino*, ED, 132-372).

(8) CNCom., sala A, 22 de mayo de 1991, "Mid American Credit Corporation" (aunque en este caso no se declaró la quiebra, por entender el tribunal —en contra del dictamen del fiscal de Cámara Raúl Calle Guevara N° 64003 del 19 de marzo de 1991— que el crédito de presunta titularidad de la sociedad cuya quiebra se pedía, en realidad no existía).

(9) BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. II, p. 1213, Ed. Abeledo-Perrot.

ción colectiva y la distribución igualitaria de esos bienes, entre los acreedores cuyos créditos son exigibles en la Argentina. Estos acreedores locales (pagaderos en la Argentina, cualquiera fuese su nacionalidad, ciudadanía o domicilio), pueden pedir la quiebra del deudor, y el juez argentino puede declarar esa quiebra, con *efecto limitado* a la liquidación de los bienes locales para distribuir su producto entre los acreedores también locales y conforme a las reglas de reparto propias del derecho concursal.

Decimos que los efectos de esta especial quiebra son limitados, ya que:

- 1) Permanecen dentro de nuestro territorio (territorialidad);
- 2) Afectan los activos pero no el *status personae* del deudor, a quien no se imponen inhabilitaciones;
- 3) Se reducen, en la práctica, a una *liquidación* para la distribución del producto de acuerdo a las prioridades del derecho concursal argentino.

Por aplicación de la regla especial del art. 2° inc. 2 de la ley de concursos y quiebras, la justicia argentina ha declarado la quiebra de personas domiciliadas fuera de esta República, con los limitados alcances que se han puesto de relieve más arriba (10).

Para que esa clase de quiebra pueda declararse, pensamos que deben reunirse dos presupuestos respecto del deudor domiciliado en el extranjero: que tenga bienes en el país y, a la vez, acreedores locales (en el sentido antes explicado). Aunque el inc. 2 del art. 2° de la ley de concursos y quiebras, sólo alude a la existencia de bienes en el país, es evidente

(10) CNCom., sala C, haciendo suyos los argumentos del dictamen 66.844 del fiscal de Cámara Raúl Calle Guevara, "in re": "Pacesetter Systems Inc.", 10 de febrero de 1993 (inédito). El caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde —por mayoría— se denegó el recurso extraordinario al juzgarse que éste se dirigía contra una sentencia que no era definitiva. Es muy interesante el voto disidente del ministro Antonio Boggiano, del cual surge que si la sociedad cuya quiebra había sido pedida hubiese carecido de bienes en la Argentina, los tribunales de este país habrían sido incompetentes, por carecer de jurisdicción, para declarar dicha quiebra. El voto disidente también afirmó que "el art. 2, inc. 2°, de la ley 19.551" —igual al actual art. 2, inc. 2, de la ley de concursos y quiebras— "invierte naturaleza federal autónoma por tratarse de una norma de jurisdicción internacional" (CSJN, 9 de junio de 1994, ED, 159-59 y DYE 1/2-336).

que si solamente se diera ese presupuesto, pero sin acreedores locales, desaparecería todo interés tutelable por la ley argentina para declarar la quiebra en el país. Obviamente, la disposición legal en comentario está concebida para proteger a los acreedores cuyos créditos son exigibles en la Argentina y que no podrían obtener la quiebra de su deudor domiciliado en el exterior —pese a la existencia de bienes de él en el país—, si no se afirmara la jurisdicción internacional argentina en este caso. Pero si una persona se domicilia en el extranjero y carece de deudas exigibles en la Argentina, la mera existencia de bienes en este país es insuficiente para sostener la competencia del juez argentino. No está reunido el presupuesto de esa norma de excepción —la tutela del crédito exigible en la Argentina—, por lo que no hay sentido para aplicar la susodicha regla especial de jurisdicción del art. 2°, inc. 2, de la ley de concursos y quiebras (11).

Tema no resuelto por la ley, y sobre el cual hay controversias doctrinales, es el de cómo deberían actuar los jueces argentinos frente al reclamo de un concurso extranjero respecto de los activos ubicados en la Argentina (12). Los principales problemas que enfrentaría un tribunal argentino son: primero, cómo debería actuarse para llegar a la conclusión de que no hay acreedores “locales”, antes de entregar los bienes al concurso extranjero, para no infringir el art. 4°, párr. 1°, frase 2ª, de la ley de concursos y

(11) MALFUSSI, Carlos, *El artículo 4° de la ley de concursos*, La Ley 149-798; ROUILLON, Adolfo A. N., *Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*, en Revista “Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali”, Annata LX, enero-abril 1985, N° 1-2, p. 79, y también en Revista de Derecho Comercial y Obligaciones año 1984. Criterio recibido por la jurisprudencia: CNCom, sala A, 26 de febrero de 1997, “Austral Bank s/ Pedido de quiebra por Luxardo, Eduardo”, RDPr. y Com. -467.

(12) Siguiendo la opinión de GOLDSCHMIDT, Werner, *Suma del Derecho Internacional Privado*, p. 240, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, hemos sostenido que no hay inconveniente en que esos bienes se entreguen al concurso extranjero, íntegramente, cuando se los solicite (op. cit. en nota anterior). En contra: SMITH, Juan C., *El régimen internacional de los concursos en la ley 19.551*, La Ley, 1980-A, 761.

Bajo el régimen de la ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 325), con claridad se sostuvo que “si existen tan sólo bienes en la República, éstos integran la masa de concurso extranjero, y son puestos a disposición del juez de la quiebra extranjera. La solución es idéntica a la del supuesto en que habiendo sido satisfechos los créditos locales resultare un sobrante. En la práctica es igual que no existan créditos locales porque nunca los hubo, o porque, habiendo existido, ya han sido pagados. No existiendo créditos locales que amparar, los bienes existentes en el país son tratados como remanentes de un juicio de quiebra local” (KALLER DE ORCHANSKY, Berta, *Régimen de la quiebra extranacional*, La Ley 129-1183).

quiebras; segundo, el reconocimiento (o el desconocimiento), en la Argentina, de la sentencia extranjera de quiebra y de los administradores (13) del concurso extranjero y las facultades de ellos (14).

Puede ocurrir el caso inverso —no contemplado explícitamente en el articulado legal—, cuando una persona domiciliada en el extranjero carece de bienes en la Argentina pero tiene acreedores cuyos créditos son exigibles en este país. Es la hipótesis, poco frecuente por cierto, del deudor domiciliado en el exterior, que en la Argentina sólo tiene pasivos. En nuestra opinión, no hay en tal supuesto ningún elemento determinante de la jurisdicción argentina —ni domicilio del deudor ni radicación de los bienes—, por lo cual los jueces argentinos carecen de competencia para entender en la eventual solicitud de quiebra de un deudor en esas condiciones. Un deudor así podría, claro está, solicitar su propio concurso preventivo o su quiebra voluntaria en la Argentina; pero como ello inexcusablemente le obligaría a constituir domicilio procesal o *ad litem* en el lugar del juicio concursal, dejaría ya entonces de ser *deudor domiciliado en el extranjero*, y de tal suerte habilitaría la

(13) La única regla legal de reconocimiento expreso, en la Argentina, de los síndicos de la quiebra extranjera, existió en el Código de Comercio de 1859 (1862), cuyo art. 1531 —luego de establecer que los acreedores pertenecientes al concurso extranjero sólo serían tenidos en consideración, después de pagados los acreedores locales, si resultare sobrante—, decía: "A ese respecto, se entenderán los síndicos del concurso formado en el Estado, con los síndicos del concurso extranjero". Este párrafo fue derogado en 1889 y nunca se reimplantó en las sucesivas legislaciones concursales.

(14) El más citado de los precedentes publicados —"Panair do Brasil"— es un viejo caso, fallado bajo la vigencia de la ley de quiebras 11.719. En ese caso se adoptaron soluciones bastante atípicas, por lo que resulta difícil predecir si ellas serían repetidas por un tribunal argentino actual (Las principales resoluciones de "Panair do Brasil" fueron: CNCom, sala B, 18 de noviembre de 1970, La Ley, 143-146 y JA 12-1971-217; CSJN, 5 de julio de 1972; JNCom, 29 de diciembre de 1975, ED, 70-387; CNCom., sala B, 13 de septiembre de 1976, ED, 70-390. En el plano doctrinal, puede verse: RADZYMSKI, Alejandro P., *Sistema de Derecho Internacional Privado Concursal Argentino*, Revista de Derecho Comercial y Obligaciones 1990-A, 222, especialmente nota (61).

Antes de "Panair", KALLER DE ORCHANSKY (op. cit.) menciona un viejo caso en el cual se decidió que "la declaración de falencia en país extranjero no es ejecutiva en el Estado" (Fallos de la Corte Suprema, vol. I, t. 6, p. 252), y también recuerda otro caso de la Cámara de Comercio de la Capital del 31 de mayo de 1944, que constituiría una excepción al anterior por haber rechazado un pedido de exequatur de una sentencia dictada en Chile (en un juicio individual) al estar pendiente en dicho país un juicio de quiebra contra el mismo deudor, reconociendo de este modo el efecto extraterritorial —fuero de atracción, en el caso— de la sentencia chilena de quiebra (G.F., t. 170, p. 495).

competencia del juez local por el autosometimiento a su jurisdicción. Por eso, remarcamos que la ausencia de competencia del juez argentino existe en el caso del deudor domiciliado en el extranjero sin bienes en la Argentina, cuando se trata de pedido de quiebra formulado por un acreedor cuyo crédito es pagadero en la Argentina (15).

III. Juez competente en la quiebra del deudor no domiciliado en la República Argentina

El inc. 5° del art. 3° de la ley de concursos y quiebras, trae una norma confusa y enigmática.

Según ella, en el concurso de deudores domiciliados en el exterior hay dos reglas atributivas de competencia concursal, una principal y la otra subsidiaria:

1) En primer lugar, corresponde entender al juez del lugar de la administración en el país; y,

2) En defecto de administración en la Argentina, al juez del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.

A primera vista, sin embargo, parecería que si hay "administración en el país" o "establecimiento, explotación o actividad principal" en la Argentina, difícilmente podríamos hallarnos frente a un deudor domiciliado en el exterior, ya que precisamente esa "administración, estableci-

(15) En "Transportadora Coral S.A. s/ concurso preventivo" (CNCCom., sala A, 9/12/92, ED, 155-270), se rechazó la solicitud de concurso preventivo de una sociedad constituida en el extranjero, por entender el tribunal de alzada, al igual que el de primera instancia (y en contra del dictamen del Fiscal de Cámaras), que la peticionaria del concurso carecía de "bienes de capital en el país". A nuestro juicio, se hizo una interpretación errónea de la regla del art. 2°, inc. 2, de la ley concursal, ya que éste —pese a la terminología utilizada— refiere al caso de quiebra y no al concurso preventivo. En el proceso preventivo, la competencia del juez argentino no deriva de la existencia de bienes en el país —mucho menos exige que estos sean bienes de capital—, sino de que la propia solicitante de su concurso preventivo, al hacerlo y constituir (para ello) domicilio procesal en la Argentina, voluntariamente se somete a la jurisdicción de nuestros tribunales (arg. art. 102, Cód. Civil), quienes, por lo demás, resultan competentes en función del domicilio "ad litem" e independientemente de la existencia y la calificación que pudiera darse a los bienes de esa concursada en esta República (salvo que el juez considerase que se intenta una maniobra de selección irrazonable de la jurisdicción concursal argentina o "filing of convenience").

miento, explotación o actividad" locales le domiciliarían en la República Argentina.

¿Cómo interpretar, entonces, el texto legal en análisis?

A nuestro juicio, la clave pasa por la índole de las facultades conferidas, por el titular domiciliado en el exterior, a la persona o personas encargadas de la "administración" de los bienes radicados en la Argentina o que se hallen al frente del "establecimiento, explotación o actividad" en este país. Si esas personas tienen atribuciones suficientes para contratar a nombre del principal y concertar con autonomía las condiciones de los negocios, los "establecimientos" o "administraciones" respectivos deben ser considerados como domicilios especiales en el lugar de su sede en la Argentina, con el sentido y alcance previstos en los arts. 90 inc. 4º, y 101 del Cód. Civil. En ese caso, no estaríamos ya frente a deudores domiciliados en el exterior.

Así, el precepto en estudio sólo adquiriría operatividad cuando la persona al frente de la "administración" o "establecimiento" en el país careciera de las mencionadas atribuciones o, también, cuando se tratase de establecimientos paralizados o abandonados.

La ley concursal no contempla el caso en que el deudor domiciliado en el exterior tuviese bienes en la Argentina, sin "administración" local o sin que ellos llegasen a constituir un "establecimiento" o hacienda. Sin embargo, aun en ese supuesto, el juez argentino puede declarar la quiebra contemplada en el art. 2º inc. 2 de la ley 24.522 (a cuyo comentario remitimos). Ahora bien, ¿cuál juez argentino sería competente en razón del territorio en ese caso? Pensamos que tal competencia ha de atribuirse al juez del lugar donde los bienes estuvieran situados, y si éstos se hallasen dispersos en lugares asignados a la competencia territorial de jueces distintos, el concurso debería radicar ante el juez que hubiese prevenido.

IV. Cómo incide el concurso extranjero, en la Argentina, cuando en este país hay activos y acreedores "locales" pero no hay concurso en la Argentina

a) Consideraciones previas

La ley 24.522 ha mantenido el párr. 1º del art. 4º de la ley concursal 19.551, sin modificaciones.

Esta disposición legal se sigue titulado "Concursos declarados en el extranjero", y en ella se establecen dos reglas: la protección de los créditos exigibles en la Argentina cuando el deudor es concursado en el exterior ("territorialidad del concurso extranjero"), y en segundo lugar —aunque sistemáticamente esté colocada antes en la redacción del texto legal—, la posibilidad de apertura del concurso en la Argentina a consecuencia de la declaración concursal extranjera ("extraterritorialidad del concurso extranjero"). En ese orden las estudiaremos a continuación.

b) Regla de "territorialidad" de la sentencia concursal extranjera

La regla para esta situación es que el concurso extranjero no puede ser invocado en la Argentina para disputar los derechos de los acreedores "locales" sobre los activos existentes en la Argentina. Tampoco puede invocarse el concurso extranjero para anular (mejor: privar de eficacia) los actos celebrados en la Argentina por el deudor (art. 4º, párr. 1º, frase 2ª, ley de concursos y quiebras).

Así, por ejemplo, los actos celebrados por el deudor con acreedores en la Argentina, que fueran considerados revocables en el país donde está el concurso extranjero, en principio permanecen válidos en la Argentina. Tampoco se aplica en la Argentina la suspensión de las acciones individuales sobre los activos locales, aunque tal suspensión pudiera haberse ordenado en el concurso extranjero (16).

(16) SMITH, Juan C., *El régimen internacional de los concursos*, La Ley, 1980-A, 761, en nota 4 dice: "Los acreedores de un concurso extranjero no podrían, por ejemplo, discutir privilegio alguno a un acreedor local; ni podrían plantear la nulidad de los actos celebrados entre el deudor y los acreedores locales antes de la promoción del concurso argentino, aun cuando pretendieran fundarse en la circunstancia de que dichos actos fueron celebrados en período de sospecha —pues esta acción sólo corresponde a los acreedores locales—; ni, mucho menos, podrían impugnar la validez de un acuerdo o concordato preventivo ya aceptado por los acreedores locales".

En jurisprudencia se ha sostenido que "por la carencia de efectos extraterritoriales de la sentencia de quiebra dictada en el extranjero, no pesa sobre la fallida interdicción alguna de pagar a sus acreedores en la Argentina. Puede pagar sus deudas en la República, siempre en base a la estricta territorialidad de la sentencia de quiebra extranjera, que no extiende sus efectos a la jurisdicción nacional para anular los actos que hayan celebrado con el fallido los acreedores que éste tenga en la República" (del fallo de 1ª instancia del juez Boggiano, cit. por AMADEO, José Luis, en *Actualización de Jurisprudencia*, La Ley, 1983-D, 749, sum. 17).

Acreeedores "locales" a los fines de esta norma son aquellos cuyos créditos deban ser pagados en la Argentina, independientemente de la nacionalidad, ciudadanía o domicilio del titular de tales créditos. El *crédito*, en tal sentido, es "local", cuando el acreedor debe exigirlo en la Argentina. Sólo el lugar de pago determina la protección legal que se analiza aquí.

Esta norma, inspirada en el principio de la territorialidad, tiene como corolario lógico el fraccionamiento (17). Por ella, el derecho interno argentino separa el patrimonio del deudor concursado en el extranjero, asignando una prelación o tutela específica a los acreedores locales sobre los bienes integrantes de aquel patrimonio que estuviesen situados en territorio argentino (18). Obviamente, ello tiene vigencia mientras no contraríe disposiciones de tratados internacionales ratificados por la Argentina.

c) Regla de "extraterritorialidad" de la sentencia concursal extranjera

La primera frase del art. 4° de la ley de concursos y quiebras dice que "La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina".

Así, la declaración de concurso en el extranjero puede ser utilizada por los acreedores "locales", y por el deudor, para hacer declarar la quie-

(17) BERCAITZ, Ana L., *La nueva ley de concursos*, ED, 43-1110; MALFUSSI, Carlos, *El art. 4 de la ley de concursos*, La Ley, 149-798 y sigtes.

(18) Desde la segunda mitad del siglo XIX, muchos extranjeros—principalmente europeos—invertieron en la Argentina y adquirieron activos físicos en esta República. No era entonces desacertado prever que si esos inversores caían en quiebra en su país de origen, los acreedores que habían generado por su desenvolvimiento comercial en la Argentina y que habían tenido en mira los activos existentes aquí, debían recibir algún tipo de protección con respecto a los bienes aquí ubicados, a fin de no ver desvanecidas sus posibilidades de cobro. Hace un siglo, la Argentina era un gran atractivo para la inversión internacional, mantenía fluidas relaciones con los países económicamente más importantes entonces, pero las comunicaciones no eran fáciles ni rápidas por obvias razones de distancia y carencias tecnológicas. Hoy en día, por lo contrario, los sistemas contemporáneos de comunicación y la manera como se llevan a cabo las transacciones económicas y financieras—cuando miles de millones de dólares se mueven electrónicamente de un punto a otro del planeta cada jornada—la norma ha perdido razón de ser, tornándose anacrónica e ineficiente.

bra de éste en la Argentina, sin necesidad de tener que acreditar la insolvencia. La declaración concursal extranjera tiene, de esta manera, una "extraterritorialidad" limitada (19) y puede producir efectos propios sin necesidad de *exequatur* (20). Su peculiaridad es que sirve como hecho de quiebra en nuestro país, ya que dicha sentencia extranjera es suficiente para que el juez argentino pueda declarar la quiebra, sin necesidad de analizar la situación patrimonial del deudor. Esto es una excepción a la regla general según la cual los acreedores que piden la quiebra deben probar la insolvencia o estado de cesación de pagos (arts. 1° y 83, ley de concursos y quiebras), entendiéndose por ésta que el deudor está imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones (art. 78, ley de concursos y quiebras).

El principal problema de interpretación de esta regla ha sido determinar cuáles procedimientos extranjeros concernientes a la insolvencia pueden ser considerados "declaración de concurso en el extranjero" (21). En doctrina se ha sostenido que es la ley del lugar donde el concurso se ha formado la competente para regular la formación del concurso en el extranjero y, por implicancia lógica, para definir o calificar qué es un 'concurso formado en el extranjero'. Es una calificación que requerirá la investigación del derecho extranjero" (22). En el caso "Panamerican", el juez argentino consideró al procedimiento del Capítulo 11 de la Ley Estadounidense de Bancarrotas de 1978, encuadrable en la noción de

(19) BERCAITZ, Ana L., *La nueva ley de concursos y el Derecho Internacional Privado*, ED, 43-1109.

(20) ALEGRÍA, Héctor, *Extraterritorialidad de los concursos*, LyE 1987-47-33. Comparar con la opinión vertida en el trabajo de WURST, Walter J.E., *La quiebra extranacional*, Revista de Derecho Comercial y Obligaciones, 1996-451 (especialmente nota 13).

(21) Parte de la doctrina ha sostenido que cualquier procedimiento concursal extranjero permite el funcionamiento de la regla de la primera frase del art. 4° de la ley de concursos y quiebras (CAMARA, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. I, p. 339, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978, quien ejemplifica con un deudor a quien en Italia se le hubiera abierto un procedimiento de administración controlada, lo que —a juicio de dicho autor— bastaría para provocar la quiebra en la Argentina en base a ese proceso italiano). También hay opinión contraria, que considera que la frase legal "declaración de concurso en el extranjero" alude específicamente a la quiebra y no, por ejemplo, a los concursos preventivos (SMITH, Juan C., op. cit.).

(22) BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, t. II, p. 1019, 3ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.

“concurso declarado en el extranjero” (art. 4°, ley de concursos y quiebras), y declaró la quiebra de “Panamerican” en la Argentina (con efectos limitados a los bienes existentes en el país: art. 2°, inc. 2, ley de concursos y quiebras).

De la manera indicada—sin acreditar el estado de cesación de pagos en la República—sólo los acreedores “locales” (pagaderos en la Argentina) pueden provocar la quiebra del deudor concursado en el extranjero, no así aquellos acreedores cuyos créditos tienen exclusivo lugar de pago fuera de la Argentina (23).

No hay plazo para provocar la quiebra local en base a la sentencia extranjera, aunque parece certero afirmar que ello puede hacerse mientras subsista el estado concursal en el extranjero, y los bienes y créditos locales en la Argentina.

El texto legal también menciona al *deudor* como el otro sujeto que puede invocar la declaración de su concurso en el extranjero para obtener la apertura concursal en la Argentina. La disposición prácticamente carece de trascendencia. Ni en la petición de la propia quiebra, ni en la solicitud de apertura del concurso preventivo, se exige al deudor que acredite su estado de cesación de pagos. Es doctrina recibida en nuestro país que la presentación del deudor solicitando concurso preventivo o quiebra implica confesión judicial del estado de cesación de pagos, revistiendo, por tanto, indiscutible eficacia probatoria de la existencia de la insolvencia (24). Con lo que, a cualquier deudor ya concursado en el extranjero que quiera hacer lo propio en la Argentina, le basta con solicitar su concurso preventivo o quiebra, sin necesidad de justificar el concurso extranjero; es más, le resultará más simple así que teniendo que acreditar la apertura concursal en el exterior. De ahí que consideremos superflua esta disposición legal respecto del *deudor*.

(23) Sobre la posibilidad del acreedor “extranjero” (titular de crédito pagadero exclusivamente fuera de la Argentina) de pedir la quiebra de su deudor domiciliado en esta República, mediante el procedimiento común del art. 83 de la ley 24.522 (acreditando hechos reveladores del estado de insolvencia del deudor), ver más adelante el desarrollo que hacemos en el punto III-f).

(24) FERNANDEZ, Raymundo L., *Fundamentos de la quiebra*, p. 374 y sigtes., Buenos Aires, 1937; FONTANARROSA, Rodolfo O., apuntes a SATTI, Salvatore, *Instituciones del derecho de quiebra*, p. 105, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1951; ROUILLON, Adolfo A. N., *Procedimientos para la declaración de quiebra*, p. 149, Ed. Zeus, Rosario, 1981.

V. La situación de los acreedores "extranjeros" en caso de concurso en la Argentina: reconocimiento de créditos, prioridades, subordinación

a) *Tendencias actuales*

La legislación concursal argentina, en toda su historia, jamás discriminó a los acreedores por su nacionalidad o ciudadanía, ya que la Constitución Nacional lo prohíbe. Por eso, aclaramos que cuando se habla de la situación de los acreedores "extranjeros" en el concurso argentino, la calificación de "extranjero" en realidad refiere a una cualidad del crédito y no del acreedor titular de él. El crédito (y sólo por extensión de lenguaje, el acreedor) es "extranjero" cuando el lugar de pago no está dentro de las fronteras de la República Argentina.

A la inversa, el acreedor (mejor: el crédito) es "local" cuando el lugar de pago de la obligación es en la República Argentina.

En materia concursal, esta distinción entre acreedores o créditos "locales" y "extranjeros", tiene en mira cierta protección de los primeros y consecuente discriminación de los segundos, por lo que se la conoce como la "regla de las preferencias locales". Ella viene de los orígenes de nuestra legislación comercial (1859), se inspiró en la situación que la Argentina ocupaba en el mundo de entonces, y —a nuestro juicio— carece absolutamente de sentido en el mundo de hoy. Sin embargo, en alguna medida subsiste en la actual legislación concursal (25).

La evolución de la regulación legislativa y de la aplicación jurisprudencial de la "regla de las preferencias locales", muestra una larga primera etapa (entre 1859 y, aproximadamente, 1970) de moderada interpretación discriminatoria; luego, una segunda etapa, breve (desde 1970 hasta 1983) pero de intensa discriminación; y, por fin, una última etapa (desde 1983 en adelante), en la cual la discriminación ha sido radicalmente disminuida pero aún subsisten resabios de ella.

(25) Nos detuvimos en los antecedentes remotos del sistema de preferencia local, y sobre todo en la conflictiva aplicación extensiva que de él se hizo durante la vigencia de la ley 19.551, en: ROUILLON, Adolfo A. N., *Reformas al régimen de los concursos*, p. 29 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, y en *Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)*, Revista de Derecho Comercial y Obligaciones 1984, y Rivista *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, Annata LX, enero-abril 1985, N° 1-2, p. 79.

Desde 1983, año en que se reformó (por ley 22.917 —Adla, XLIII-D, 3771—) el art. 4° de la ley de concursos 19.551 (Adla, XLIV-D, 3806), puede afirmarse que se ha reducido la discriminación de los acreedores “extranjeros” en los concursos argentinos. Ese año se puso en vigencia la llamada “regla de reciprocidad”, que aunque hoy parezca inapropiada, en ese entonces significó un adelanto en el camino hacia la disminución de las diferencias, en el concurso argentino, entre acreedores “locales” y “extranjeros” (26).

La tendencia a equiparar acreedores “locales” y “extranjeros” era bastante resistida a principios de la década de 1980. Hoy, por lo contrario, parecen soplar vientos favorables a la desaparición de estas discriminaciones. Sería deseable que futuras enmiendas legales se hagan en este sentido. Parecería probable, también, que las futuras interpretaciones jurisprudenciales sean favorables a la minimización de este tipo de discriminaciones. Es posible que así ocurra, siempre y cuando se mantengan el actual estado de opinión corriente en la Argentina —favorable al intercambio internacional—, la apertura de la economía y los procesos de integración en uniones aduaneras o mercados comunes (27).

(26) Hace un cuarto de siglo, NADELMANN sostuvo que nuestro sistema de prevalencia de los acreedores “locales” no respondía a las condiciones económicas ya entonces vigentes, en especial a la falta de estabilidad respecto de la situación de los bienes. Para él, la “regla argentina” sólo podría tener vigor mientras el resto del mundo se desinteresara de nuestra situación, ya que si en el exterior se decidiera someter los créditos argentinos a la misma regla, el mecanismo se volvería contra quien lo instauró. Ya en 1973 vaticinó que el sistema no sobreviviría la prueba mucho tiempo, y propició su reemplazo por una “Cláusula de reciprocidad” (NADELMANN, Kurt, *El tratamiento discriminado de los acreedores extranjeros*, JA, doctrina 1974-417). Diez años después, el pronóstico se cumplió. Luego de varias resoluciones jurisprudenciales escandalosamente discriminatorias contra créditos exigibles en el extranjero que quisieron hacerse valer en concursos argentinos, la ley de concursos fue reformada en 1983 instaurándose una “regla de reciprocidad” y acotándose significativamente la “regla de preferencia local”.

(27) El contraste entre la tónica no discriminatoria de la jurisprudencia posterior a 1983 y los fallos chauvinistas de la anterior década puede advertirse, por ejemplo, en los casos “Clement, Jorge s/ quiebra” (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro, Pcia. de Buenos Aires, sala 2, 4 de marzo de 1993), “Incidente de revisión de Emiliani S.P.A. en la quiebra de Ventura” (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires, sala 1, 17 de noviembre de 1994), “Matadero y Frigorífico Antártico S.A. s/ inc. de verif. de créd. por Formac. inc.” (CNCom, Sala A, 11 de mayo de 1994, ED, 161-458), y “Luis de Ridder Limitada S.C.A.” (CSJN, 9 de junio de 1994, JA, 1995-I-646).

b) Créditos "locales" y créditos "extranjeros"

Muchos aspectos de la interpretación de esta regla legal son objeto de controversias doctrinales no resueltas. Por razones de utilidad práctica, la explicación que sigue es esquemática, enfatizando los puntos donde la opinión teórica es pacífica o donde ya hay precedentes judiciales.

La diferencia entre acreedor "local" y "extranjero" (mejor aún: entre crédito "local" y "extranjero"), pasa por lo siguiente:

- 1) Crédito "extranjero" (o "foráneo") es el crédito pagadero en el exterior.
- 2) Crédito "local" (o "doméstico") es el crédito pagadero en la Argentina.
- 3) Una (tercera) situación particular exhibe el crédito con domicilios de pago alternativos, en la Argentina y/o en el exterior, a elección del acreedor. A nuestro juicio, este crédito debe ser considerado crédito "local". Esto todavía no ha sido decidido judicialmente bajo el régimen vigente desde 1983. Sin embargo, existe el importante precedente "Trading Americas S.A." (28), en el cual se dejó implícitamente sentado que es "extranjero" el crédito cuyo lugar de pago se determinó exclusivamente en el extranjero, y no el caso en que establecida cláusula de opción de plaza se hubiera incluido la del domicilio del deudor en la Argentina. Ello fue resuelto bajo el anterior régimen legal que era más discriminatorio. Es, entonces, altamente probable que esa doctrina judicial será usada, *a fortiori*, en futuros casos de créditos pagaderos alternativamente en la Argentina y/o en el exterior, a elección del acreedor, y por ello se llegue a juzgar a éstos como créditos "locales" en el concurso argentino (29).

c) Verificación concursal de los créditos "extranjeros": la "regla de la reciprocidad"

El reconocimiento en el concurso argentino del crédito "extranjero", exige la demostración de que, recíprocamente, un crédito "local" (pa-

(28) CNCom., sala E, 15 de septiembre de 1983, JA, 1983-IV-186. En alguna medida, aunque con menor desarrollo argumental, igual criterio afirmó la CSJN "in re": "Banco Europeo para América Latina c. Cura Hnos. SA", 8 de septiembre de 1983, La Ley, 1983-D, 404, con anotación de SANCINETTI, Marcelo A.

(29) Vide: BOGGIANO A., op cit., t. II, p. 1030.

gadero en el Argentina) sería reconocido y podría cobrar, en iguales condiciones, en un concurso del país donde el crédito "extranjero" es pagadero (art. 4º, párr. 3º, ley de concursos y quiebras). La verificación de los créditos "extranjeros" está condicionada a la satisfacción del test de reciprocidad, cuya demostración consiste en probar la falta de discriminación en la ley extranjera, en su jurisprudencia predominante, o en la práctica establecida (30).

Esta regla de reciprocidad se aplica en el concurso preventivo y en la quiebra (31), constituyendo una suerte de condición de ingreso de esos acreedores a los procesos concursales (de reorganización o de liquidación) abiertos en la Argentina. De allí que la no acreditación de la reciprocidad conduce a la declaración de inadmisibilidad del crédito en cuestión.

Es de destacar que la ley 24.522 introdujo una importante excepción a esta regla. La última frase (32) agregada al art. 4º de la ley de concursos y quiebras dice que "quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real". De este modo, los acreedores pagaderos en el extranjero que tienen garantía real (hipotecas o prendas) sobre bienes situados en la Argentina, están exentos de satisfacer el test de reciprocidad, por lo cual no deben acreditar el derecho concursal extranjero aplicable en el lugar del pago del crédito (33).

(30) KALLER DE ORCHANSKY, B., *Reflexiones sobre el artículo 4º de la ley de concursos*, Revista de Derecho Comercial y Obligaciones 1983-705. En jurisprudencia: Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros de la 1a. Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo del juez Guillermo Mosso, 2/3/99, "Altarpec S.A. s/ concurso preventivo", inédito.

(31) ALEGRÍA, H., *op. cit.* En jurisprudencia: Tercer Juzgado de Procesos Concursales y Registros de la 1a. Circunscripción Judicial de Mendoza, a cargo del juez Guillermo Mosso, 2/3/99, "Altarpec S.A. s/ concurso preventivo", inédito.

(32) Sistemáticamente mal ubicada, ya que debió colocársela como frase final del párr. 3º del art. 4º de la ley de concursos y quiebras.

(33) Hasta la fecha, el único precedente judicial sobre esta novedad legislativa, del cual tenemos noticia, es el caso "José Minetti y Cía. Ltda. SA s/ concurso preventivo — Verificación del crédito de Phibro Division of Salomon Inc.", sentencia 412 del 25/10/96, en el que la jueza Silvana María Chiapero de Bas, a cargo del Juzgado de 7ª Civil y Comercial de Córdoba, hizo aplicación de la excepción a la regla de reciprocidad introducida por la última frase del art. 4 de la ley 24.522, respecto de un crédito extranjero garantizado con warrants, quien invocó privilegio especial emergente de la ley argentina 9643 en concordancia con la ley concursal anterior N° 19.551, art. 266 inc. 7).

d) *Carga de la prueba de la "reciprocidad" (¿quién prueba?, ¿cómo se prueba?)*

Apenas fue consagrada por la ley 22.917, anticipamos que la regla de reciprocidad no esclarecía los dos aspectos principales de la carga probatoria: quién y cómo demuestra la configuración de la situación que, haciendo operativa dicha norma, determina el acceso al concurso o el rechazo de la verificación (34). Nos preguntábamos: es el acreedor que se insinúa, el que tiene que probar que en el país en el cual su crédito es pagadero se dispensaría el mismo trato que él pretende, a un acreedor pagadero en la Argentina, caso de concurrir éste a un concurso abierto en aquel país extranjero? O acaso al acreedor pagadero en el exterior le basta con reclamar su verificación, correspondiendo al juez del concurso el determinar si la legislación del país de exigibilidad del crédito impone o no el rechazo por trato discriminatorio al crédito pagadero en la Argentina? O, tal vez, corresponde al síndico concursal o a los cosolicitantes de verificación invocar y demostrar la inadmisibilidad del crédito pagadero en el exterior, en el supuesto previsto por la regla de reciprocidad?

Para responder esas preguntas pensábamos que había que partir de la manera como la ley concibe la reciprocidad. Y así, no estatuye que la demostración del trato discriminatorio en el extranjero determina el rechazo de la admisión en el concurso argentino, sino que condiciona la admisibilidad en éste a la demostración del trato igualitario en el país en que es pagadero el crédito insinuado. Aunque el resultado sería el mismo con el empleo de cualquiera de las dos formas, es diferente en orden a la carga probatoria. Pues parecería que condicionar la verificación a la demostración del trato igualitario en el país extranjero, implicara poner en cabeza de quien pide verificación la carga de la prueba del derecho vigente en ese país. Y, a la vez, significa que la norma concursal en comentario se enrola en la tesis que ve la ley extranjera como un hecho y, por eso, tiene que probarlo quien obtendrá los beneficios de su demostración.

Empero, dejaba dudas el uso del "se" antes de "demuestre". Hubiese bastado con no incluir esa pequeña partícula —"se"— para que la inteligencia acerca del *onus probandi* en cabeza del verificador surgiera sin problemas.

(34) ROUILLON, Adolfo A. N., *Reformas al régimen de los concursos (comentario a la ley 22.917)*, p. 63, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986.

Otra crítica también hemos formulado a la circunstancia de imponer la carga al solicitante de la verificación, pues pensamos que lo que determina la admisión o exclusión de él en el concurso argentino, es la ley del lugar del pago de ese crédito. O sea, un derecho extranjero que, aun considerado como hecho sería, al menos, un hecho notorio susceptible de ser corroborado simple y auténticamente por el propio juez concursal (35). Por eso hemos entendido que hubiera sido más adecuado borrar la expresión "se demuestre" y dejar librado el problema de la admisión o rechazo de un crédito por reciprocidad a la aplicación de ésta por el juez en función de lo que disponga la ley extranjera correspondiente, hecho notorio que no exige demostración alguna ni plantea dudas sobre en quién recae el *onus probandi*.

La experiencia judicial de aplicación de la regla de reciprocidad, durante más de 15 años, señala que el principal problema que ella ha ofrecido a los tribunales argentinos, ha sido el de la carga de la prueba del derecho extranjero, en el doble aspecto de quién debe probarlo, y cómo se acredita el derecho extranjero involucrado en cada caso.

La ratificación argentina de la CIDIP II ("Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado", aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979; ley 22.921, 1 de diciembre de 1983—Adla, XLIII-D, 3819—), ha abierto cauce a la interpretación judicial más amplia y flexible sobre ese *onus probandi* (36).

(35) El art. 13 del Cód. Civil dice: "La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial". Comentando ese artículo, dice LLAMBÍAS: "Al establecer este precepto, como regla, que la ley extranjera es un hecho, se aparta totalmente de aquellos principios de derecho internacional privado sustentados en el propio Código en los arts. 6 a 14. Tal circunstancia ha originado tres doctrinas interpretativas: 1) la ley extranjera es un hecho, y como tal, debe ser alegada y probada por la parte interesada; 2) la ley debe ser aplicada de oficio por el juez; 3) el derecho extranjero constituye un hecho notorio, lo que no quiere decir un hecho que todo el mundo tenga presente, sino un hecho sobre el que todo el mundo puede informarse de modo auténtico. Como tal hecho notorio el juez debe tenerlo en cuenta oficialmente (GOLDSCHMIDT)" ("Código Civil Anotado", t. I, p. 35, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires).

(36) Vide: GOLDSCHMIDT, Werner, *Un logro americano en el campo convencional del Derecho internacional Privado*, ED, 83-833; y del mismo autor, "El derecho extranjero en el proceso (los tres enfoques argentinos)", ED, 115-802.

Inclusive en casos donde están involucrados Derechos de países que no son parte de esa Convención Internacional, se ha hecho aplicación de sus principios. Así, en el caso "Cacace, Horacio C. A. y otro / Inc. de impugnación por Sherrant S.A." (37), se admitió dentro de las facultades instructorias y de investigación de los jueces, requerir a las partes interesadas los elementos que permitan establecer el contenido del derecho extranjero eventualmente aplicable al caso; dejándose así establecido que la carga de la prueba del derecho extranjero no estaría sólo en hombros del acreedor.

En "Arthur Martin S.A.", un acreedor "extranjero", para satisfacer la regla de reciprocidad tenía que acreditar el derecho de Chile y el los Estados Unidos de Norteamérica, en conexión con una verificación de crédito muy compleja. Dicho acreedor acompañó ambos textos legales y, además, un dictamen de dos profesores universitarios chilenos y otro dictamen de un abogado de Nueva York. El juez consideró que las opiniones de los expertos sobre los precedentes, la práctica y el real sentido de las disposiciones legales extranjeras involucradas en el reclamo, eran exhaustivas.

En "Cavifré S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión por Overland Trust Banca" (38), se tuvieron por acreditadas las condiciones de reciprocidad al acompañar el acreedor un testimonio escrito, bajo declaración jurada, y un *memorandum* de derecho, debidamente certificados y traducidos, prestados por un profesional del derecho habilitado para actuar ante los Tribunales Federales del Estado de Nueva York con jurisdicción en materia de quiebras, de los que surgía que "las leyes de los Estados Unidos de América y del Estado de Nueva York, no otorgan prioridad o preferencia, en las quiebras, a los acreedores nacionales sobre los acreedores extranjeros".

La prueba del derecho extranjero se admitió de modo flexible en el caso "D'Angelo, Lydia v. Paino, Myriam" (39), a través de una copia de la ley estadounidense de bancarrotas de 1978, a fin de demostrar la regla

(37) CNCom., sala B, 22 de agosto de 1990, siguiendo la opinión del fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara No. 62.710/90, SAIJ N0004042.

(38) CNCom., sala A, 10 de septiembre de 1991, adoptando el dictamen del fiscal de Cámara Raúl Calle Guevara N° 64.987.

(39) JCCRosario, 1ª Nominación, 11 de diciembre de 1987, RJVS II-201, con comentario de MENICOCCI, Alejandro.

de reciprocidad y verificar un crédito de un tenedor de un cheque pagadero en Estados Unidos de Norteamérica.

Más recientemente, "in re" "Massey Ferguson S.A." (40), se consideró satisfecha la carga probatoria de la reciprocidad cuando un acreedor, con domicilio de pago en Inglaterra, acompañó al tribunal la opinión de un experto británico explicando la inexistencia de reglas discriminatorias de los acreedores extranjeros en el derecho inglés.

Por fin, debe destacarse lo resuelto en la quiebra del "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda.". Se solicitó la verificación de varios créditos pagaderos en los Estados Unidos de Norteamérica, y sólo algunos de esos acreedores acreditaron la falta de discriminación en la legislación norteamericana presentando dictámenes de abogados de ese país. Hubo impugnaciones —de otros acreedores— que cuestionaron la falta de acreditación de la *regla de la reciprocidad*. El juez de la quiebra, siguiendo el dictamen de la sindicatura, desestimó las impugnaciones y afirmó dos principios interpretativos de la carga de la prueba de la reciprocidad que nunca antes se habían sostenido por la jurisprudencia: primero, que cuando una pluralidad de acreedores pagaderos en un país extranjero solicita verificación, no es necesario que cada uno de ellos acredite el (mismo) derecho extranjero "sino que es suficiente que uno solo de los acreedores admitidos al pasivo lo acredite"; segundo, que desde que hay tribunales argentinos que ya han admitido que el sistema legal norteamericano es receptivo de los créditos pagaderos en la Argentina, "no es necesario que cada acreedor en el futuro lo deba hacer también", sentando así el principio de la acreditación de la reciprocidad a través de los propios precedentes de la jurisprudencia argentina. Esta doctrina judicial novedosa y realista importa un paso más adelante en el camino de la no discriminación. Fue rematada por el magistrado actuante con la afirmación de que esa interpretación se ajusta "a la letra del art. 4° que prescribe 'se acredite' tal circunstancia, pero no le impone la carga de la prueba al verificante en cada caso. Tal actitud resulta estéril y demasiado formal: una vez acreditado que el derecho estadounidense es receptivo en este sentido, ya está acreditado y no es necesario acreditarlo nuevamente" (41).

(40) JCCRosario, 13ª Nominación, 26 de febrero de 1996, con comentario de CHAUMET, Mario Eugenio, "Reciprocidad y calidad del derecho extranjero en el proceso", DyE, 5-306.

(41) Juzgado de 1ª Instancia de Distrito Judicial N° 3 en lo Civil y Comercial, 2ª Nominación, Venado Tuerto (provincia de Santa Fe), 25/9/96, "in re": "Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. s/ Quiebra" (expediente 1379/95).

e) *El cobro concursal del crédito "extranjero": la "regla de la preferencia local"*

Si el acreedor "extranjero" satisface la *regla de reciprocidad* y obtiene *verificación* de su crédito en el concurso argentino, a los efectos del cobro de la acreencia es preciso distinguir según se trate de la concurrencia a un *concurso preventivo* o a una *quiebra*.

Cuando el concurso argentino es "concurso preventivo", el acreedor "extranjero" no experimenta —no debería experimentar— ninguna discriminación (42).

Cuando el concurso argentino es quiebra liquidativa, y el crédito "extranjero" —además— "pertenece a un concurso extranjero", entonces se *subordina* a este crédito "extranjero" respecto de todos los créditos "locales". En tal caso, esta categoría de "*crédito extranjero* perteneciente a concurso extranjero" (43) solamente podría cobrar en la quiebra liquidativa argentina "sobre el saldo" (44), una vez satisfechos los demás acreedores" locales.

La jurisprudencia no ha tenido oportunidad de expedirse aún sobre la noción de "pertenencia a concurso extranjero". En doctrina se ha sostenido que "sería lógico entender que corresponde al derecho del concurso extranjero calificar o definir los acreedores que *pertenecen a su*

(42) Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Alfredo Alejandro Scola y Cía. S.C.A.", 19 de octubre de 1993, JA, 1994-II-256.

(43) En el precitado caso "Cavifré S.A. / inc. de revisión por Overland Trust Banca", se hizo la interpretación correcta de la regla de la preferencia local al sostenerse que, para que ella funcione, es necesaria la existencia de otro concurso foráneo al cual pertenezca el crédito "extranjero".

(44) La postergación al cobro sobre el "saldo" supone: una quiebra liquidativa —única en la cual puede determinarse la existencia de "saldo" (art. 228, frase final de la ley de concursos y quiebras)—, lo cual excluye la pretensión de aplicar la regla de preferencia local en los casos de conclusión no liquidativa de la falencia; y el previo pago total en dicha quiebra liquidativa a los acreedores de todos los rangos pagaderos en la Argentina. Como la hipótesis de existencia de saldo en la quiebra liquidativa es más académica que real, no nos extendemos en el análisis acerca de cómo deben actuar los acreedores "extranjeros" sobre dicho saldo —si mediante actuación individual o colectiva—, tema que nos detuvo en oportunidad de analizar la reforma concursal de 1983 (ROUILLON, Adolfo A. N., "Reformas al régimen de los concursos", p. 49 a 55, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986).

propio concurso. Serían los verificados, los presentados, los pendientes de resolución, los sujetos a revisión. Desde la óptica del derecho argentino —que impropiaamente podría determinar los acreedores que pertenezcan a un concurso extranjero— también se presentan diversas dificultades interpretativas. De modo que la dificultad subsiste mirando el problema desde el derecho argentino como del derecho propio del concurso abierto en el exterior. Parece que este derecho tendrá la palabra decisiva” (45).

En los hechos, la experiencia indica que jamás hay “saldo” en la quiebra liquidativa; por lo cual esta clase de crédito “extranjero” tiene remotísimas posibilidades de cobrar algún porcentaje.

En síntesis:

1) Los créditos pagaderos exclusivamente en el extranjero, y solamente ellos, son considerados créditos “extranjeros”;

2) Los créditos “extranjeros” deben satisfacer el test de la “reciprocidad”, cuando son reclamados en cualquier proceso concursal argentino (*concurso preventivo o quiebra*);

3) En principio, después de haber sido verificados, no hay discriminación para el crédito “extranjero” respecto de su rango (posición) para el cobro; excepto:

4) En caso de *quiebra liquidativa*, en la cual algunos créditos “extranjeros” resultan *subordinados* al “saldo”. Esta regla, llamada “regla de preferencia local”, es aplicable sólo a los créditos con exclusivo lugar de pago fuera de la Argentina si —además— pertenecen a un concurso declarado en el extranjero (46).

f) El acreedor “extranjero”: puede pedir la quiebra del deudor domiciliado en la Argentina?

El cuestionamiento refiere al caso del acreedor titular de un crédito exigible en el exterior, cuyo obligado al pago se domicilia en la Argentina.

(45) BOGGIANO, A., op. cit., p. 1022.

(46) “El acreedor individual que no pertenece a ningún concurso formado en el extranjero no sufre postergación en el pago, pudiendo cobrar en iguales condiciones que los demás acreedores, si ha acreditado la reciprocidad prevista en el tercer párrafo del art. 4 de la ley de concursos” (Cám. Ap. Civ. y Com. de Mar del Plata, sala 1, 17 de noviembre de 1994, “Emiliani S.P.A. s/ incidente de revisión en autos ‘Ventura s/ quiebra’”, SAJ B1351112).

En este caso, la duda radica sobre la legitimación de ese acreedor para pedir, en la Argentina, la quiebra de su deudor.

En el caso "Vicario, José M. (conc.)" (47) Bruno H. Schubert y Henninger International Brauereiberatung und Management G.m.b.h. (domiciliados en Alemania), se presentaron ante el juez argentino pidiendo la declaración de quiebra de José María Vicario (domiciliado en la Argentina), invocando ser titulares de varios créditos, todos celebrados y pagaderos en Frankfurt (Alemania). El juez de primera instancia rechazó el pedido de quiebra por considerar que los peticionarios no tenían legitimación activa según nuestra ley concursal entonces vigente (ley 19.551). El tribunal de apelación revocó esa decisión, sosteniendo que "dentro del ordenamiento legal argentino, el acreedor titular de créditos a cobrar en el extranjero, dispone de legitimación activa suficiente para peticionar la quiebra en nuestro país...".

Esa solución jurisprudencial, que podía ofrecer alguna duda bajo el régimen de la ley 19.551, se tornó indudablemente acertada después de la reforma de 1983 (48).

Durante la vigencia de esta última, se arribó a la misma solución en el caso "Sager, Gerold s/ quiebra" (49). En este asunto, "Bank Rohner AG", acreedor domiciliado en Suiza, titular de un crédito pagadero también en Suiza, pidió ante un juez argentino la declaración de quiebra de Gerold Franz Josef Sager, domiciliado en el territorio dentro del cual tenía competencia el juez argentino. El juez de primera instancia declaró la quiebra. El tribunal de apelación —por mayoría de votos de sus jueces— confirmó esa decisión al considerar que el recurso de apelación había sido mal interpuesto. Sin embargo, es de destacar que el voto disidente de uno de los jueces del tribunal de apelación sostuvo que el acreedor peticionario no tenía legitimación para requerir la declaración de quiebra en la Argentina y, además, que el juez argentino no era

(47) C1^a Mar del Plata, sala 2^a, 12 de agosto de 1975, JA, 1976-I-551.

(48) ALEGRÍA, H., op. cit.

(49) Juzgado de 1^a Instancia en lo Civil y Comercial de la 1^a nominación de Santa Fe, 26 de marzo de 1986; confirmado por CCC Santa Fe, sala 2^a, en tribunal integrado de cinco miembros (con la disidencia del doctor Dalla Fontana), 26 de diciembre de 1986, SAI J0200322.

competente debido a que la petición de quiebra la había formulado un acreedor cuyo crédito era exigible solamente en Suiza. Esa disidencia, largamente desarrollada (y a mi juicio equivocada, ya que la competencia del juez argentino existía porque el deudor se domiciliaba en la Argentina), afortunadamente no se impuso como criterio del tribunal, pero demuestra las inseguridades interpretativas que todavía subsisten en razón del mantenimiento en la legislación argentina, aunque sea de manera residual, del inconveniente y anticuado trato discriminatorio de los créditos pagaderos en el extranjero.

VI. Paridad en los dividendos

En 1983, la ley 22.917 introdujo por primera vez en nuestro derecho concursal internacional una regla de "paridad en los dividendos", mantenida por la ley 24.522, que dice así: "Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes" (art. 4°, párr. final, ley de concursos y quiebras).

La Exposición de Motivos de la ley 22.917 (punto 8) la explica de este modo: "... tiende a provocar una suerte de retorsión, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos, que son lo importante, respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de apertura del concurso argentino, mediante procedimientos seguidos en otra nación, afectando así la paridad de los interesados que es uno de los fines del trámite falencial. La regla se inspira en la disposición norteamericana. Se busca 'igualar' al acreedor que obtuvo beneficio propio, con los demás que respetaron en mayor medida el procedimiento común. Como no se hace depender esto de cuál sea el lugar de pago, evita esa aventajada conducta, provenga ella tanto de acreedor pagadero en el exterior cuanto de otro pagadero en esta República. La redacción vigente del art. 4° excluye del concurso al acreedor por razón del lugar en que hubiera de haber sido pagado, pero no prevé regla ninguna para evitar que un acreedor, pagadero localmente, fraccione su crédito para emplear una parte del mismo para cobrar en el exterior, y con otra fracción de sus títulos solicite, obtenga y se beneficie de una verificación concedida en el concurso local".

Entendemos que la norma de *retención de dividendos* puede ser aplicada en caso de *fraccionamiento de los títulos* por parte del acreedor

—para usar una parte en el concurso argentino y otra en cualquier procedimiento de cobro en el exterior—, pero no en el supuesto en que sin fraccionar los títulos del mismo crédito se persiga la totalidad de la acreencia, a la vez, en el extranjero y en el concurso argentino. Los casos son distintos.

El *primer caso* (que es, en realidad, la hipótesis típica de aplicación de la regla de paridad en los dividendos) puede comprenderse con el ejemplo que pasamos a desarrollar, referido a un concurso argentino en el cual hay tres acreedores:

A	\$ 1.000	
B	\$ 1.000	
C	\$ 500	(\$ 500 más en el exterior)
Total	\$ 2.500	

El acreedor C es el que ha fraccionado su crédito ya que, en realidad, el concursado le debe \$ 1000 y él sólo ha pedido verificación en el concurso argentino por \$ 500, y los otros \$ 500 los ha reclamado en el exterior, donde los ha percibido íntegros *a posteriori* de la apertura concursal argentina. A la hora de la distribución supongamos que el activo repartible es de \$ 1500, por lo que se establece como porcentaje de cobro de los créditos quirografarios el 60 % del capital verificado (1500 dividido 2500 = 0,60). Si no existiera la regla de paridad en los dividendos, la distribución sería así:

Pasivo verificado		A cobrar (60%)
A	\$ 1.000	\$ 600
B	\$ 1.000	\$ 600
C	\$ 500	\$ 300
Total	\$ 2.500	\$ 1.500

Se advierte que C percibiría \$ 300 por dividendo concursal argentino, más \$ 500 cobrados en el exterior, lo cual hace un total de \$ 800 que, sobre los \$ 1.000 del total de su acreencia, significan que este acreedor obtendría la satisfacción del 80 % del crédito, frente a sus coacreedores, que sólo habrían logrado el 60 %.

Esa violación de la igualdad de trato tiende a ser corregida por la *regla de paridad en los dividendos*, lo que se logra reduciendo el dividendo de

C en el concurso argentino hasta que el total de lo que efectivamente perciba implique (sobre su crédito íntegro: el verificado en la Argentina más el perseguido en el extranjero) un porcentaje igual al percibido por los demás acreedores quirografarios. A la vez, a los fines del proyecto de distribución debe sumarse —idealmente— la porción del crédito de C cobrada en el extranjero, adicionándola en el pasivo verificado y en el activo distribuible, lo cual eleva el porcentaje repartible. Siguiendo el ejemplo, hay que tomar las dos fracciones del crédito de C ($\$ 500 + \$ 500 = \$ 1.000$) y calcular el porcentaje de distribución común sobre el total resultante. Así:

Pasivo verificado	Activo distribuible	Porcentaje a cobrar
		\$ 2.000
		<hr style="width: 50%; margin-left: auto; margin-right: 0;"/> = 0,666
		\$ 3.000
A	\$ 1.000	\$ 1.500 (por liquidación en
B	\$ 1.000	quiebra argentina)
C	\$ 1.000	\$ 500 (cobro extranjero)
Total	\$ 3.000	\$ 2.500
		<hr style="width: 50%; margin-left: auto; margin-right: 0;"/> \$ 166,66 + \$ 500
		\$ 1.500 + \$ 500

Con el razonamiento seguido, C, en vez de cobrar \$ 300 en la quiebra argentina, cobra (en ésta) \$ 166,66, que sumados a los \$ 500 percibidos en el exterior, hacen \$ 666,66, o sea, el 66,66 % (ó 0,666) del real monto global de su crédito. A través de la aplicación de la *regla de paridad en los dividendos*, la igualdad de trato queda restaurada.

El *segundo caso* posible tiene lugar cuando el aventajado acreedor C (siguiendo el mismo ejemplo anterior), *no fracciona su acreencia*, sino que verifica íntegramente por \$ 1000 en el concurso argentino, y después trata de cobrar su crédito en el exterior. No estamos considerando la posibilidad de duplicación de cobro, que en caso de lograrse abriría la repetición de pago, sino el intento de cobrar sólo \$ 1000 pero, a la vez en el concurso argentino y con cualquier otro procedimiento en el exterior, y a las resultas de cuál se obtenga primero o —acaso— si por la suma de cobros parciales se obtiene un porcentaje mayor.

Por supuesto que este camino habilitaría al deudor demandado en el extranjero a oponer la excepción de litispendencia fundada en el

reclamo que el mismo acreedor le ha formulado al concurrir al concurso argentino. Sin embargo, si la defensa no se esgrime o no tiene éxito, y el acreedor C, de toda suerte, obtiene el cobro, más que aplicación de la *regla de paridad en los dividendos* lo que corresponde es excluir a este acreedor de la distribución local por haber (ya) percibido su acreencia después de la apertura de la quiebra argentina. Además, podría investigarse si al actuar como lo hizo no ha mediado complicidad con el fallido que pudiera llegar a hacer aplicable la responsabilidad reglada en el art. 173, párr. 2°, de la ley de concursos y quiebras.

Una última conclusión que deriva de la explicada manera de operar la *regla de paridad en los dividendos*, es que ella tiene como exclusivo ámbito de aplicación el de la quiebra con liquidación de bienes y distribución de su producido (*quiebra liquidativa*). Sólo en esa clase de concurso liquidativo —y no en el concurso preventivo ni en la quiebra concluida de modo no liquidativo— existe proyecto de distribución, que es el momento y lugar en que pueden nivelarse los dividendos como lo prevé el párr. 4° del art. 4° de la ley de concursos y quiebras.

En los años transcurridos desde la consagración legal de la *regla de paridad en los dividendos*, no se conocen casos publicados de aplicación de ella (50).

VII. Conclusiones

Como resumen de lo expuesto pueden señalarse las siguientes conclusiones:

1) El régimen argentino para insolvencias transfronterizas de *fuerza internacional* tiene poca relevancia en la actualidad, debido a que en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 no son partes ni siquiera los países vecinos con quienes tenemos mayor volumen de intercambio comercial y las más importantes relaciones económicas (Brasil y Chile). Además, en los pocos casos en que se ha hecho aplicación de dichos Tratados, se ha puesto en evidencia que sus reglas no conducen a soluciones rápidas, prácticas ni eficientes, de las insolvencias transfronterizas.

(50) Ejemplos hipotéticos, con cifras, de los resultados que podrían lograrse a través de la regla de paridad en los dividendos, pueden verse en: ROUILLON, Adolfo A. N., *Reformas al régimen de los concursos (Comentario a la ley 22.917)*, p. 64 y sigtes., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, y en WURST, Walter J. E., *La quiebra extranacional*, Revista de Derecho Comercial y Obligaciones 1996-463.

2) Al filo del siglo XXI, el régimen argentino para insolvencias transfronterizas de *fuerza interna* sigue respondiendo, con algunos retoques, a las concepciones elaboradas durante el siglo XIX. Es, así, un régimen anacrónico, que se muestra desajustado respecto de la actual realidad de la Argentina, de su inserción en la economía regional y global, de la manera como hoy se llevan a cabo las transacciones económicas y financieras, y de los sistemas contemporáneos de comunicación.

3) Si bien la discriminación contenida en la *regla de las preferencias locales* ha sido sensiblemente acotada, por la reforma legislativa de 1983 y por la aplicación jurisprudencial posterior, ella subsiste en alguna medida. También tiene un sesgo discriminatorio la *regla de la reciprocidad*. Igualmente, constituyen manifestaciones de protección de los créditos "locales" (pagaderos en la Argentina), y consiguiente discriminación respecto de los *créditos pagaderos exclusivamente en el extranjero*: (a) la posibilidad de declarar la quiebra en la Argentina de los *bienes existentes en el país y pertenecientes a deudor domiciliado en el extranjero*, ya que sólo el acreedor con crédito local podría petitionar esta quiebra; (b) la imposibilidad de invocar un concurso extranjero para *disputar derechos a los acreedores locales sobre bienes existentes en el país ni para anular los actos celebrados por ellos con el concursado*; (c) la posibilidad de declarar la quiebra del deudor declarado en concurso *en el extranjero*, sin necesidad de acreditar el estado de cesación de pagos, que sólo se habilita al *acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina*. Todas esas reglas discriminatorias lucen como incongruentes con los lineamientos de la política económica y de la política internacional hoy vigentes en el país. Tampoco se advierten cuáles son las actuales ventajas de mantener esas reglas que, aunque van perdiendo relevancia en la legislación y, en los últimos 15 años, no han dado lugar a fallos jurisprudenciales chauvinistas, todavía mantienen una imagen discriminatoria inútil y contraproducente.

4) Es previsible que los jueces argentinos deban enfrentar un número cada vez más alto de casos con cuestiones internacionales de insolvencia. Sin embargo, el derecho argentino de insolvencias transfronterizas aún carece de reglas modernas para solucionar los principales problemas que han de presentarse: el *reconocimiento* de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el *acceso* a la justicia argentina de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia, y la *cooperación* internacional entre jueces concursales argentinos y extranjeros. A estas cuestiones deberían dedicarse los esfuerzos doctrinarios y

legislativos, pues por ellas —y no por las viejas reglas discriminatorias que hoy subsisten— pasará el derecho concursal internacional del tercer milenio.

5) La orfandad legislativa argentina en este aspecto no es exclusiva de nuestro país. Al contrario, “sólo un número reducido de países dispone de un marco legislativo que permita abordar la insolvencia transfronteriza de forma adecuada a las necesidades del comercio internacional” (51). La difusión del problema, sin embargo, más que obrar de consuelo adormecedor, debiera acicatear nuestra imaginación y nuestros esfuerzos para dar respuesta legislativa moderna y eficiente a un tema en el que están implicados aspectos microeconómicos —como los que afectan puntualmente a las empresas en insolvencia con repercusión transfronteriza, a sus acreedores y sus dependientes—, y macroeconómicos, por la incidencia que la incertidumbre en este área genera sobre el riesgo país y las consiguientes decisiones de inversión extranjera. Quizás este inicio de milenio nos encuentre proyectando y promoviendo soluciones legales pioneras en el área empresarial, como ocurrió en la pujante Argentina de comienzos del siglo XX. Es nuestro anhelo. ♦

(51) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 30º período de sesiones, Viena, 12 a 30 de mayo de 1997.

IV. LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

PRIMER ENFOQUE

POR JOSÉ DOMINGO RAY (*)

SUMARIO: I. Reflexión general. — II. Ingreso a la Universidad. — III. Orientación profesional o académica. — IV. Plan de estudios. — V. Métodos de enseñanza. — VI. Métodos de promoción. — VII. Distintos criterios de evaluación. — VIII. Asistencia obligatoria y exámenes libres. Enseñanza a distancia. — IX. Doctorado y Postgrado. — X. Síntesis.

I. Reflexión general

Existe coincidencia en que las universidades argentinas enfrentan una de las más grandes crisis que les ha tocado vivir en su historia. Las causas de esta situación son múltiples y variadas: los cambios institucionales, erradas políticas universitarias, su aplicación en el plano administrativo y docente y la proliferación de universidades que no tienen en cuenta que en ellas es donde se debe exigir el nivel más alto de la educación y selección para formar los distintos claustros y, en especial, el docente.

La configuración de una Facultad sin serias exigencias en el cuerpo docente y en el alumnado, es decir para profesores y alumnos, está lejos de contribuir a los fines de una buena formación universitaria y de las necesidades del país, degenerando en última instancia en la proletarianización de sus egresados y, por lo tanto, de la profesión.

Esto no significa que deba prescindirse de los *cursos de otro nivel, los de información general, llamados de extensión universitaria* y de todo lo que pueda hacerse para que la universidad contribuya a solucionar los problemas que interesan a la comunidad y la elevación cultural de los habitantes de la República.

(*) Este estudio ha sido aprobado en el plenario del 28 de junio de 2001.

Este trabajo tiene por finalidad presentar reflexiones sobre los principales temas que deben ser tenidas en cuenta para elaborar los planes de estudio en la facultades de derecho y encarar la enseñanza que se debe impartir.

El problema de la enseñanza en las facultades de derecho se encuentra vinculado a la *organización de las universidades y a las exigencias de la sociedad*, en cuanto al tiempo para graduarse, número de profesores y de profesionales y requerimientos de la comunidad. Este es un aspecto de los problemas en consideración que no puede dejarse de lado (1).

Así como la instrucción puede adquirirse mediante el esfuerzo solitario de un autodidacta, la enseñanza —como se señaló en un trabajo que figura en nuestros Anales— supone la intervención de un maestro y un discípulo, un profesor y un estudiante (2).

No se trata de tomar un punto de partida que excluya otras alternativas, pero sí la exigencia de superar una situación que debe encararse con seriedad y al margen de toda política minúscula, ya sea de tipo demagógico o que no tome en cuenta la realidad social y que, por otra parte, olvide el nivel de estudio y formación que gradualmente debe alcanzarse en los estudios universitarios.

(1) El profesor de la Universidad de Columbia, John N. Hazard, decía que el pronunciamiento por un determinado sistema, método o plan de estudios, en vez de otro, debe hacerse después de considerar lo que el Estado, los contribuyentes en general, y las familias de los estudiantes, están dispuestos a aportar para formar buenos profesionales, así como también que las costumbres de la colectividad, sus recursos y el tiempo de que el estudiante puede disponer para obtener su diploma son factores que no pueden olvidarse al proponerse cualquier reforma.

Las circunstancias ambientales deben tenerse muy en cuenta y más de una vez las olvidan quienes teorizan sobre los métodos, organizaciones y sistemas de enseñanza del derecho. Ver prólogo al libro "Les Sciences Social dans L'enseignement supérieur Droit" Relación del profesor Charles Eisenmann, de la Universidad de París, en nombre del Comité Internacional de Derecho Comparado (UNESCO), Ginebra 1954 ("Acerca de la Enseñanza de las disciplinas Jurídicas", p. 147, J. D. Ray, Rvta. Jurídica de Buenos Aires, 1958).

(2) Conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del señor académico doctor Marco Aurelio Risolía, "La enseñanza del derecho", en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, tomo VII, p. 61, año 1963.

La función de la Universidad se cumple a través del cuerpo docente que son los responsables del nivel que deben tener los estudios universitarios.

La cátedra debe estar reservada a quienes demuestren aptitud y vocación por el estudio y el mantenimiento de la categoría docente debe ser puesto a prueba a lo largo del desempeño en los distintos grados que debe haber en la carrera profesoral.

A ese efecto he puntualizado los distintos temas que deben ser materia de análisis en lo que hace a las facultades de derecho (3) y la conveniencia de obtener un consenso al que no se llega cuando se encara cada uno de ellos.

II. Ingreso a la Universidad

Es una realidad que ingresan a la Universidad estudiantes cuya formación e información es deficiente para encarar los estudios que deben hacerse en la misma y es imprescindible superar este primer punto para analizar los siguientes. En nuestra conferencia sobre "El Derecho y los valores", en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (4), después de referirnos a la crisis en nuestra sociedad, destacamos que para rescatar el debido funcionamiento de las instituciones no hay otra alternativa que valorizar la enseñanza desde el seno familiar, en la escuela primaria y el colegio secundario. Al poner el acento en la educación familiar y escolar considero que en ella deben plantarse las raíces para la formación del hombre de bien del mañana. Y a los padres les cabe la responsabilidad de inculcar a sus hijos el hábito por el estudio, el trabajo, la lectura y superar el facilismo que conspira contra una forma-

(3) En un artículo periodístico, Julián Marías decía que sí comparaba su Universidad, la de las ciudades bombardeadas, con la que se instauró después de la guerra, a pesar de lo que tanto había que hacer en aquella, peor fue la demolición pacífica posterior que los efectos bélicos sobre esas ciudades (La Nación, 9 de mayo de 1989).

En la Argentina no hay duda de que la Universidad de Buenos Aires tenía y tiene que adaptarse al siglo XXI, incorporar nuevas metodologías, como lo señalamos en la década de 1956 a 1966, pero no podemos dejar de reconocer que la Universidad de Buenos Aires tenía y aún tiene un prestigio que se corre el riesgo de perder.

(4) Conferencia en la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires del 6 de setiembre de 1999. Ver Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, tomo XXXIII, año 1999, pág. 29.

ción sólida para el futuro y, en especial para el nivel terciario, es decir el universitario (5).

Cabe descartar el ingreso irrestricto, ya que, cuando se ha establecido, los resultados han sido negativos.

Es evidente que la enseñanza del derecho, como toda enseñanza universitaria en general, requiere que el estudiante cuente con una formación mínima, ya que se trata de coronar una secuencia que comienza en la escuela primaria, sigue en la secundaria y culmina en la universidad con el título. La última etapa, la universitaria, sólo puede ser afrontada por quienes cuenten con un acervo adquirido en las anteriores, que demuestre sus aptitudes, voluntad y dedicación a la adquisición de conocimientos para su futura labor en la sociedad.

Teniendo en cuenta esa realidad acerca de la preparación de los estudiantes secundarios, *la Universidad debe procurar que sea en ella o, eventualmente, en el colegio secundario, el ámbito en el que se desarrolle el plan que formalice la facultad, bajo la dirección y con profesores designados por ella para formar a quienes ingresan a la misma.*

Roberto Martínez Ruiz descarta esta alternativa —la del colegio secundario— por la dificultad para ponerla en práctica.

Debo aclarar que la presenté como alternativa por la importancia que reviste el tema y el tiempo que requiere una formación seria para los estudios universitarios y que la dificultad que entraña sólo permitirá aceptarla con el cumplimiento de los requisitos a establecer.

Hay consenso en que *la facultad es la institución mejor habilitada para determinar las materias que deben incluirse en el curso de ingreso y la forma de impartir la enseñanza en el mismo.* Debe centrarse sobre temas específicos y sectores del conocimiento para lograr una preparación mínima que habilite al alumno a continuar adecuadamente el estudio de acuerdo al plan establecido por la facultad.

Si se organiza el curso de ingreso en la facultad, no debe desecharse totalmente un trabajo realizado en colaboración con los colegios secundarios, que deseen instituir cursos preparatorios para facilitar a sus alumnos la

(5) JAIMETCHEVERRY, Guillermo, *La tragedia educativa*, Buenos Aires, 1999.

mejor forma de enfrentar con mayores posibilidades de éxito el ingreso a la facultad y, en definitiva, el estudio de la carrera elegida. Pero siempre ha de hacerse esa tarea de colaboración con la mira puesta en las finalidades y los métodos de enseñanza que deben estructurarse en cada facultad. Es importante que se asigne a ésta el papel preeminente en la elaboración y estructuración del curso de ingreso, cuyo programa podrá variar si así lo aconsejan determinadas circunstancias de la realidad nacional.

Es objetable la organización de un ciclo básico como el que se proyectó y se aplicó en la Universidad de Buenos Aires para la Facultad de Derecho. La preparación del estudiantado debe resultar de haber completado el ciclo secundario y brindar, reforzar o profundizar los conocimientos de los alumnos en disciplinas específicamente vinculadas con la cultura y el derecho.

En el curso de ingreso o ciclo básico, como se le desee llamar, conviene incluir un anticipo de las nociones culturales y jurídicas elementales, que sirvan de base para que, al abordar el estudio de la carrera de licenciado o de abogacía, los estudiantes estén en alguna medida familiarizados con los conceptos básicos y el sentido de lo jurídico.

Es importante incluir en el curso de ingreso la exigencia del conocimiento de un idioma por lo menos, requisito que juzgo ineludible por las características del tiempo actual, que muestra una fuerte intensificación de los contactos internacionales y requiere, en muchas oportunidades, que los cultores del derecho sepan comunicarse con sus colegas de países de distinto idioma con la mayor facilidad y fluidez posibles.

En ese ciclo básico debería orientarse al aspirante al ingresar a la Universidad sobre la *forma de encarar los estudios*.

En el pasado, para acceder a la facultad de derecho, se exigía una introducción en materia filosófica, conocimientos de lo fundamental de historia argentina y de la universal o de la civilización y conocimientos básicos de un idioma (francés, inglés o italiano). Desde luego que en quinto año de los estudios secundarios se enseñaba Instrucción Cívica sobre la base del estudio de nuestra Constitución y lo fundamental de la organización nacional.

Hoy, habría que requerir nociones elementales de computación y economía para cualquier carrera y, desde luego, para la de derecho, así como

lo fundamental de uno o dos idiomas además del dominio del nuestro. El vocabulario que utiliza la juventud y algunos de los medios de comunicación, como la televisión, es alarmante y debe restaurarse la corrección en el uso del lenguaje.

El doctor Martínez Ruiz considera que computación debe estudiarse en la enseñanza secundaria y Economía Política en la carrera de abogacía, criterio éste que comparto (ver pág. 10).

Debe superarse la polémica sobre el ingreso restricto o irrestricto que lleva a una discusión bizantina, porque lo importante es que el futuro estudiante tenga una preparación mínima que evite las frustraciones y dificultades que hoy se presentan para impartir y obtener frutos de la enseñanza universitaria.

III. Orientación profesional o académica

El pronunciamiento sobre la finalidad de las facultades de derecho acerca de una formación académica o profesional es un tema prioritario y sobre el cual es necesario adoptar un punto de partida para la elaboración del plan de estudios.

Ante todo, la pregunta sobre el objeto de la enseñanza del derecho supone tomar una posición acerca de la naturaleza del mismo y su relación con la justicia.

En líneas generales podría afirmarse que el derecho es un arte, una técnica para regular las relaciones entre los hombres en sociedad y el estudio científico de estas relaciones implica tener en cuenta los intereses y valores en juego que se conjugan en las normas y en la vida de relación. La regulación de la vida humana intersubjetiva, en tanto y en cuanto el obrar del hombre interfiere con el de otros, debe hacerse en la forma más justa posible, consagrando el valor justicia, como síntesis del plexo axiológico. Y esto debe hacerse en función de la evolución de las circunstancias sociales y de esos valores en juego.

De ahí que ante la evolución de las instituciones se haya objetado la existencia de una ciencia y el estudio científico (6).

(6) Es común recordar la afirmación negativa del procurador del Rey en el Estado de Prusia, cuando en 1847 Julio Von Kirchmann pronunció su conferencia sobre la falta de

Se formula la pregunta de si se desea equipar al futuro egresado con conocimientos culturales y científicos o sólo con lo que se considera imprescindible para el ejercicio de la profesión.

A esa pregunta debe contestarse que no hay una oposición fundamental entre los dos puntos de vista, el académico y el profesional, porque el abogado requiere una formación cultural mínima para el ejercicio profesional. Pero aquí se plantea a cuál criterio debe dársele prioridad y cabe tener en cuenta que la carrera de derecho tiende a formar egresados que desempeñarán sus funciones en los más distintos ámbitos, dentro de los órganos del Estado o en la vida profesional empresarial o de interés comunitario.

Carlos Saavedra Lamas en una sesión de nuestra Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, muchos años atrás (7), se refirió a la crisis universitaria y a la imposibilidad de dar enseñanza más prolongada, substrayendo más tiempo a los reclamos de la vida y la necesidad de

valor de la jurisprudencia como ciencia, continuando las diatribas y punzantes ironías de distinguidos literatos y pensadores. En su Introducción a la Ciencia del derecho, que el Rector de la Universidad de Santiago de Compostela, el catedrático Luis Legaz y Lacambra, dedicó a sus amigos argentinos, se refiere al tema y nos recuerda la crítica de Von Kirchmann seguida luego por Lundsted y Jaehner, puntualizando que se había impuesto desde Aristóteles un tipo de ciencia de nociones absolutas y generales que pueden reducirse a universales y estables (Ver LEGAZ, Luis y LACAMBRA, *Introducción a la ciencia del derecho*, 1943, Bosch Barcelona, p. 132). (Ver RAY, J.D., *Misión de las Academias*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, t. XXXIV, p. 367, año 1996).

El conocimiento de las instituciones jurídicas debe hacerse en forma objetiva, aunque tanto el jurista como sus investigadores estén afectados e influidos muchas veces por su concepción cultural, social y la prevalencia que les den a unos valores sobre otros.

Debe tenerse en cuenta que el estudio científico de las normas y de la realidad social está influido por la formación del científico que las estudia y de quien las formula, ya que el objeto de ese estudio y de la regulación implica comprensión y valoración y se concreta en la atribución de un sentido valioso.

No se puede negar el estudio científico del derecho, por variable que en algunos aspectos pueda ser, en el tiempo y en el espacio, el objeto de ese estudio.

El enfoque debe ser objetivo, teniendo en cuenta que el derecho traduce valores, y utilizando el método adecuado al objeto.

A este efecto, cabe recordar lo que decía Dilthey: "explicamos la naturaleza, comprendemos la cultura".

(7) SAAVEDRA LAMAS, Carlos, *La crisis universitaria y la formación de hombres de gobierno*, 11 de diciembre de 1925. Ver *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, t. I, p. 277, 1956.

un enfoque nuevo sobre la base de la política aristotélica y los estudios sociales, a fin de encender bien altos los focos de investigación y estudio, las virtudes republicanas y la irradiación de una noble probidad.

El ideal de que la Universidad otorgue títulos académicos y no habilitantes para la profesión lleva a pronunciarse sobre la institución que otorgará los títulos para el ejercicio de la abogacía. Las facultades de derecho de la República Argentina, hoy día, están orientadas hacia una formación profesional y brindan títulos habilitantes para el ejercicio de la abogacía. De aquí que si no se cambia el sistema, el plan de estudios debe completarse con los dos enfoques, cultural y jurídico, sin perjuicio de profundizar ambos en los estudios para el doctorado. Y, si se cambia el sistema, el problema reside en determinar qué institución o de qué forma se encara el otorgamiento del título profesional.

IV. Plan de estudios

El pronunciamiento sobre el plan de estudios, como se ha señalado, se vincula a lo establecido precedentemente y a las exigencias de nuestra sociedad. Parecería acertado dedicar un plan de cinco años a la carrera de abogacía y, eventualmente, la división en tres etapas: a) al culminar la primera se obtendría licenciatura; b) en la segunda, el título de abogado y c) en la tercera, la del doctorado, se obtendría el título universitario máximo, suponiendo que en esta etapa se brinda a los recipiendarios una formación en cultura jurídica de mayor nivel.

Sobre este tema hay opiniones disidentes, pero el establecimiento de los ciclos lo vinculo a las perspectivas sociales, porque muchas veces el estudiante se encuentra en dificultades para aspirar al título de abogado, más aun al máximo y debe afrontar una situación distinta de aquella en que se encontraba al ingresar.

Los doctores Roberto Martínez Ruiz y Horacio A. García Belsunce se pronuncian en sentido contrario a dividir en ciclos la carrera de abogacía, coincidiendo en que la formación universitaria culmine en el doctorado.

El argumento que funda la división en ciclos parte de la base de que, al fin de la primera etapa, el estudiante estará en condiciones de determinar su futuro en cuanto a su dedicación y no habrá perdido su tiempo si no desea continuar la carrera de abogacía. Estaría habilitado para

acceder a ciertas funciones, pero no al ejercicio de la profesión para lo que se requiere cursar el segundo ciclo y la obtención del título.

Es difícil la distinción entre ciclos básicos y profesionales orientados, como los proyectados en la UBA, cuando el futuro egresado desconoce las posibilidades que se le brindarán para su futuro ejercicio profesional.

La división a través de las materias que se incluyen en los dos ciclos de la facultad de derecho de la UBA no es acertada porque el abogado no puede ignorar algunas instituciones fundamentales como ocurre en el plan actual.

El abogado puede orientarse: a) al ejercicio de la magistratura o de la docencia; b) al desempeño de tareas en la administración pública, c) a la profesión, sea como consultor, abogado de empresas o de otras instituciones o como representante y patrocinante de las partes en los juicios ante los tribunales, d) a tareas diversas en la comunidad.

Con motivo del nuevo plan de estudios en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, expusieron sus puntos de vista disidentes los doctores Julio César Cueto Rúa y Horacio A. García Belsunce, entre otros. Personalmente me pronuncié en un trabajo publicado en la Revista "La Ley", 1985-B, 778, suscribiendo con el doctor Federico N. Videla Escalada y Enrique Ramos Mejía una disidencia parcial respecto al criterio de la Academia.

Dijimos entonces que "existe coincidencia en que el plan propuesto es un buen punto de partida para la reforma, en cuanto establece una división en dos ciclos, culminando el primero con el otorgamiento de un título intermedio.

"La estructuración del plan debe hacerse en función del título de abogado, extendiendo el primer ciclo a tres años y reduciendo el segundo a dos años, con la finalidad de incluir en el primero materias como Historia del Derecho (nociones de derecho romano, derecho francés y derecho anglosajón), Parte General del Derecho Civil, un curso de Enciclopedia Jurídica y otro de Sociedades.

"La crisis de la enseñanza del derecho deriva más que del plan de estudios, del criterio que prevalece en la docencia y de la falta de dedicación y de exigencia por parte de quienes tienen la responsabilidad de la misma.

“Se deja constancia que en este dictamen no se entra a considerar las razones de competencia de parte de las autoridades ni la oportunidad de la reforma, así como también el criterio que debe prevalecer en la formulación de un plan de estudios, es decir, si se debe hacer una orientación tendiente a una formación humanista, de hombres “de estado” o una formación preferentemente profesional. Con uno u otro criterio siempre habrá que tener en cuenta materias humanistas y de tipo formativo porque se trata de preparar a egresados que tendrán como función primordial colaborar en la elaboración de normas de conducta y que esta labor, como he dicho ya, debe estar presidida por un criterio de justicia, como síntesis del plexo de valores jurídicos y de un serio análisis de la realidad social”.

No debe olvidarse que la orientación profesional, dentro de las indicadas, depende de circunstancias vitales y éstas superan, a veces, una pretendida vocación o el ejercicio de lo que el joven piensa que será su actividad futura.

Por lo expuesto, es conveniente que —si se acepta la distinción en ciclos y, por sobre todo, el que culmina con el título de abogado— las materias que se incluyan deban ser lo suficientemente formativas para habilitar a los egresados, con un mínimo de conocimientos y de capacitación para su actuación en cualquiera de las esferas en que concrete su actividad profesional. Más aún, si el título que se expide es habilitante para el ejercicio profesional.

Tanto para la obtención del título de licenciado como el de abogado y el de doctor, se deben cumplir con ciertas exigencias que deben ir en ascenso en función del título al que se aspira y que en definitiva se obtiene.

El aumento del número de egresados va en detrimento de la calidad y depende de las exigencias que no sólo deben requerirse al estudiante sino a quienes ejercen la docencia.

Las materias deben estudiarse planteando los temas o suministrando las nociones fundamentales de las mismas, agregándose el planteo de algunos casos que permitan el ejercicio del razonamiento, la interpretación en el derecho y señalando que en las soluciones deben prevalecer los valores jurídicos que se sintetizan con el término justicia como coronación del plexo axiológico (8).

(8) En apoyo de ello cabe destacar que el “conocimiento” de las normas jurídicas supone su “interpretación”, es decir, asignarles un sentido. En los casos concretos, a través de las

No debe prescindirse del estudio de nociones de teoría general que debe integrarse con una formación genérica de la dogmática y preparar así al futuro egresado para encarar la solución de los problemas concretos que se le presenten y que requieran su intervención en los distintos ámbitos en que su actividad se concrete.

En la carrera de abogacía, sólo a título de ejemplo y sujeto a un estudio que debería profundizar, enuncio las siguientes materias y módulos que deben incluirse en los distintos cursos, sin perjuicio de la complementación que deben hacer los que deseen profundizar el estudio de las distintas materias en los Departamentos de derecho público y privado

1º) Introducción al Derecho.

a) Concepto del derecho, de la justicia y de los valores

b) Las fuentes del derecho.

c) Panorama de enciclopedia jurídica, es decir, de las distintas ramas objeto de la ciencia del derecho, con referencia a cada una de ellas y su ubicación dentro de la unidad del orden jurídico.

d) La interpretación en el derecho de fondo y en el derecho procesal.

2º) Historia del Derecho.

a) Derecho romano.

b) Derecho continental (francés fundamentalmente).

c) El "Common Law". Derecho inglés y de EE.UU.

normas se analizan los hechos, la conducta de las partes en juego para dar la solución más justa dentro del marco que brinda el ordenamiento.

En la mayoría de los casos no existe la antinomia entre "conocimiento" e "interpretación" porque el abogado, el juez o el jurista, es decir, el intérprete, debe desentrañar el sentido de las normas y cuando se plantea el caso concreto pronunciarse por la solución más adecuada dentro del margen que brinda el orden jurídico.

En otras palabras, que debe esclarecerse el sentido de esas normas para su aplicación en relación a los hechos del caso y consagrar la solución más justa.

De ahí que se deba reiterar que es imprescindible tener nociones de teoría general del derecho, una formación académica y cultural mínima para el ejercicio profesional, sin perjuicio de todo lo que se entiende por equipamiento para una formación práctica.

d) Otros ordenamientos jurídicos y el Derecho Comunitario.

e) Influencia de cada uno de ellos en nuestro derecho.

3°) Derecho Político (9)

a) Historia de las ideas políticas.

b) Los conceptos fundamentales inherentes a la estructura del Estado.

c) Conceptos sobre los elementos del Estado y la soberanía.

d) La teoría de la constitución.

e) La división de poderes y la democracia.

f) Los derechos humanos.

4°) Derecho Constitucional.

a) Historia, evolución y su vinculación con la declaración de los derechos y garantías.

b) Declaraciones, derechos y garantías en nuestra Constitución y en el derecho internacional.

c) Los distintos poderes y sus facultades en el régimen constitucional argentino.

d) Derecho federal, provincial y municipal

5°) Economía Política y Finanzas Públicas.

6°) Derecho Administrativo.

a) Concepto. Fuentes. Administración Pública.

(9) Jorge R. Vanossi considera que deben dedicarse dos cursos y coincide con H. Sanguinetti y A. Rodríguez Varela sobre volver al *Derecho Político*, como denominación en reemplazo de *Teoría del Estado*.

- b) Servicio Público.
 - c) Contratos administrativos.
 - d) Función Pública. Responsabilidad del funcionario.
 - e) Contrato de obra pública y concesión.
 - f) Limitación al dominio. Expropiación.
 - g) Poder de Policía.
 - h) Dominio Público.
 - i) Procedimiento y Recursos.
- 7º) Derecho Privado.
- A) Parte general del derecho civil.
 - a) Historia y estructura de la legislación civil con relación a las distintas partes del mismo.
 - b) Persona.
 - c) Patrimonio.
 - d) Hechos y actos jurídicos.
 - B) a) Obligaciones y Contratos (civiles y comerciales).
 - C) a) Derechos reales e intelectuales.
 - b) Familia.
 - c) Sucesiones.
 - D) Sociedades Civiles y Comerciales y Asociaciones.
 - a) civiles.
 - b) comerciales.

c) de Estado.

d) combinaciones societarias y formas de asociación.

E) Derecho Comercial y de la Empresa.

a) el comerciante.

b) nociones en contabilidad.

c) papeles de comercio.

d) concursos.

e) seguros.

f) transportes (terrestre, navegatorio, aeronáutico y multimodal).

g) propiedad intelectual (patentes y marcas).

F) Derecho laboral.

a) la relación de dependencia.

b) la legislación nacional.

c) instituciones específicas.

8°) Derecho Penal y procedimientos penales.

a) La pena y las escuelas.

b) La tipología.

c) La parte general.

d) La parte especial.

e) La parte dinámica: el procedimiento.

f) Criminología.

9°) Derecho Procesal y procedimientos en el derecho privado.

- a) Concepto de acción.
- b) De jurisdicción y competencia.
- c) Proceso.
- d) Procedimiento.
- e) Recursos.

10°) Derecho Tributario.

- a) Parte general.
- b) Régimen tributario nacional.

11°) Derecho Internacional Público, Privado y de la Integración.

12°) Ejercicio y Ética profesional.

No puede prescindirse hoy día de esta materia porque ha decaído enormemente las normas a que debe ajustarse el desempeño de la abogacía y la magistratura.

13° Otras ramas del derecho que pueden ser materia de especialización pero de las que debe darse una noción.

Derecho de la Navegación (marítima, fluvial y lacustre).

Derecho Aeronáutico.

Derecho Espacial.

Derecho Ambiental.

Derecho Industrial.

Derecho Minero.

Derecho Agrario.

Derecho de las Comunicaciones.

Derecho de la Integración.

Las enunciadas bajo este acápite, podrían ser materias optativas sobre las cuales deben brindarse las nociones generales en la carrera de abogacía. Es decir, que de las materias optativas habría que brindar una información elemental a todo egresado. Pronunciarse sobre el problema es decidirse a su inclusión en las más afines, señalando sus características especiales.

Si se decide la división en ciclos, en el primero deben incluirse nociones generales sobre las materias fundamentales y una síntesis informativa de las otras para la profundización en el segundo ciclo.

Ya se opte por un plan único o en ciclos, es fundamental establecer las correlatividades y, desde luego, la enunciación precedente no implica ordenación al respecto. Más aun, esa enumeración ejemplificativa no significa que algunas materias no deban dividirse en uno o más cursos, por sobre todo, si se tiene en cuenta que deberán complementarse con nociones sobre aquellas que se mencionan como optativas.

Ningún egresado puede desconocer lo fundamental de las distintas ramas del derecho y de aquí que si se admiten materias optativas no deben dejar de suministrarse una exposición de la finalidad de cada una de ellas que pueda servir para una orientación futura.

En cuanto a la extensión de los cursos, el doctor Horacio A. García Belsunce considera que de todas las materias deben desarrollarse en cursos anuales, cuando su contenido lo justifique, y no reducirse a asignaturas cuatrimestrales.

V. Métodos de enseñanza

En la historia de nuestra Universidad podríamos decir que se pueden señalar dos etapas, el de las clases magistrales y el de los cursos limitados en el número de alumnos con la utilización de diálogos y análisis de casos prácticos y con trabajos a realizar por los alumnos.

Es recomendable la intervención activa del estudiante y ello se puede realizar en esos cursos y con el estudio teórico-práctico de las instituciones

y su funcionamiento en la realidad, es decir, analizando la dinámica de los mismos.

Sin perjuicio de la prevalencia de los cursos con esas finalidades que aproximan al profesor y al alumno, no deben descartarse las clases magistrales en las que deben desarrollarse temas fundamentales y que pueden servir de diálogos posteriores entre el profesor titular, colaboradores de la cátedra y los alumnos que se agrupan en los cursos a cargo de los integrantes de la cátedra.

En cuanto a la presentación de la materia puede hacerse en forma sistemática, como unidad o en forma empírica partiendo de una decisión o de una situación concreta. Los ejemplos típicos de este segundo sistema son el "case method" y el "problem method", utilizado en los Estados Unidos. A lo largo del curso es recomendable la utilización combinada de ambos sistemas porque son dos formas de ejercitar el intelecto, pero no hay duda de que no debe descartarse el sistema de planteo de casos porque, además de impartir los conocimientos sobre la materia, se entrena al alumno en conocer y distinguir las circunstancias del caso que se plantea y los fundamentos del fallo que sustentan el mismo, en la hipótesis de que se trate de un caso judicial.

En la enseñanza inglesa, el sistema del "tutorial system" tuvo una gravitación fundamental.

VI. Métodos de promoción

Sobre este tema es recomendable que se conjuguen el sistema de exposiciones orales y escritas de los alumnos, mediante la realización de trabajos, diálogos, exámenes parciales, y, desde luego, un examen final que permita la coordinación del trabajo realizado al estudiar la materia en cuestión. La promoción debería ser por concepto, valorizando la formación y lo realizado por el alumno, a lo largo del curso.

VII. Distintos criterios de evaluación

Los criterios de evaluación adquieren diferente valor según cuales sean los métodos de promoción aplicados: por ejemplo, hay diferencias entre las pautas que deben ponderarse en una exposición ordinaria del alumno, en una intervención referida al tema que se trata en una clase y las que se utilizan para apreciar un examen final, al término de un curso estructurado sobre la base de los distintos métodos utilizados.

No obstante, en todos los casos deben aplicarse normas generales que hacen al sentido de la formación de los estudiantes.

Los principios fundamentales deben ser tenidos primordialmente en cuenta en cualquier evaluación; es inútil que un alumno conozca al pie de la letra un texto legal, si no pondera la importancia del mismo, su finalidad sustancial y no lo interpreta, a la luz de los principios de la disciplina que estudia o de los básicos del orden jurídico.

La aptitud del alumno para razonar e interpretar los textos legales reviste suma importancia para la formación jurídica que debe alcanzar y también para la eficacia que debe lograr en su actuación profesional.

En primer lugar, se debe determinar si el estudiante tiene la aptitud y el conocimiento necesario para apreciar y valorar las normas legales o los fundamentos de un fallo judicial. El conocimiento no puede agotarse con el estudio dogmático si no se aprecian los hechos que deben ser interpretados al igual que las normas que se consideran aplicables al caso.

La ponderación de los valores jurídicos concretados en las normas e instituciones, constituye un criterio para la evaluación de los conocimientos de los alumnos.

En los cursos que tienen por objeto el estudio del derecho positivo, el conocimiento de los textos, sus relaciones con otros preceptos y su correcta interpretación adquieren, lógicamente, una importancia mayor que en los estudios relativos a temas muy generales como los referidos a la teoría general del derecho.

En toda evaluación sobre derechos y obligaciones e instituciones jurídicas, debe ponderarse si el alumno tiene la necesaria formación para apreciar los textos legales, la jurisprudencia y la doctrina, así como los hechos a juzgar, a la luz de las normas y los principios del orden jurídico.

VIII. Asistencia obligatoria y exámenes libres. Enseñanza a distancia

Hay consenso sobre los cursos con limitación de inscriptos y asistencia obligatoria, con un tope máximo de ausencias admisibles.

Es el sistema de enseñanza más adecuado y eficaz y es innecesario destacar las ventajas que se obtienen de una permanencia en un curso

en el que se pueden apreciar las diferentes opiniones vertidas por los alumnos, facilitando así la expresión de las ideas de los participantes en el curso, permitiendo la orientación por parte de los profesores en los temas que generen discrepancias entre los participantes.

No es necesario extenderse sobre este tema, pero sí cabe formular algunas reflexiones complementarias.

Hay estudiantes que no cuentan con las posibilidades requeridas para participar en cursos de la especie antes explicada y, sin embargo, pueden estudiar la carrera con provecho si cuentan con las facilidades necesarias. Estas pueden consistir en el dictado de cursos, básicamente a través de clases magistrales, uno o dos por materia, donde no se exija asistencia obligatoria y se establezca un sistema de exámenes libres, sea un final o con el aditamento de parciales.

Evidentemente, en estos casos y con este sistema de promoción, es difícil alcanzar el éxito que puede obtenerse con los otros, porque la calidad y formación del estudiante debe superar la falencia por no poder utilizar las ventajas del sistema que se brinda con los cursos de asistencia obligatoria y un examen final.

Merece una consideración muy especial el sistema de docencia y clases a distancia.

Años atrás conversamos con el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata para implantar el sistema, pero lamentablemente no se contaba con la infraestructura necesaria desde el punto de vista docente ni con el material para poder hacerlo con un rendimiento satisfactorio.

En la Universidad de Buenos Aires se está considerando esa posibilidad y me limito a señalar que es importante que el sistema culmine con entrevistas a los estudiantes para compulsar los conocimientos adquiridos antes de las promociones y, desde luego, para la obtención del título académico (10).

(10) Ver Rvta. La Ley del 19/4/01. Informe sobre Educación a distancia y entrevista con la profesora y licenciada en psicopedagogía María Rita Losada. Modalidad educativa y propuesta para una realización en curso de post grado. El curso debe finalizar con la evaluación personal.

IX. Doctorado y Postgrado

En 1929, el entonces Decano de la Facultad de Derecho, al inaugurar el curso lectivo de ese año, señalaba su preocupación por el número reducido de aspirantes al título de doctor y la importancia que debía darse al mismo. Este era un requisito indispensable para incorporarse como profesor al cuerpo docente de la Facultad.

Más de 50 años después, debo manifestar la misma inquietud y la importancia de restaurar los estudios del doctorado sobre la base de una orientación que traduzca una formación para el ejercicio de la función docente, de la investigación y de la función pública en la comunidad.

Durante muchos años los miembros de la Comisión de doctorado interrogábamos a los aspirantes y les indicábamos los estudios que debían realizar a ese nivel, para coronarlos con la presentación de una tesis, auspiciada por el padrino de la misma.

Frente a las alternativas consideramos conveniente la orientación general y que el aspirante al título de doctor elija el tema de tesis con su padrino.

X. Síntesis

No hay duda de que el problema de la educación es el más grave en la actualidad y, por sobre todo, en el nivel primario y secundario para toda la población, y el universitario para quienes acceden a la educación superior.

He presentado estas reflexiones sobre temas polémicos y que pueden engendrar reacciones por los intereses que se afectan. Por ello, sugiero algunas soluciones, alternativas discutibles como la referente a la exigencia de una preparación para el ingreso y el somero conocimiento de uno o dos idiomas, además del nuestro, y la división en ciclos.

Tengo la esperanza de que los profesores y los dirigentes eleven sus miras a estos temas porque de la educación depende el futuro de la Argentina.

Todos los docentes en los distintos niveles deben tener aptitud y vocación. Los sistemas *full* o *part time* no son incompatibles, pero creo fundamental que se reserve el *full time* para quien no ha estado o no esté disociado de la práctica y, a su vez, que el *part time* dedique las horas al esfuerzo que requiere el ejercicio de una auténtica docencia. ◆

SEGUNDO ENFOQUE

POR JAIME LUIS ANAYA (*)

Las manifestaciones de la crisis que afecta a las universidades en nuestro medio, situación que compartimos en distinta medida con muchos países a los que nos vincula una afinidad cultural, viene siendo denunciada a través de calificados expositores y ha suscitado un vigoroso debate acerca de sus causas y sus posibles soluciones.

La Academia encuentra saludable la presencia de esta problemática en la opinión pública porque su sola instalación importa la posibilidad de avanzar en el esclarecimiento de temas que durante demasiado tiempo estuvieron clausurados por prejuicios y banderías ideológicas. Ante esta disposición para indagar y debatir esta situación, que viene encontrando un progresivo eco, se encuentra oportuno difundir algunas reflexiones sobre la enseñanza universitaria, especialmente referidas a las escuelas de abogacía, con el propósito de contribuir a la apertura de un diálogo constructivo.

Sabido es que las universidades fueron en sus orígenes significativas del lugar de encuentro de maestros y escolares, antes de ser identificadas por sus sedes edilicias y por sus organizaciones burocráticas habilitadas para extender diplomas. La fuerza convocante de unos y otros se encontraba en la voluntad y el entendimiento para acceder al conocimiento y adiestrarse en el aprendizaje de los saberes, en la vocación para indagar la verdad. El transcurso de los siglos fue cambiando esta fisonomía en su tránsito hacia la universidad profesional. Pero al margen de todas las transformaciones que acompañaron a esta nueva vertiente de los estudios

(*) Este estudio ha sido aprobado en el plenario del 26 de julio de 2001.

superiores, la universidad siguió siendo lo que son sus profesores. Bien se ha dicho entonces que las universidades, a la par que las academias, son representativas —o deberían serlo— del más alto nivel intelectual de un país. De donde se sigue que la universidad masiva importa una contradicción en sus propios términos y su sola enunciación es la portada del colapso universitario. No es éste un problema de la infraestructura ni de la aptitud de sus instalaciones para cobijar multitudes. Lo es del factor humano, porque los profesores no se multiplican exponencialmente sino que se suman tras años de cultivo, maduración y experiencia.

I. El desborde originado por la masividad conduce a la parodia de la cátedra sin maestro. Lo dicho no va en desmedro del buen número de excelentes profesores que prestigian nuestras universidades. Pero ocurre que con frecuencia carecen de posibilidades de constituirse en maestros, porque los requerimientos de la enseñanza masiva circunscriben las oportunidades de comunicación con los estudiantes a la muy escasa que ofrece la clase magistral; o, en todo caso, a la atención de un grupo de alumnos constituido en "comisión", mientras los demás quedarán confiados a docentes colaboradores de nivel decreciente en la medida que aumentan las comisiones organizadas para satisfacer las exigencias de la inscripción. En esa misma medida disminuye la calidad de la enseñanza. De esta suerte se dan casos de alumnos que llegan a graduarse sin haber tenido la oportunidad de haber cursado alguna vez con profesores titulares. Estas son las situaciones que se generan en la universidad masiva bajo la divisa "cursos para todos". Y esto es lo que ha llegado a plasmarse en el estatuto de una Universidad Nacional mediante una cláusula que establece: "la organización de la enseñanza se adaptará al número de estudiantes que ingresen a ella, integrándose con tantas cátedras o tantos docentes como requiera su efectividad".

El profesor debe reunir las aptitudes inherentes al nivel de la enseñanza superior que, lejos de agotarse en la información, tiene como eje la formación del estudiante. Por ende, aquéllos a quienes se ha confiado la cátedra, asumen la misión de constituirse en guías para que sus alumnos adquieran los hábitos del razonamiento más acordes con la disciplina, descubran el sentido y la finalidad de lo que es objeto de su aprendizaje y se capaciten para pensar por sí mismos la materia, adquiriendo de esta suerte una personalidad acorde con el grado que corresponde al saber de un universitario. De otro lado, en correspondencia con este sentido de la enseñanza, se requiere que el estudiante se encuentre también dotado de la idoneidad para que pueda acompañar el logro de

tales propósitos. Lo dicho conduce a la consideración de dos temas polémicos: el ingreso y el cupo.

II. La convicción acerca de la necesidad de una selección, está vinculada con la que se profesa con relación a lo que debe ser la enseñanza universitaria. Quienes postulen la excelencia no pueden prescindir de un ingreso que permita medir la capacitación de los postulantes. La opción por los mejores no puede ser contrapuesta con el derecho que a todos se reconoce para acceder a la enseñanza superior. Porque su ejercicio, como todos, está supeditado a las reglamentaciones. A lo que cabe agregar que su contenido se traduce y se agota en el ofrecimiento de la igualdad de oportunidades para lograr tal acceso y en la dotación de becas para aquellos que no pueden afrontar el costo de sus estudios. Y no hay argumento que permita tildar a los requisitos de ingreso como irrazonables o discriminatorios toda vez que se encuentren encaminados a la comprobación de que el postulante reúne la vocación y la capacidad que revelan su idoneidad. Por lo demás debe tenerse en cuenta que, como lo demuestra la experiencia, cuando la prueba de las aptitudes no se realiza en oportunidad del ingreso, la selección opera bajo el principio darwiniano generando un amplio porcentaje de fracasos o deserciones, con un penoso saldo de frustraciones y un injustificado dispendio de recursos.

La fijación de cupos se relaciona con las disponibilidades de una dotación docente y con la opción por una enseñanza personalizada, antes que con la infraestructura de sus instalaciones físicas. Cabe destacar que estos condicionamientos no son controvertidos cuando se trata de la enseñanza en los niveles primario y secundario y que las propias universidades aplican limitaciones numéricas respecto de los colegios secundarios a su cargo. Ciertamente podría prescindirse de establecerlas en la universidad si se aceptase que su función se agota en la apertura de oportunidades para asistir a clases magistrales y de rendir exámenes periódicamente. Por esta vía el texto del profesor, muchas veces acompañado o sustituido por la lucrativa industria del apunte, tornan marginal a la cátedra y rebajan el sentido de la universidad a la de un centro evaluador de los conocimientos de los alumnos y expendedor de títulos, al tiempo que transforma a los estudiantes en cultores de estrategias encaminadas a la obtención sin fatiga de un título, según la advertencia de Piero Calamandrei.

III. Desborda el alcance de estas reflexiones una exposición acerca de la extensión e intensidad que corresponde asignar al currículo. Sin

embargo no pueden omitirse algunas consideraciones acerca de ciertas tendencias que ya se han hecho presentes en planes de estudios tan preocupantes como sus frutos. Por una parte se advierte en ellos una simplificación de los estudios basada en la eliminación de temas y aun de materias, desplazando su estudio hacia el área de las llamadas "optativas". Por otro, en sustancial correspondencia, tras una pátina epidérmica e incompleta de información enciclopédica, se ingresa en los cursos de especialización. No es un consuelo conocer que en países de elevada cultura está aconteciendo otro tanto, con las desoladoras consecuencias comunes a estas experiencias. Así es que, según refiere Francesco Galgano, en universidades italianas se puede lograr la graduación ignorando qué cosa es un pagaré; y el laureado que sabe lo que es un homicidio puede no saber lo que es un hurto. Todo depende del curso monográfico que ha tenido la ventura de seguir.

La especialización no puede ser iniciada prematuramente durante la formación de grado. Antes debe haberse alcanzado la madurez que otorga una adecuada formación general y un sólido panorama del ordenamiento jurídico concebido unitariamente así como de las relaciones entre la diversidad de sus partes. De esta manera la enseñanza se adapta para contrarrestar la tendencia hacia la fragmentación del derecho, según la conclusión de Michael Reisman. Añádese a lo dicho que, frente a la amplitud y heterogeneidad de las actividades y destrezas que puede ser llamado a desempeñar el abogado, no es serio que los títulos expedidos a los que han obtenido un grado con el curso de una especialidad queden profesionalmente habilitados para desempeñarse de inmediato en cualquiera de sus ámbitos.

IV. Desde otra vertiente, calificadas opiniones vienen señalando la necesidad de adecuar la enseñanza a las nuevas exigencias de la realidad. Una de las incorporaciones sobre las que hay mayor insistencia se vincula con las provenientes de la incidencia que en el derecho tiene el incremento de las relaciones internacionales, la multiplicación de los tribunales internacionales con jurisdicción civil y penal, la globalización del tráfico, la expansión de la *lex mercatoria* y los procesos de regionalización. Los nuevos hechos son determinantes de la gravitación que en la actualidad tiene el derecho de los tratados y de la integración, los regímenes regionales y, en general, el derecho comparado. Estas observaciones y recomendaciones parecen especialmente válidas para nuestras universidades, habida cuenta de la jerarquía que la Constitución Nacional reformada en 1994 atribuye a los tratados internacionales y de

la aplicabilidad que se viene reconociendo al principio *iura novit curia* respecto del derecho extranjero.

No resulta ocioso señalar que la base de toda la enseñanza debe reposar en una filosofía jurídica que conduzca a convicciones bien fundadas sobre la consistencia del saber de los juristas, la justicia, el derecho, sus fuentes, sus proyecciones en la práctica profesional, la primacía y la prelación de los valores, la ética, el arte de la interpretación y de la argumentación. Complementariamente, el conocimiento del derecho debe ser puesto en relación con el marco social y económico en el que habrá de operar, indispensable para su conexión con la realidad y para generar el hábito de abordar las cuestiones jurídicas desde la tópica en armonía con la sistemática.

V. Desde posiciones muy antagónicas se ha considerado la situación que corresponde atribuir a la investigación en la Universidad. La cuestión concierne a dos planos que merecen una consideración diferenciada. Con relación a los docentes el punto de partida se encuentra en la exigencia de que toda didáctica en este nivel debe ser transmisión de pensamiento original o siquiera obra de una re-elaboración. La exposición efectuada a los alumnos solamente se justifica cuando contiene ese valor agregado. La mera repetición de lo que es corriente en los textos, cursos o manuales, resulta prescindible y es mejor asimilado por el estudiante si directamente recurre a la lectura en esas fuentes. La docencia y la formación de los que aspiran a la cátedra o cursan la carrera docente no puede prescindir del apoyo en la investigación que la vitaliza, so pena de desembocar en la insustancial repetición de lecciones desvaídas.

En el plano que concierne a los estudiantes, no cabe esperar, salvo casos infrecuentes, que se encuentren ya en grado de discernimiento y elaboración de criterio para la investigación de nivel superior. Pero es plausible que se inicien en la investigación, tarea que debe ser estimulada como se hizo en otros tiempos a través de los seminarios que orientaban en la búsqueda, selección y elaboración de materiales, en la programación y desarrollo crítico de los temas.

VI. Todos los métodos que sean conducentes para el entrenamiento mental, el hábito del razonamiento jurídico, el desenvolvimiento del discurso ordenado y convincentemente fundado, deben concurrir a la enseñanza del derecho. Por ende, todavía hay lugar para la clase magistral

que, cuando realmente lo es, constituye un modelo en el arte de la exposición orgánica y sistemática, claramente descriptiva de una problemática y sugestiva de las más apropiadas argumentaciones para conducir a soluciones convincentes. Pero un lugar preponderante debe darse a los métodos que permitan y estimulen la participación activa del alumno, propósito para el que parece especialmente dotado el llamado método de casos que, puesto en relación con nuestro sistema jurídico, no tiene el alcance que le asignó el decano Langdell sino que se implementa a partir del conocimiento o de una explicación de las reglas implicadas que permitan desentrañar la solución justa de situaciones tomadas de la jurisprudencia o imaginadas por el profesor. Con ésta y otras variantes se logra una aproximación al arte de trazar la adecuada ecuación entre el derecho de las normas y los libros y el derecho de la vida en su compleja realidad. La necesidad de encarar este nexo implica decidir sobre dos cuestiones arduamente disputadas: la impronta profesionalista o académica de los estudios universitarios, por una parte, y la suficiencia del título expedido por la Universidad para la habilitación profesional.

VII. El sentido práctico que debe prevalecer en la enseñanza, otorgando primacía a la preparación profesional, tiene la secular respuesta platónica en el sentido de que nada hay más práctico que una teoría bien fundada. La diversidad de las actividades a que está llamado el abogado, en el foro como litigante, magistrado o funcionario; y fuera de él como consultor, asesor, redactor de contratos o de proyectos, negociador y otras funciones, ponen en evidencia las limitaciones que padecerá todo intento de adiestrar a los alumnos en este amplio abanico de posibilidades desde la Universidad. De hecho, en el mejor de los casos, la faz práctica que se encara en algunas escuelas de abogacía concierne a elementales balbuceos en el ámbito contencioso, a partir de la asistencia que se cumple en consultorios y patrocinios. De esa fragilidad puede dar cuenta el hecho de que en alguna Facultad se permite dar por cumplido el requisito a través de un examen de trabajos prácticos. Añádase a lo dicho que el perfil práctico solamente reconoce como escuela el ejercicio de la actividad profesional, la experiencia que, al decir de Reisman, es el eufemismo que se usa para externalizar los costos del aprendizaje del derecho en los clientes.

En buena medida lo dicho precedentemente da respuesta a la segunda cuestión. Aun dando por supuesto que el grado alcance a dotar de una formación suficiente, la capacitación profesional reclama ulteriores

desarrollos en el marco de experiencias guiadas, asistencia y orientación en los inicios de la actividad. Pero la situación es aun más grave cuando el título de grado no es tenido como garantía suficiente de idoneidad profesional. En manifestaciones recientes el sociólogo Pierre Bourdieu dijo que, ante la baja de las exigencias en las universidades públicas francesas motivadas por la necesidad de reducir gastos, se generará un elitismo de nivel internacional a través de la enseñanza en instituciones de Estados Unidos. El fenómeno guarda correspondencia con lo que acaece en nuestro medio según se constata a través de los avisos periodísticos que requieren servicios de profesionales que hayan logrado un *master* en el extranjero. Pero la situación es más preocupante si se constata la desconsideración en que son tenidos los títulos a través de hechos tan elocuentes como lo son la constitución de los colegios profesionales en escuelas de postgrado y aun la aprobación de sus cursos como requisito de habilitación profesional como lo propone un proyecto de ley preparado por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Es también consecuencia de la convicción sobre el decaimiento de la enseñanza del derecho, por influjo de criterios extrapedagógicos, que la ley 24.937 regulatoria del Consejo Nacional de la Magistratura establece entre sus funciones la organización de una escuela judicial y la planificación de cursos de capacitación para magistrados, funcionarios y empleados.

En tanto subsista la situación descripta es predecible que el título académico se escindirá de la habilitación profesional. Si ello se concreta, llegará el momento de encarar sus consecuencias. Por una parte podría facilitarse una inicial y rápida habilitación en tareas de procurador y paulatinamente en los juicios de menor cuantía, en procedimientos simplificados, ante órganos administrativos y así sucesivamente otorgar la habilitación plena. Por otra, en la medida que esa habilitación deba ser acompañada por la aprobación de cursos, el juicio de suficiencia convendría que emanase de tribunales en que estén representados la magistratura, los colegiados y la Universidad.

VIII. El problema del arancelamiento de las universidades públicas no concierne estrictamente a la enseñanza del derecho sino a la política educacional. Es ésta una cuestión que debe ser articulada en el marco de la asignación de los recursos disponibles entre los distintos grados de la enseñanza. Lo que aquí importa señalar es que la educación es una inversión que tiene costos y que la educación universitaria de calidad es sumamente costosa. Sin embargo la sociedad en general y el

estudiantado universitario en particular se comportan como si existiese un derecho adquirido a que los recursos públicos carguen con el gasto. Es entonces un acierto la descripción que se ha expuesto diciendo que la Universidad estatal argentina es gratuita (para el estudiante) pero cara (para la sociedad). Esa gratuidad va acompañada y es causante de remuneraciones exiguas para los docentes de todos los niveles, no siendo infrecuente que los de menor nivel se desempeñen durante años *ad honorem*. Con razón ha podido decirse que si la Universidad retiene una cierta cantidad de profesores de alto nivel, el hecho debe atribuirse a la gratitud y solidaridad que guardan hacia la Casa de su formación, así como a una vocación profunda que los impulsa a donar algunas horas de su actividad a la que se ha tornado la universidad de la beneficencia.

IX. En momentos de graves dificultades que atraviesa la República, el problema de la enseñanza del derecho debe ser asumido sin dilaciones ni tapujos. La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, largamente preocupada por este tema que tiene como una incumbencia prioritaria, ha juzgado necesario dar su palabra como una contribución al esclarecimiento de las causas de su crisis y una invitación a reflexionar sobre las posibles soluciones. La motiva solamente un afán de verdad, recordando las palabras del decano Marco Aurelio Risolía: "Cuando se escoge una profesión sólo se elige una senda para llegar, transitándola, a un verbo o a una cifra que explique todos los planteos y exprese toda la verdad. No hay Universidad ni universitario sin ese afán irrenunciable". ♦

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

ESCUELAS, TENDENCIAS Y ORIENTACIONES

POR JORGE REINALDO VANOSSI (*)

Al maestro Segundo V. Linares Quintana

*"Lo que el hombre es, lo experimenta
sólo a través de la historia".*

Dilthey

"Unos quinientos años antes de la Era Cristiana se dio en la Magna Grecia la mejor cosa que registra la historia universal: el descubrimiento del diálogo. La fe, la certidumbre, los dogmas, los anatemas, las plegarias, las prohibiciones, los órdenes, los tabúes, las tiranías, las guerras y las glorias abrumaban el orbe; algunos griegos contrajeron, nunca sabremos cómo, la singular costumbre de conversar. Dudaron, persuadieron, disintieron, cambiaron de opinión, aplazaron. Acaso les ayudó su mitología, que era, el shindo, un conjunto de fábulas imprecisas y de cosmogonías variables, Esas dispersas conjeturas fueron la primera raíz de lo que llamamos hoy, no sin pompa, la metafísica. Sin esos pocos griegos conversadores la cultura occidental es inconcebible". 12 de octubre de 1985

Jorge Luis Borges

Sumario: I. Orígenes y surgimiento en Argentina. — II. Innovaciones sucesivas. — III. Las llamadas escuelas. — IV. Joaquín V. González y la orientación platense. — V. Las cátedras y la ubicación en los planes de estudio. Los programas. — VI. El derecho constitucional aplicado. — VII. Modalidades en la enseñanza. — VIII. Diversas maneras de enfocar el derecho constitucional. — IX. Principales tópicos de divergencia. — X. Apoyaturas teóricas. — XI. Tendencias jusfilosóficas. — XII. Excesos y desviaciones: ejemplos destacados y destacables. —

(*) Comunicación efectuada por el Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 28 de octubre de 1999.

XIII. Niveles de estudio y enseñanza. — XIV. El denominado derecho constitucional "clásico" y el "nuevo" derecho constitucional. — XV. Caminos, actitudes y propuestas. — XVI. El derecho constitucional latino y latinoamericano. — XVII. El comparatismo. — XVIII. Reflexión final.

I. Orígenes y surgimiento en Argentina

Este tema ha sido ampliamente expuesto por los tratadistas de la materia; creo que con la información suministrada por todos ellos se cuenta con un panorama suficientemente abarcativo de la génesis y el desenvolvimiento de nuestra asignatura; no quisiera pues incurrir en redundancias. Simplemente deseo agregar algunas consideraciones que hacen al objeto de este trabajo. Basta para ello recordar que en Europa, la materia tuvo su aparición cuando advino el constitucionalismo. Con la llegada de la era constitucional, con ese nombre u otro surgen las primeras cátedras de *Derecho Constitucional*. Aunque la mención más precisa que se puede hacer al respecto, es que recién en la década del '30 del siglo XIX —en París— se crea, bajo el gobierno de Guizot, una cátedra con el nombre de *Derecho Constitucional*, a cuyo frente es colocado el afamado jurista de origen italiano y de amplia actuación en Suiza, Pellegrino Rossi, que posteriormente fue el principal redactor de la Constitución de Suiza de 1848. Luego, cuando en un breve período los Estados Pontificios contaron con un régimen ministerial, ocupó el cargo de Primer Ministro. Terminó su vida trágicamente asesinado en las escalinatas de la iglesia de San Pedro a raíz de su desempeño (según se supone por alguna venganza) en tan altas funciones pontificias. De él se ha ocupado Giulio Andreotti en su magnífica biografía novelada ("Ora dieci, il ministro deve morire").

En la Argentina el *derecho constitucional* se concretó con la Organización Nacional, no obstante lo cual hay certidumbre de que en la universidad más antigua del país —la Universidad de Córdoba— alrededor de 1840, se habría creado una cátedra disponiéndose en el propio decreto u ordenanza de establecimiento que la materia fuera enseñada por el texto: "Política Constitucional", del gran pensador francés Benjamín Constant. Y también se supone que quien tuvo a su cargo la responsabilidad de dictar esa materia fue, quien luego sería presidente de la república, Santiago Derqui.

Es obvio que tanto en Europa como acá, los "viejos" constitucionalistas fueron hombres de combate, comprometidos con una lucha política en la defensa de un ideario. Lo prueba la sola mención de quienes en Buenos Aires, a partir de 1856, fueron nombrados profesores titulares de esta

materia. Y voy a mencionar nada más que a los de la primera etapa, es decir la del siglo pasado. Domingo Faustino Sarmiento, de quien no se sabe ciertamente si llegó a dictar las clases correspondientes (sobre este punto ha hecho un profundo análisis Alberto G. Mosquera). Pero sí se sabe que a partir de Florentino González, un emigrado político colombiano, la cátedra estuvo a cargo —en períodos sucesivos— de José Manuel Estrada (destituído por sus luchas religiosas), de Lucio V. López, de Aristóbulo del Valle y de Manuel Augusto Montes de Oca. De todos ellos voy a mencionar nada más que a Estrada como un prototipo de lo que era la enseñanza del *derecho constitucional* en esa época y voy a tomar en cuenta la expresión más crítica, o más severa, que es nada menos que la de Paul Groussac, en la obra “Los que pasaban” (Editorial Sudamericana, año 1939). Dice Groussac: “las lecciones de *Derecho constitucional* que a partir de 1875 dictó Estrada en la facultad, prescindiendo de apéndices inconexos, llenan el tomo VI de las obras y la mitad del siguiente, observan el plan estrechamente didáctico de un texto universitario que gana en utilidad para el examinando, lo que pierde en interés para el lector. Se limita a desarrollar un comentario ordenado de la Constitución argentina, considerándola como un código sobre cuyos artículos debe el estudiante ser interrogado, y haciendo abstracción completa de su origen y evolución orgánica. El comentario es ilustrativo, metódicamente expuesto, informado en sana y varia doctrina, a la que el acento convencido del catedrático infunde calor persuasivo. No pasa de ser la gloria viva de un texto muerto; faltando demostrar cómo ha sido éste elaborado por engendramientos sucesivos a través de mil obstáculos y diez ensayos malogrados. Un tratado de *Derecho constitucional* que no se refunde en una historia constitucional de la nación, se condena a ser un árido catecismo *ad usum scholarum*. Tal es, desde luego, la superioridad de concepción y estructura que se nota en el curso dictado por Don Aristóbulo del Valle, segundo sucesor de Estrada en la facultad. El curso de del Valle se consagra a historiar principal y casi exclusivamente el estudio de las varias gestaciones, abortos y, por último, feliz alumbramiento del organismo constitucional argentino, desde la colonia hasta la batalla de Pavón. Puede sorprender el que de los dos profesores sea el historiador quien, trocados los papeles, vacía su enseñanza en un molde rigurosamente jurídico. Acaso explique esta actitud de Estrada, el molde rigurosamente jurídico. Acaso explique esta actitud de Estrada, el hecho de haber sido en este medio todavía salmantino (donde el tratamiento de “doctor” sigue siendo de rigurosa observancia), el primer profesor universitario sin borla doctoral. ¿Pondría por esto cierta coquetería de catedrático de mostrarse allí más jurídico que los juristas? Sea como fuere, encuentro mezquino, para no

decir erróneo, tal concepto de la materia doctrinal, y sin duda, a este plan defectuoso se debe el menor interés y la relativa inferioridad de su obra expositiva respecto de otras cuyos autores, seguramente, no superaban a Estrada por la amplitud del horizonte filosófico o el vigor del pensamiento”.

Estas observaciones de Groussac que pueden ser igualmente válidas para otros casos, son producto del pensamiento de un autor extremadamente exigente en sus apreciaciones, como lo era este eminente francés. Pero valen sí, para tener en cuenta el carácter rudimentario y embrionario que tuvo el *derecho constitucional* en nuestro país hasta que recién en nuestro siglo adquiriera el rigor científico con que hoy se lo encara.

No está de más recordar que la enseñanza completa del Derecho Público en los programas de estudio recién se produciría más adelante. Así, por ejemplo, la *asignatura Derecho Público Provincial y Municipal* aparece a comienzos del siglo XX, tanto en la Universidad Nacional de La Plata como en la Universidad Nacional de Córdoba; y en Buenos Aires donde luego es rebautizada con la denominación de *Derecho Federal*, cátedra a la cual imprimió un sello característico y un programa específico el Profesor Clodomiro Zavalía.

Con respecto al *derecho político* debe decirse que su acta de nacimiento se registra en 1922, tanto en la Universidad de Buenos Aires —con ese nombre, cuando la cátedra es asumida por Mariano de Vedia y Mitre— como en la Universidad Nacional de La Plata bajo la denominación de *Derecho Público Actual*. Recién en 1930 la universidad platense la re-denomina con el título de *Derecho Político*. En la Universidad de Córdoba la materia aparece en 1946 y en la Universidad Nacional de Tucumán recién en 1950. Debo destacar que pocas universidades conservan la enseñanza específica en una asignatura de la Historia Constitucional, que sí la mantiene la Universidad Nacional de La Plata y creo que ello con un criterio acertado.

Y con respecto, por último, a la teoría constitucional, ésta aparece en los programas de estudio como parte del *derecho constitucional* o bien, como se produjo ya hace tiempo en la Universidad de Buenos Aires, en la primera parte del curso de *Derecho constitucional* dedicada prácticamente en su totalidad a la enseñanza de la teoría constitucional y dejando el segundo curso para la exposición del *derecho constitucional positivo*.

II. Innovaciones sucesivas

En la larga evolución de nuestra materia en nuestro país podemos observar que, a los rasgos que inicialmente le asignaba la crítica que hemos formulado en el capítulo precedente, se fueron produciendo sucesivas innovaciones.

Primero *la incorporación del comparatismo*. Esto debemos asignárselo como mérito fundamental a Domingo Faustino Sarmiento, que si bien no sabemos a ciencia cierta si llegó a dictar las clases correspondientes al curso, sí escribió el primer comentario en torno a la Constitución —precisamente su título era así “Comentarios”— donde practica y aplica el método comparativo, tomando como punto de referencia la Constitución de Filadelfia de los Estados Unidos de Norteamérica (1787) a efectos de demostrar los méritos de aquélla y de criticar de alguna manera el apartamiento que, en algunos aspectos, habían concretado los constituyentes de 1853 y que luego se corregirían con la Constitución redactada en 1860, más próxima aun esta última, al modelo de Filadelfia.

La segunda innovación que cabe mencionar es la *de la consideración del Derecho Judicial*, es decir, la incorporación a la enseñanza y el estudio de la materia de la jurisprudencia de la Corte Suprema en los puntos atinentes a la interpretación del texto constitucional. Esto se produce en nuestro país desde Lucio V. López, que sitien no deja una obra orgánica en la materia, en sus clases y en los apuntes que de ellas quedaron está presente esta innovación —lógica por su parte— ya que la Corte Suprema para ese entonces llevaba algún tiempo de funcionamiento. No olvidemos que fue instalada en 1863, bajo la presidencia de Bartolomé Mitre, y había tenido oportunidad de pronunciarse sobre varios puntos constitucionales.

Tercera, *la ponderación del método*. Este es un mérito de Joaquín V. González que, sin duda alguna, captó en toda su dimensión la importancia de tomar en cuenta el método que distinguiera y perfilara en forma singular a una materia tan innovadora para ese entonces. Como bien dice Carlos Sánchez Viamonte, en el prólogo a la última edición que en nuestro país se realizó del famoso manual de Joaquín V. González: “No era propio del carácter de González ni de su modalidad espiritual señalar los errores en que habían incurrido sus predecesores en la enseñanza de la asignatura y no lo hizo, o lo hizo en la forma más delicada posible. Además, su propósito declarado era destinar “su manual” a la enseñanza secundaria con carácter de Instrucción Cívica, y tal actitud le permitió

prescindir de los anteriores constitucionalistas. Así se explica que en el prefacio de su libro no se mencione a los que con anterioridad a él escribieron trabajos destinados a la enseñanza superior o dictaron clases en las universidades argentinas. Lo cierto es que González escribió su prefacio sin mencionar las obras ni las opiniones que habían servido hasta entonces para la enseñanza universitaria. Más aún, considera indispensable trazar su propio método que expone así: "Primero, fundamento en la doctrina científica o histórica a la que pertenece el precepto (de la Constitución). Segundo, explicación en los antecedentes nacionales con sus hechos o precedentes auténticos. Tercero, propósito que se tuvo en cuenta al consignar cada posición. Cuarto, concordancia y correlación entre las diversas cláusulas para aclararse y sostenerse entre sí. Quinto, interpretación por las leyes o sentencias de los poderes constitucionales, según los casos producidos en la práctica". Esta edición que prologa Carlos Sánchez Viamonte fue editada por la Universidad Nacional de Córdoba hace ya varias décadas.

Cuarta innovación, *el reconocimiento del orden político*. Es decir, que el *derecho constitucional* trasciende las normas meramente positivas y abarca la consideración, el análisis, el estudio y la crítica del orden de los comportamientos políticos y de las costumbres constitucionales que se van registrando. Esta innovación comienza con el propio González, como queda visto, y sobre todo con quien fuera profesor de la materia en la Universidad Nacional de La Plata, José Nicolás Matienzo que, tanto en su obra de Derecho constitucional como en su obra sobre el "Régimen representativo y federal en la Argentina", aplica una metodología que además de las normas incluye un conocimiento profundizado de la realidad.

Quinto, *la superación de la exégesis*: es decir la aplicación de una interpretación *dinámica* de la Constitución Nacional, la cual es en gran medida la innovación que introduce la Corte Suprema de la Nación, a partir de la década de 1930. Esto equivale a señalar que de una interpretación llamada *estática* por algunos autores, según la podemos entender, limitada al análisis literal del texto constitucional y a la determinación de la voluntad subjetiva de los constituyentes, se pasa a una interpretación que permite proyectar la norma a realidades muy distintas y distantes de las tenidas en cuenta y las vigentes al momento de su sanción. Con otras palabras podríamos señalar que el salto de la interpretación *estática* a la interpretación *dinámica* significa la ruptura de la voluntad psicológica del autor y del cordón umbilical que ataba la norma a la voluntad de aquél, para abrazar nuevos horizontes que le permitieran —más allá de

la opinión que de este método merezca— prolongar la vigencia y la aplicación de la Constitución en un tiempo muy superior al que pudieron haber previsto los propios constituyentes originarios como el tiempo de vigencia de su obra.

Sexto, *adopción de un marco teórico*. Esto es más reciente, es producto de la segunda mitad del siglo que ahora culmina, donde fundamentalmente los autores provenientes de la doctrina de origen germánico —tanto austríacos como alemanes— adquieren una enorme gravitación en el enfoque teórico de la disciplina del *derecho constitucional*. Como es imposible referirse a todos ellos vamos a hacer, más adelante, una breve mención de tres tendencias que están sucesivamente simbolizadas por el pensamiento de Hans Kelsen, de Carl Schmitt y de Herman Heller.

Lo que vale la pena subrayar en esta oportunidad es la fecha del año 1930, porque esta fecha, aproximadamente, es clave en la evolución del *derecho constitucional* argentino. No es una fecha más, es un meridiano a partir del cual se suscitan nuevas cuestiones, se introducen nuevos enfoques y se producen nuevos fenómenos. Mencionaremos algunos de ellos a título ejemplificativo:

A. *La crisis del régimen constitucional*. Que a raíz del golpe de Estado de ese año, abre en nuestro país el ciclo de lo que Linares Quintana ha llamado *la desconstitucionalización*.

B. *La crisis en el sistema mundial*. Con el surgimiento de los regímenes autoritarios y de los regímenes totalitarios de la más variada índole que vinieron, en definitiva, a sellar una suerte de condena a lo que denominaban *despectivamente el Estado liberal burgués de derecho* y que era el producto más dilecto que había engendrado la era constitucional.

C. *Cambio mental registrado en la Corte Suprema de Estados Unidos*, donde los jueces, hasta ese entonces disidentes, se vuelven mayoría y conciben una nueva interpretación que recién llamamos *dinámica* —siguiendo las expresiones de Esteban Imaz y algunos otros autores— en el texto constitucional. Interpretación esta que permitió, en definitiva, convalidar el *New Deal* del presidente Roosevelt y de esa manera protocolizar los nuevos roles del Estado y las nuevas políticas que venían a aplicarse para enfrentar y afrontar la honda crisis de la depresión de 1929 en adelante, que amenazaba con hundir al sistema capitalista y que requirió, desde luego, una nueva concepción respecto de las relaciones entre el Estado y la sociedad.

D. *El cambio interpretativo en la Corte argentina*, que también —de alguna manera— viene a recoger, casi simultáneamente, las variaciones que se producían en la Corte de los Estados Unidos. Como caso líder en el tema hay que citar el famoso fallo “Avico contra De la Pesa” que también, en esa década del '30 abre pie a que la Corte deje de lado la interpretación propia de la era de Bermejo y acepte regulaciones en la reglamentación de los derechos que, de alguna manera, rozaban la interpretación ortodoxa del art. 28 de la Constitución con respecto al principio de la inalterabilidad.

E. *La difusión de las grandes obras de los autores europeos*, particularmente, de la doctrina de la lengua alemana que produjo honda impresión en los profesores y estudiosos de nuestro país. Cada uno según la simpatía que podía sentir por las tendencias dominantes en esos autores. Para los seguidores de Carl Schmitt la relación poder-fuerza, para los seguidores de Hans Kelsen la relación normas y lógica; y para los seguidores de Herman Heller los fenómenos de realidad e interacción.

F. *El cuestionamiento del sistema*. Es decir, la aparición en nuestro país de protagonistas, personajes, pensadores y autores que por primera vez cuestionaban, no a un gobierno, no a una administración sino al propio sistema constitucional. Lugones, Ibarguren, el general Uriburu —a cargo del poder ejecutivo como resultado de un golpe de Estado— que proponen la reforma de la Constitución y muchos otros. Sólo voy a traer a colación una cita de Lugones, que es anterior a 1930, pero insufla todo el pensamiento posterior. Es un párrafo del discurso que pronuncia con motivo de los festejos del centenario de la batalla de Ayacucho a fines de 1924, en Lima (Perú) y donde dice: “Ha sonado otra vez, para bien del mundo, la hora de la espada”. Esta frase de Lugones era toda una advertencia respecto de los tiempos que iban a suceder; y agrega Lugones: “Pacifismo, colectivismo, democracia, son sinónimos de la misma vacante que el destino ofrece al jefe predestinado, es decir, al hombre que manda por su derecho de mejor. Con o sin la ley, porque ésta como expresión de potencia confúndese con su voluntad. El pacifismo no es más que el culto del miedo”. Y en otro párrafo dice también Lugones: “La vida completa se define por cuatro verbos de acción: armar, combatir, mandar, enseñar; pero observad que los tres primeros son otras tantas expresiones de conquista y de fuerza. La vida misma es un estado de fuerza”. Y termina diciendo más adelante: “El sistema constitucional del siglo XIX está caduco, el ejército es la última aristocracia, vale decir, la última posibilidad de organización jerárquica que nos resta entre la disolución demagógica”. Estas palabras de Lugones bastan de por sí

para revelar la gravedad de la situación que se vivía en al enfrentamiento de ciertos sectores escépticos y desesperados de la clase dirigente argentina, que comenzaban a abjurar del sistema constitucional demoliberal y a buscar la solución en los modelos o en los paradigmas provenientes de los sistemas autoritarios y totalitarios que se iban imponiendo en el continente europeo.

III. Las llamadas escuelas

El profesor Jorge Aja Espil ha dedicado al tema de las escuelas de *Derecho constitucional* una meticulosa reflexión que cabe traer a colación en esta oportunidad. Se trata de un intento muy serio de agrupar a los distintos pensadores y profesores de acuerdo a las afinidades que más los han caracterizado. Más allá de que se comparta o no este encasillamiento, es bueno tener presentes las cinco escuelas a las que él hace referencia en sus lecciones de "Derecho Constitucional" (Buenos Aires, 1972).

1°. La *escuela liberal*, en la que incluye a Juan Bautista Alberdi, Domingo Faustino Sarmiento, Lucio V. López, Aristóbulo del Valle y, en menor medida, al cordobés Mariano Fraguero (de amplio rol protagónico en la reforma de 1860, especialmente en los temas vinculados con el sistema financiero).

2°. La *escuela católica*, en la que surge como líder inicial José Manuel Estrada, luego Faustino Legón, Juan Casiello y muchos otros autores que, por ser contemporáneos no quiero citar a efectos de no incurrir en alguna omisión que pueda resultar enojosa o antipática.

3°. La *escuela platense*, protagonizada por los dos González, por Joaquín V. González —el iniciador— y por Juan Antonio González Calderón que ocupó la cátedra hasta 1947 y fue autor del primer monumental *Tratado de Derecho constitucional* en tres tomos, que es un clásico de nuestra materia.

4°. La *escuela alberdiana*, en la que Aja Espil incluye a José Nicolás Matienzo, a Padilla, a Lanfranco y a Linares Quintana.

5°. La *escuela socialista*, en la que están incluidos Alfredo L. Palacios y Carlos Sánchez Viamonte.

En nuestra modesta opinión, tengo dudas de que quepa hablar de verdaderas escuelas, creo que es más apropiado referirse a diversas

“orientaciones”, que reflejan las tendencias. Tales *tendencias* pueden ser coetáneas entre sí o bien pueden aparecer sucesivamente, desplazando por superación a las que tenían arraigo preexistente, cuando los problemas o las concepciones eran otras. Las tendencias también son mortales, ya sea que desaparecen por desactualización de sus enfoques, o simplemente a causa de un agotamiento al haberse consumado y consumido sus propuestas. No sería completa esta mención, si no mencionáramos también a algunos autores de gran relevancia que, si bien no han ocupado la cátedra de *Derecho constitucional* en la Universidad de Buenos Aires, han sido verdaderos constitucionalistas. Me refiero, para poner un solo ejemplo, a la figura egregia de Rodolfo Rivarola. Tuve oportunidad de rendirle homenaje al cumplirse los cincuenta años de su alejamiento físico y sigo creyendo que es merecida y justificada la recordación de su personalidad cautivante y multifacético, de la que no puede omitirse una sintética mención al perfil constitucional que también integró la rica variedad de sus actividades y de sus creaciones intelectuales.

En efecto, Rivarola forma parte legítima de la pléyade de los grandes constitucionalistas argentinos de la primera mitad del siglo que pronto fenece, contándose entre los defensores de la letra y del sistema de nuestra Ley Fundamental, a cuya inspiración filosófica adhería, sin renunciar por ello a la mención de las fallas y los defectos que la cruda dinámica de la realidad ponía a la vista y cuyo reclamo de rectificación le parecía irrenunciable.

Autor más que catedrático, pensador más que activista, escritor antes que retórico, Rivarola supo conjugar —no obstante— el pensamiento, la palabra y la acción en una difícil y equilibrada armonía al servicio de un ideal superior: la defensa de la vida nacional a través del orden constitucional como único método para asegurar la paz y los demás fines proclamados en el preámbulo de la propia Constitución Nacional. Tuvo la suerte de que su tiempo biológico le evitara presenciar los momentáneos triunfos “a lo Pirro” y una contracultura anticonstitucional, cuando él ya había advertido de los riesgos que conllevaría todo apartamiento de la filiación espiritual de 1853 y 1860.

Su “diccionario” de la Constitución queda como un aporte que no envejece en la necesidad recurrente de abreviar en textos que nos permitan dilucidar el significado sencillo y la fuerza recóndita de cada uno de los pilares y cimientos que dan sustento al entramado de las instituciones

políticas de la nación. Pero hay algo que deseo enfatizar, sobre el mérito de esa obra, escrita con la modestia del sabio y con una claridad comparable a la que adorna el inmortal "manual" de Don Joaquín: me refiero a la estrecha relación que allí explica con verdadero mensaje docente entre la moral, la política y la Constitución, que según Rivarola no admitía un desglose o separación que sirvieran para justificar deslizamientos o caídas por el ineluctable abismo de la degradación ética que siempre acompaña a los penosos procesos de desconstitucionalización. Es como si el "diccionario" hubiese sido escrito para disponer su apertura y nueva lectura en medio del clima dominante de esta última década del siglo, donde entre la pluralidad de causas de nuestra crisis, debemos incluir el debilitamiento de la enseñanza del *Derecho Público* en nuestras clases dirigentes.

La obra escrita de Rivarola fue abundante en lo cuantitativo y sólida en lo cualitativo. No cabe duda de que sacrificó mucha de su potencial fecundidad para volcar desinteresadamente su esfuerzo en la organización, dirección y publicación de la legendaria "Revista de Ciencia Política", adelantada en su época por orgullo de nuestro incipiente desarrollo de esa milenaria ciencia del saber superior, en cuyas páginas tuvieron cabida aportes originales que no desmerecían, en el juicio comparativo que los podía confrontar, con los de las célebres firmas que contemporáneamente exhibían las congéneres publicaciones europeas. La "revista" fue algo así como la oportunidad para darnos a conocer ante el mundo, demostrando que contábamos con vocaciones enroladas en una línea de pensamiento que no se adormecía en el mero tránsito por los temas de interés crematístico o anecdótico.

Por último debo confesar la honda impresión que un libro de Rivarola causó en mi espíritu crítico hace ya muchas décadas. Me refiero a la lectura de su obra "Del Estado Federal al Estado Unitario", verdadero cimbronazo en el repertorio de las creencias instrumentales acerca de la real fragilidad de nuestro edificio federativo, donde Rivarola —a comienzos del siglo— llama la atención sobre una decadencia que los hechos no han dado más que su constante confirmación. Ese libro, hoy injustamente olvidado, intentaba asumir con inusual coraje el examen despiadado de nuestra fisiología constitucional, renunciando al facilismo de la pose del avestruz y, en cambio, avanzando en el sinceramiento de las cosas como paso previo indispensable para abordar la búsqueda de un re-equilibrio en el plano de la división vertical o territorial del poder. Hete aquí toda una asignatura pendiente que el día que los

argentinos resuelvan encarar sin prejuicio ni dogmatismo, tengo la certeza de que acudirán al severo juicio de Rodolfo Rivarola para encontrar allí nuevos puntos de partida. Es menester mantener vivo el recurso de ese eminente argentino, que prefirió la lejanía de las tentaciones del poder y de la riqueza como garantía para que su pensamiento no corriera el peligro de obnubilarse, en perjuicio de la aguda percepción de cada una de las partes de nuestro complejo mecanismo constitucional.

IV. Joaquín V. González y la orientación platense

No puede dejar de tener un capítulo especial la mención del ilustre profesor riojano, radicado en Buenos Aires, y fundador de la nacionalización de la Universidad de La Plata. Tres aspectos quiero subrayar en su orientación:

– Primero, la operatividad máxima de las cláusulas constitucionales sobre los derechos y garantías —esto aparece claro en su “manual”— deja una impronta, que sería tomada en su momento por la Corte Suprema de Justicia de la Nación muchas décadas después, para la creación del *amparo*. El único autor al cual cita la Corte en esa ocasión para fundamentar la plena operatividad de los derechos y garantías es, precisamente, a Joaquín V. González.

– Segundo, los derechos sociales y un nuevo derecho, anticipo de lo que así llamaría después Alfredo Palacios de lo que está trazado en el Código del Trabajo, que redactara Joaquín V. González y el Congreso no llegara a aprobar.

– Tercero, la representación de los intereses y la ampliación del ámbito de la libertad política que está reflejada en su participación como Ministro del Interior en el debate de la Ley Electoral a comienzos del siglo, que estableció el sistema de voto uninominal por circunscripciones considerado una avanzada para la época y que los propios legisladores conservadores que lo aprobaron, prontamente lo derogaron por temor a que sus resultados hicieran tambalear el poder que detentaban (véase: Vanossi, “El misterio de la representación política”, 1972).

Fruto de toda esta concepción fue el pensamiento de Joaquín V. González al promover lo que podríamos llamar orientación platense en el estudio del *derecho constitucional*.

La cátedra no fue ocupada en forma permanente por él sino por otros grandes hombres de su época, tales como Agustín Alvarez, José Nicolás Matienzo y luego por González Calderón, al que dedicó el prólogo de su clásica obra. Pero aun no ocupándola formalmente, influyó en ella tanto como otros, que sin ejercer la cátedra, gravitaron en el *derecho constitucional* argentino: como Alberdi, que nunca fue profesor, o como José Benjamín Gorostiaga que fue el redactor de la Constitución Nacional.

Sin embargo, en sus obras completas, en el tomo XXIII, constan los apuntes para las clases en la Facultad de La Plata, cuando interinamente dictó la materia en 1906. Y son realmente un verdadero programa, que encierra toda una metodología para encarar la materia con una visión moderna.

Ocurre que el brillo de su "Manual...", de ese famoso "Manual de la Constitución", que había escrito a los 34 años de edad, antes del fin de siglo, ha opacado toda su demás contribución a la doctrina constitucional argentina, que no es menos valiosa que la contenida en aquella obra juvenil que había destinado, no a la Universidad, sino a la enseñanza en el nivel secundario.

Las citas del "Manual..." son de las escasísimas y muy seleccionadas que aún hoy hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus sentencias, entre los pocos autores argentinos y extranjeros que nuestro máximo tribunal invoca para fundar sus decisiones.

Sólo quiero referirme a un ejemplo. Cuando la Corte argentina creó el *amparo*, procedimiento que vino a revolucionar la temática de la protección de los derechos y a dar nueva tónica a la noción de garantías: para hacer eso, sin el auxilio del legislador (es decir para crearlo pretorianamente) la Corte invocó la doctrina de González, que fue el primero en nuestro país que defendió la necesidad de operativizar las cláusulas sobre derechos y garantías, por medio de la acción del juez. Y la Corte únicamente citó a González, al fundamentar su decisión en el caso Siri, juntamente con el art. 33 (Constitución Nacional).

En el prólogo a la primera edición de la obra de González Calderón, también encontramos presente la honda preocupación de Joaquín V. González —como diría Ortega: preocupación y ocupación al mismo tiempo— por el estudio sistemático del *derecho constitucional*. Allí, por ejemplo, podemos tomar en cuenta numerosas reflexiones que él

formula sobre los defectos y sobre las falencias que la enseñanza del *derecho constitucional* tenía en nuestro medio.

Aun después, podemos mencionar también todos los demás aportes: ya sea en su "Proyecto de Constitución para La Rioja", en la "Reforma constitucional argentina", en "Escritos y opiniones de derecho", en "Jurisprudencia y Política", en "Estudios constitucionales", en sus "Memorias Ministeriales" (que fielmente elevaba cumpliendo el mandato constitucional, lo que ya hace muchos años que no se realiza), en sus discursos parlamentarios y, aún, en los dictámenes profesionales que muy a menudo le requerían sobre puntos del *derecho constitucional*.

Como la mayoría—y diría con pena—como casi todos los grandes constitucionalistas del primer siglo de la vida constitucional de nuestro país, no tuvo la oportunidad de acceder a la Corte de Justicia de la Nación, privándonos así del enriquecimiento de su acervo intelectual en esta materia.

González concibió la defensa en orden a los principios de la Constitución como una tarea compartida y como una responsabilidad común, no sólo para determinado sector, sino mancomunadamente del pueblo todo, de los jueces y de las propias fuerzas armadas. Todos debían participar en la defensa de la Constitución, que no puede ser tarea sectorial sino integral.

Su concepción parte de la preexistencia de la Nación antes que la Constitución: y sostiene en consecuencia que el Estado y el Gobierno son los que han variado de forma, pero no la nación, que surgió con la Revolución de Mayo y con la Asamblea Soberana del año XIII, aun antes que la Declaración de la Independencia.

Cuando se percata de la filiación anglosajona de las libertades concretas, frente a la libertad abstracta o declamatoria, él descarta la influencia exagerada que algunos autores conceden a los antecedentes españoles, en que las libertades municipales eran más bien corporativas que individuales. González ponía el acento en la concepción que los anglosajones habían dado de la libertad, como un aspecto de los derechos, sujetos a las garantías, las que están encomendadas a una directa aplicación judicial.

La libertad de hoy, según González, se definía por las garantías y ya no podía ser defendida por medio de las abstracciones. Admitía las

limitaciones de los derechos en el marco de una concepción integral y coherente, advirtiendo que limitar no es lo mismo que alterar. Y en ese terreno aceptaba las limitaciones de orden social, basadas en la coexistencia de orden físico, basadas en la seguridad y en la salubridad; y de orden político, basadas en la necesidad de preservar la integridad del Estado.

Puso el acento en los problemas de la igualdad y advirtió los temores que podíamos ir abrigando si no mediaba una buena educación y un buen proceso cultural, pues en tal caso la desigualdad se acentuaría. Y advirtió también a los legisladores sobre el peligro que corrían de sacrificar la igualdad si se desacertaban en la tónica de la discriminación de las condiciones para prever distintas formas del ejercicio de los derechos.

Defendió à outrance la institución del *habeas corpus*, señalando que la Constitución la entendía como algo preexistente, como un valor entendido, que no necesitaba más mención. Y destacó cómo en el derecho público provincial, es decir el de las Constituciones locales, se avanzaba y se vigorizaba mucho más en el tema de las garantías, que en la Constitución Nacional. Con lo cual fue González uno de los primeros en llamar la atención sobre la riqueza que ofrece el derecho público provincial para el estudio de las instituciones iuspublicísticas, por ser sus enunciados posteriores a los de la Constitución Nacional.

Percibió la necesidad de una crítica política, considerando que el derecho de crítica es inherente a los habitantes, porque es inherente al control que la forma de gobierno republicano supone. Y en el tema del culto manifestó su total defensa de la libertad de cultos, anticipando—inclusive— que teóricamente la mejor solución hubiera sido la de una separación entre la Iglesia y el Estado.

A mayor abundamiento, podemos decir que son escritos constitucionales de González son, en el conjunto de la producción clásica argentina, los que más coadyuvan a la solución de problemas constitucionales concretos y de actualidad. Si hoy alguien necesita solucionar un problema concreto y busca el auxilio de los autores de la clásica doctrina constitucional, seguramente será en el "Manual..." de González, en los "Dictámenes" de González y en los discursos de González, donde encontrará la mayor aproximación al problema concreto y a la actualidad.

No hubo en él erudición por el alarde de la erudición misma, como a veces se había practicado por los intelectuales. Y como dijo en el

"Manual...": "*el derecho constitucional* se debe enseñar desterrando la fraseología, más pedantesca que precisa".

Estimaba que mucho daño había causado la oratoria en la enseñanza *del derecho constitucional* y reclamaba precisión, responsabilizando al influjo francés del abuso de la oratoria. Parece ilustrativo leer un breve párrafo en que él advierte sobre los peligros de la oratoria, convirtiéndola no en un medio sino en un fin en sí misma. Dice: "Debido sin duda a ese carácter predicante y político impreso a la enseñanza del *derecho constitucional*, el gremio estudiantil llegó a creer que era materia de fácil expedición, con los proverbiales recursos de la inventiva, la improvisación y la audacia de los exámenes ante mesas complacientes. Y aquella ciencia que estudia nada menos que los problemas infinitos y prácticos de la carta orgánica del gobierno de la nación, la cual pone en juego la vida colectiva, corporativa e individual de los Estados, de los pueblos y de los hombres todos que habitan el territorio nacional, había quedado como en un segundo plano en el elenco o *currículum* de nuestras Facultades de ciencias sociales y jurídicas, entre las materias que no necesitan mucho estudio". Y señalaba luego el camino a seguir para revertir esa tendencia.

Su preocupación metodológica lo llevó a resaltar cuatro o cinco aspectos que nos parece necesario subrayar por la actualidad que mantienen. Primero, la necesidad de encarar el *derecho constitucional* con un método científico, eliminando todo sentimentalismo o toda improvisación. Segundo, erradicar esa vocación oratoria a la cual antes hicimos mención. Tercero, concebir a la materia como las materias codificadas, sobre las cuales debía recaer una verdadera dogmática o preceptiva. Cuarto, practicar un enfoque integral, es decir, tomando en cuenta la investigación de un fenómeno complejo que abarca incluso los caminos que se suscitan en la realidad. Y en esta materia fue un precursor de lo que hoy en día se llama el nuevo *derecho constitucional*, porque él, junto con otro profesor de la Facultad platense, José Nicolás Matienzo, introdujo por primera vez, la necesidad de encarar ese otro aspecto, con lo cual anticipó la estrecha imbricación que luego se daría entre el método del *derecho constitucional* y los métodos de la ciencia política en general.

Finalmente, bregó por un adecuado uso del comparatismo, para que no se exageraran las influencias de los modelos, ni se incurriera en la fantasía de una copia de la Constitución americana o en una exageración de las modalidades y costumbres del pueblo inglés.

Y anticipó criterio favorable a una interpretación constitucional que, luego, en la tercera década de este siglo, se llamaría en nuestro *derecho constitucional* la interpretación *dinámica*, señalando cómo los jueces de otros países ya habían adelantado la práctica de esa interpretación, que permite extender en el tiempo la aplicación del texto constitucional ante problemas y situaciones inexistentes al tiempo de su sanción.

En síntesis, hablar del aporte de Joaquín V. González a la enseñanza *del derecho constitucional*, supone hablar del aporte de un hombre de ciencia que, al mismo tiempo fue hombre de lucha, un hombre de militancia, un hombre de observación, que se volcó al enriquecimiento de una de las materias del Derecho, acaso la que entre todas ellas está más directamente comprometida con la evolución de los pueblos, con la organización de los Estados y con el destino de los derechos.

Si a Joaquín V. González le hubieran preguntado cuál es el objeto final de esa materia, seguramente se hubiera evadido de las opiniones y tendencias que dividen a la doctrina para determinar si el *derecho político* tiene como objeto el poder, o el Estado u otras posibilidades; y en cambio, hubiera dicho que el objeto es precisamente *la libertad*, que es eterna.

¿Cuál es el más antiguo instituto de derecho constitucional de las universidades argentinas? El Instituto de Derecho Constitucional y Político de la Universidad Nacional de La Plata.

La historia de los Institutos de Derecho Constitucional y Político de las Universidades de la República aún no ha sido escrita. Cuando lo sea, tendrá el valor de una debida complementación de la evolución histórica de la enseñanza del Derecho, que ayudará al conocimiento de los diversos enfoques que en nuestro país han caracterizado al estudio del derecho público. Mientras tanto, adelantamos a manera de contribución estas breves acotaciones, referidas al que podemos considerar como el primer Instituto de la especie que fue creado en el ámbito y nivel universitario argentino. Pues si bien con anterioridad existieron en otras Casas de Estudio los "Seminarios" y otras reuniones de trabajo en materias específicas del Derecho, recién con la creación de los Institutos puede hablarse de una marcada especialización en el terreno de la investigación jurídica argentina (1).

(1) La Universidad Nacional del Litoral contó con un Instituto de Derecho Público, en el ámbito de su Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas (Rosario) durante

El Instituto platense nació el 27 de enero de 1944, con la denominación de "Instituto de Derecho Político, Constitucional y Comparado", siendo su creador el Profesor Luis Longhi, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y más tarde juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En la misma fecha se aprobó el "Reglamento" inicial del mencionado Instituto, que recogió los lineamientos de un anterior proyecto formulado por el propio Longhi en los años 1941 y 1942. Cabe señalar, a mayor abundamiento, que los antecedentes del Instituto reconocen más antigüedad aún, toda vez que alrededor del año 1931 el Profesor Juan Antonio González Calderón, titular de la cátedra de Derecho Constitucional en la Universidad platense y también en la porteña, había presentado un interesante proyecto de creación de un Instituto semejante, cuya copia manuscrita se encuentra en el legajo docente del citado profesor que obra en los archivos de la Facultad platense.

Esta primera etapa del Instituto de la Universidad gonzaliana, tuvo el signo de un eminente profesor de esa Facultad: Faustino J. Legón, titular de la cátedra de Derecho Político, quien fue designado en el mismo año 1944 en las funciones de primer "Director Consultor" (27 de abril). La personalidad de Legón modeló los perfiles y las características del flamante Instituto, en un período que abarcó hasta el año 1949. Durante ese tiempo tuvo lugar un breve interinato en la Dirección del Instituto a cargo del Profesor Segundo V. Linares Quintana (1945); siendo de destacar que a partir del 19 de diciembre de 1947 fue establecida la nueva denominación bajo el rótulo de "Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo". Legón renunció a la Dirección del cuerpo el 1 de marzo de 1949, en ejercicio de la opción establecida por la nueva ley universitaria, por efecto de la cual también se alejó de la titularidad de la cátedra en la facultad platense. En adelante, Legón ejerció únicamente la titularidad de la misma materia en la Facultad porteña, donde pasó a desempeñar luego la dirección del Instituto análogo, que fuera creado en virtud de la ordenanza de institutos del año 1948. En el instituto platense, sin embargo, Legón continuó formando parte en calidad de "miembro honorario",

la década del treinta; y también con un Instituto de Investigaciones Jurídico-Políticas que funcionó hasta 1957. En el seno de este último, fue creada la "Biblioteca de la Constitución Nacional", bajo la dirección de Salvador Dana Montaña. El actual Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales litoralense es el sucesor de la sección de Derecho Constitucional de aquél.

junto con Juan Casiello, José María Velasco Ibarra, Carlos H. Pareja y Felipe Barreda Laos (2).

Desde el alejamiento de Legón, en la fecha indicada, ocupó la Dirección del Juan Francisco Muñoz Drake, hasta su cesación el 3 de mayo de 1955. De ese período, se registran las actas correspondientes a treinta y seis reuniones; siendo los integrantes permanentes del Instituto —al año 1954— los siguientes profesores de la Casa: Bagnasco, Bauzá, Bambilli, Boschj (Jorge Tristán), Diez (Manuel María), Giuffra, La Rosa, Longhi, Mantecón, Muñoz, Drake, Pessagno Espora, Rodríguez, Rosa (José María), Seminario y Marienhoff.

Luego de los profundos cambios políticos y universitarios producidos en la República en el año 1955, el Instituto reinicia sus actividades el 15 de abril de 1957, con la misma denominación de "Instituto de Derecho Político, Constitucional y Administrativo", bajo la Dirección del Profesor Bartolomé Fiorini, quien desempeñaría por tres veces el cargo de Decano de la Facultad. La estructura fijada para el Instituto, que se prolongó hasta 1965, consistía en el funcionamiento interno de dos secciones: una, de "Derecho Constitucional y Político" y, otra, de "Derecho Administrativo"; cada una de las cuales contaba con un secretario. Durante varios años, el Instituto estuvo dedicado al estudio de un Proyecto de Código Contencioso-Administrativo para la Provincia de Buenos Aires. En esos años, formaban parte del Instituto los siguientes profesores: Gordillo, Dalurzo, Farsi (Héctor Pedro), Grau, Linares Quintana, García (Carlos F.), Dumm, Pérez Aznar, Frondizi (Silvio), Fayt, Orlando, Erro, Galletti, Spota (Alberto Antonio), Marienhoff y Fiorini. La destaca personalidad del entonces Director y su versada especialización en el Derecho Administrativo, lo motivaron a propiciar en reiteradas oportunidades la división del Instituto; así, en ese sentido, aparecen sus presentaciones de febrero de 1960 y de diciembre de 1961 dirigidas al decano y que son remitidas para su estudio a la Comisión de Enseñanza del Consejo Directivo de la Facultad (según consta en las "Memorias" anuales del Instituto, elevadas al Decanato).

(2) En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires, la Resolución 384 del 29 de noviembre de 1947 suprimió el antiguo "Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales" y creó, entre otros, el Instituto de Derecho Constitucional y Administrativo. Luego, por resolución del rectorado del 10 de mayo de 1948, se denominó "Instituto de Derecho Político, Constitucional y de la Administración", comprendiendo las áreas de derecho constitucional, administrativo, político y finanzas. Más tarde fueron creados por separado los Institutos de Derecho Administrativo y de Derecho Financiero, quedando a parte el "Instituto de Derecho Político y Constitucional".

Finalmente, la proyectada división se hizo realidad. El 27 de diciembre de 1967 se crea oficialmente el "Instituto de Derecho Político y Constitucional", siendo designado su Director el Profesor Segundo V. Linares Quintana, titular de las cátedras de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal de esa misma Facultad. Dicho constitucionalista ya ejercía, para ese tiempo, la Dirección del Instituto homónimo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. El período de dirección de Linares Quintana se prolongó hasta mediados del año 1973, en que renunció a sus cargos docentes y de investigación en ambas Facultades, frente a la nueva situación universitaria imperante a partir del campo político del 25 de mayo de ese mismo año. Durante los seis años de la conducción de Linares Quintana, el Instituto tuvo tres cambios importantes. En primer término, a partir del 24 de noviembre de 1969 se denominó "Instituto de Ciencia Política", a propuesta de su titular. Luego, por decisión del Honorable Consejo Académico de la Facultad, de fecha 26 de setiembre de 1972 —y también a propuesta del titular— el Instituto recibió el nombre del que fuera eminente profesor de Derecho Constitucional y otras materias afines, Carlos Sánchez Viamonte, denominándose en consecuencia "Instituto de Ciencia Política Carlos Sánchez Viamonte". Por último —the last but not the least— fueron creadas varias Licenciaturas de especialización para post-grado, entre las cuales fue puesta bajo la responsabilidad del Instituto la "Licenciatura especializada en Ciencia Política", durante el año 1972. También cabe destacar que durante la gestión de Linares Quintana apareció el "Boletín" del Instituto, en un marcado esfuerzo por trascender las actividades desarrolladas a través de la continuidad de reuniones quincenales de la totalidad de los componentes (3).

Luego de un breve interinato al frente del Instituto por parte de Alfredo N. Galletti, titular de la cátedra de Historia Constitucional, la intervención en la Facultad dispone el 8 de febrero de 1974 eliminar el nombre de "Carlos Sánchez Viamonte" de la denominación del Instituto, quedando pues bajo el rótulo de "Instituto de Ciencia Política". Desde

(3) También por gestión del Instituto fue modificado el plan de estudios de la Facultad para restablecer la asignatura Derecho Político en la carrera de Abogacía, sin perjuicio de su continuación entre las materias del Doctorado. Durante la Dirección del Profesor Linares Quintana el Instituto recibió importantes donaciones bibliográficas del exterior, como así también las visitas de numerosos profesores europeos y americanos. En la actualidad Linares Quintana es Profesor Emérito de la Facultad platense y, como tal, es miembro nato del respectivo Instituto.

ese mismo año y hasta 1976 ocupó la Dirección del mismo Italo Luder, quien fue designado en esa misma época "profesor honorario" de Derecho Constitucional, materia esta para la cual también fue designado profesor en la facultad porteña, mientras ejercía la Presidencia Provisoria del Honorable Senado de la Nación.

A partir de los cambios políticos y universitarios del año 1976, el Instituto resultó reorganizado bajo una nueva reglamentación, disponiéndose con fecha 1 de julio de ese mismo año que se denominara "Instituto de Derecho Público"; y a raíz de la renuncia de Alfredo Galetti, fue designado director Jorge Reinaldo Vanossi, profesor de Derecho Político y titular de la cátedra de Derecho Constitucional. Durante la gestión de Vanossi se solicitó el cambio de denominación del Instituto, que se mantuvo en el período inicial de vigencia de la nueva ordenanza reglamentaria de los Institutos de Investigación y Docencia (Resolución 59, del 24 de abril de 1978); pero al poco tiempo se rectifica la denominación del Instituto de Derecho Público, que pasa a llamarse nuevamente "Instituto de Derecho Constitucional y Político". Por último, también respondiendo a un pedido de las autoridades del propio Instituto, con fecha 24 de octubre de 1979 se dicta la resolución 112, que restituye justicieramente el nombre completo del mismo, que es el que conserva hasta la actualidad: "Instituto de Derecho Constitucional y Político Carlos Sánchez Viamonte" de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, continuador del instituto que fuera creado por Longhi y dirigido por Legón en 1944. Es, por lo visto, el Instituto universitario de derecho constitucional más antiguo del país (4).

Por último, el Instituto fue honrado con la elección unánime del mismo, por parte de los demás Institutos de Derecho Constitucional argentinos, como sede del "Consejo de Directores de Institutos de Derecho Constitucional de las Universidades de la República Argentina", habiendo correspondido a Vanossi el desempeño de la titularidad del

(4) En la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, funcionaron a partir de 1948 los "Cursos de investigación" de diversas materias. Durante el Decanato de Rodolfo Berardo fueron creados los Institutos (decreto 277, del 21 de agosto de 1952). Por ordenanza del 23 de septiembre de 1963 el Instituto se denominó "Derecho Político, Constitucional y Administrativo", hasta que en 1974 se separaron las ramas de Derecho Político y Derecho Administrativo (que pasaron a formar sendos Institutos), quedando el "Instituto de Derecho Constitucional y Público Provincial" con el nombre que le había sido impuesto algunos años antes: Joaquín V. González.

citado Consejo para el período 1979-1981 (5). El instituto platense cuenta con prestigiosos "Miembros Correspondientes" en muchas universidades del mundo; mantiene intercambio científico —especialmente bibliográfico— con Institutos afines de otras universidades; y ha sido especialmente invitado a participar con funciones de entidad relatora en jornadas científicas realizadas en Europa y en América.

Como lineamiento general y como tónica dominante, el Instituto prosigue y profundiza la orientación metodológica y de contenido que el fundador de la Universidad Nacional de La Plata y prestigioso maestro del derecho constitucional argentino, Joaquín V. González, imprimiera y legara a la escuela platense del derecho constitucional; la que ha sido recogida por los sucesivos catedráticos de la materia, a partir de Agustín Álvarez, José Nicolás Matienzo, Juan Antonio González Calderón, Carlos Sánchez Viamonte, Segundo V. Linares Quintana y demás profesores que ocuparon tan honroso sitio académico.

V. Las cátedras y la ubicación en los planes de estudio. Los programas

Con respecto a las cátedras es bueno señalar, aunque sea muy brevemente, el perfil característico en un país multifacético como el nuestro. No todas han enseñado lo mismo, ni todas han tenido la misma orientación, ni todas han aplicado la misma metodología. Así, por ejemplo, en Buenos Aires las cátedras han predominantemente favorecido la defensa del texto de 1853/1860 o por lo menos ésta ha sido la tendencia mayoritaria hasta hace una década. En cambio, en el interior, ha prevalecido una mayor predisposición reformadora; aunque, debemos decirlo, reformadora con diversos matices. Con esto no quiero señalar que los profesores de las universidades del interior hayan abjurado del texto histórico de 1853/1860 sino que han sido más permeables o más porosos a la admisión de su reforma y su adaptación. En la Universidad de La Plata se ha observado una acentuada definición en la línea progresiva del constitucionalismo social propio de la influencia inicial de Joaquín V. González en toda esa universidad, particularmente de algunos

(5) El "Consejo de Directores de Instituto de Derecho Constitucional de las Universidades de la República Argentina" fue creado en Santa Fe el 3 de noviembre de 1979, en oportunidad de celebrarse el Cuarto Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional. Su estructura y funciones son semejantes a las del análogo Consejo que reúne a los Directores de Institutos de Derecho Civil, que también fuera creado en Santa Fe, el 25 de octubre de 1962.

catedráticos de la especialidad. Y cada vez perdiendo más fuerza han existido también algunas cátedras compuestas de nostálgicos de la Constitución de 1949 o de otros ensayos, tanto nacionales como extranjeros, donde ha capeado una orientación de alejamiento o de apartamiento del espíritu demoliberal del texto histórico.

La ubicación en los planes de estudio lleva a una curiosa comprobación. El poeta ha dicho alguna vez: "Todo está como era entonces, la casa, la calle, el río, los árboles con sus hojas y las ramas con sus nidos". No sé si *mutatis mutandi* se podría decir lo mismo respecto de nuestra materia; pero lo que sí puedo afirmar con certeza es que hay que diferenciar dos situaciones:

A. Los cambios de los planes. Estos cambios cuando han sido estructurales y orgánicos se han producido por conmociones políticas, muchas veces nacidas desde afuera de la universidad y, en pocos casos, concretadas como consecuencia de elaboraciones y destilaciones generadas con el transcurso del tiempo y sobre la base de la experiencia de la propia enseñanza universitaria.

B. Los cambios en los planes, que han sido accidentales y circunstanciales, caracterizados muchas veces por parches o agregados que no han venido a modificar la sustancia de las cosas y muchas veces sí han valido para alterar o quebrar la unidad de criterio o la cosmovisión que caracterizaba a un determinado plan de estudios. Nosotros hemos insistido en muchas oportunidades en la necesidad de la propedéutica, es decir, la base necesaria previa para el estudio del *derecho constitucional* con carácter científico. Y en esa enunciación de la propedéutica hemos incluido las siguientes asignaturas: *Teoría del derecho*, *Teoría social*, *Teoría política* y *Teoría económica* a lo cual habría que agregar otras dos asignaturas como son *Psicología Social* y *Ética*, esta última tan ausente de los planes de estudio (véase, Vanossi, "La Universidad y sus problemas", Eudeba).

Una observación que merece el plan de estudios vigente en la Universidad de Buenos Aires es que el *derecho constitucional*, que básicamente constituía un cimiento en todos los estudios, para todos los estudiantes y en todos los momentos, ha quedado reducido a un simple curso cuatrimestral de "Elementos de derecho constitucional", quedando así suspendida aquella sabia separación en dos materias, en dos cursos completos: *Derecho constitucional*: 1ª parte, *Derecho constitucional*:

2ª parte, titulados *Derecho constitucional argentino y comparado* en ambos casos. Donde el primero de esos cursos estaba enteramente dedicado a la teoría constitucional, al derecho comparado y a la historia; y el segundo estaba enteramente dedicado al *Derecho constitucional positivo argentino*. Paradójicamente podríamos decir, con mucha tristeza, que en pleno período de democracia constitucional se enseña en los cursos básicos de nuestra Facultad porteña *menos derecho constitucional*, que en los largos períodos de transición o de suspensión del sistema de democracia constitucional en que sin embargo, y a pesar de todo, la Facultad mantenía inalterable desde el punto de vista de lo que consideraba una asignatura de enorme importancia formativa para su alumnado.

En otro orden de consideraciones, pero siempre dentro de este mismo capítulo, debemos señalar que no se pueden mezclar indiscriminadamente la *ciencia política* y *el derecho constitucional*, no obstante la estrecha relación que vincula a ambas. Una cosa es la *ciencia política* ya sea considerada en singular o en plural: *ciencias políticas*; discusión sobre la cual no vamos a volver. Sabemos que los que adscriben al singular predicán la unidad de objeto y de método, en cambio los que se afilian en la opción plural, aceptan la diversidad de objetos y la multiplicidad complementaria de métodos. No se hace así en otras ramas, donde la autonomía científica se respeta. Por ejemplo en la diferencia entre *el derecho tributario* por un lado y la enseñanza de *hacienda y finanzas públicas* por el otro. O la diferencia entre *el derecho penal* por una parte y la *criminología* por la otra. O, sin ir más lejos, la separación entre *el derecho administrativo* y la ciencia de la administración.

Por eso creemos que corresponde dar a *la metodología* su rango merecido, pero llamando la atención en que la metodología no es un fin en sí mismo. El método es un camino a seguir como tradicionalmente se lo define, por lo tanto tiene un valor instrumental y hay que desconfiar de aquellos que predicán la metodología por la metodología misma y agotan la enseñanza de una asignatura universitaria nada más que en los debates metodológicos, dejando para un plano secundario las exposiciones sobre los contenidos y los demás objetos. La metodología tiene que tener el rango que le corresponde porque es el faro que nos señala el más allá, es decir, el camino hacia el cual tenemos que seguir o tenemos que apuntar; pero no es obviamente la totalidad de una materia.

VI. El derecho constitucional aplicado

Estamos en falta porque hay que acordar un espacio propio *al derecho constitucional aplicado*. Hacemos un *derecho constitucional* predominantemente teórico y debemos al respecto formular algunas precisiones. La investigación tradicionalmente separada en investigación pura e investigación aplicada tiene obviamente el rango destacado que el avance del conocimiento —me refiero al conocimiento científico— le ha dado por derecha y con justicia en todo el campo del pensamiento. La investigación pura es la base para el desarrollo. Si no hay investigación pura, un país acentúa su dependencia cultural respecto de aquellos centros de poder que suministran los frutos de la investigación pura. Por eso es salvataje, es primitivo abandonar —como en algunas oportunidades se ha pretendido en nuestro país— la investigación pura. Al contrario, debe fomentársela en todos los ámbitos, incluso —por supuesto— en el *derecho constitucional*. La investigación aplicada es un campo en el cual hay gran cabida para el *derecho constitucional*. Porque es una investigación destinada a la satisfacción de necesidades, ya sean nacionales o sociales, que están en íntima conexión con la realidad. Y aquí en el campo de la investigación aplicada es donde se encuentra el puente por el cual muchas veces transitamos para pasar del “enclaustramiento” al “exclaustramiento”. Mientras que la investigación pura debe estar más o menos centralizada, como ocurre en muchas universidades del mundo, la investigación aplicada puede desarrollarse con la participación de las cátedras en muchos temas o áreas específicas donde es sumamente provechoso dar roles e incumbencias quienes están dedicados prioritariamente a la docencia, pero no deben estar excluidos también de la investigación.

Veamos algunos casos de *derecho constitucional aplicado*:

— Primero, las reformas constitucionales, lo que Linares Quintana ha llamado *técnica de la formulación constitucional*.

— Segundo, la *hermenéutica*, es decir la técnica de la interpretación constitucional, al decir del mencionado maestro.

— Tercero, la implementación constitucional a través de las leyes, decretos y demás normas; es decir, lo que comúnmente llamamos *técnica legislativa*.

— Cuarto, la concientización constitucional que sirve para derribar con la reflexión y el esclarecimiento objetivo la presencia de ciertos mitos o tabúes. En nuestro país —por ejemplo— las prevenciones que, durante décadas y décadas, impidieron dar vía libre desde el punto de vista constitucional a la aprobación de un concordato con la iglesia o a la sanción de leyes para la construcción de obras públicas por medio del sistema de peaje.

— Quinto, la búsqueda de soluciones prácticas a problemas concretos. Esto es, la técnica del enfoque, del perfil, del ángulo constitucional de los problemas que a cada momento se plantean en la vida política del país, en la vida profesional de los abogados, en la vida catedrática de los estudiosos, etc.

Estas son algunas de las manifestaciones prácticas y concretas del llamado *derecho constitucional aplicado*.

VII. Modalidades en la enseñanza

Hablábamos hoy de los programas y, retomando este tema, no está de más reiterar que, en muchos de ellos, ha predominado el criterio exegético y han prevalecido en sus contenidos los tópicos de la llamada dogmática constitucional. También es bueno subrayar que algunos programas, sobre todo los más antiguos, han revelado ausencia de metodología y poca presencia de sistemática en la forma de encarar una asignatura que no tiene por qué ser menos científica o menos sistemática que otras asignaturas del *derecho público* o que las asignaturas clásicas del *derecho privado* proveniente de la raíz romanística. Por eso estoy persuadido de que debería imponerse el criterio de la revisión decenal de los objetos y métodos en los programas del *derecho constitucional*, como también de las demás materias. Una década es más que suficiente para volcar experiencias, rectificar o corregir errores, incluir omisiones, excluir tópicos caducos. En fin, producir un *aggiornamento* de la asignatura que resulte así más atractiva para los alumnos y más fecunda para los propios docentes.

La dogmática constitucional no merece vilipendio, tampoco panegrico. Debe tomársela tal cual es, en su función específica: la dogmática transita por la exégesis y opera intra y/o sistemáticamente. Actúa por acción cuando conduce a una exégesis totalmente o incondicionalmente coincidente con la aceptación de los órganos y de la comunidad,

en una posición conformista o a-crítica; y actúa por *omisión* cuando apunta al ocultamiento de toda confrontación. Ha habido muchos casos en nuestro país en que la traspolación de mirajes con el perfil que los autores quisieron ver, llevó a que se enseñaran tópicos de una manera tal en que las enseñanzas resultaran, una vez confrontadas con la realidad, totalmente ajenas a lo que en el mundo de los comportamientos, de las conductas y de los hechos se podía verificar.

De todos modos, la dogmática no debe ser descuidada, *a fortiori* en aquellos sistemas que incluyen el control judicial de constitucionalidad. Allí puede aplicarse esta máxima: "Dime cuál es la formación dogmática de los jueces y te diré qué derecho tienen". Toda interpretación es, o consagrada o descalificadora de *intereses*. Por lo tanto el examen de los intereses sociales contemporáneos no puede ser ajeno a las preocupaciones de la dogmática constitucional; y para cumplir más acabadamente esa relación, es menester imbricar a la dogmática con los aportes de la teoría general y la filosofía política, de la misma manera —*mutatis mutandi*— que se produce la relación entre el *derecho constitucional* y la sociología política. Como la dogmática no puede suprimirse hay que actualizar a la dogmática constantemente. Esta es la conclusión a la cual arribo. No pudiéndola suprimir hay que actualizarla porque es una herramienta de trabajo fundamental.

En cuanto a la enseñanza sabemos que ésta adquiere gradualmente, según los niveles en que se aplica, perfiles y técnicas que son tomadas de la enseñanza en general (del gran problema de la educación y de la formación); pero que tienen que amoldarse a la peculiaridad de lo que es la enseñanza del derecho y, más concretamente en nuestro caso, a la peculiaridad de la enseñanza del *derecho constitucional*. Así, podemos señalar que son fundamentales los siguientes grados de enseñanza:

1°. El nivel que está en la línea clásica de la dogmática, es un nivel que puede parecer de repetición; pero que cumple fundamentalmente el rol de subrayar y de enfatizar aquellos tópicos que se consideran liminares o fundamentales para la edificación del aparato constitucional.

2°. El tomar en cuenta la imitación de otros modelos y lo que puede resultar original dentro de esa imitación, para habernos apartado progresiva o sucesivamente, parcial o totalmente de los modelos inicialmente imitados. Aquí tiene gran importancia la combinación del punto señalado anteriormente con la aplicación de los métodos propios de

la ciencia política, que viene a auxiliar al *derecho constitucional* con sus herramientas metodológicas.

3°. La fundamentación para la creación. En esto cumple un rol fundamental la búsqueda de una apoyatura teórica y el acierto del hallazgo de esa apoyatura teórica, de lo cual dependerá en gran medida el acierto en la creación a la cual se apunta.

No debe olvidarse que, en muchos casos, nuestra materia ha estado propensa a sujetarse a una suerte de politización. Una suerte de subordinación política que no siempre ha dado resultados positivos y que, por lo general, cuando se ha practicado ciegamente ha dado por resultado un fruto de improvisación carente de valor científico.

VIII. Diversas maneras de enfocar el derecho constitucional

Vamos a referirnos ahora a los niveles de estudio y enseñanza. Este tema, que es sumamente delicado, debe ser abordado fríamente y es un elemento para la comprensión de cómo en esta materia no puede prescindir, quien pretenda encararla —ya sea en la investigación, en la enseñanza, o en el aprendizaje— de todas las herramientas que estando a su alcance puedan ayudar a una comprensión más amplia del objeto, ya de por sí amplísimo, que encierra o que envuelve el *derecho constitucional*.

Primero, la necesidad de practicar el inventario, es decir, poder tener a mano todos los elementos que componen la investigación precedentemente realizada por otros autores y que sirve de punto de partida para una nueva investigación. Hay que hacer algo así como un rastreo, como una suerte de testimonio del arsenal constitucional de que se dispone desde el punto de vista científico. Prescindir de esto y querer partir de fojas cero es como edificar un castillo en la arena o sobre las aguas del mar.

Segundo, la sistematización, en la cual tiene fundamental importancia, por un lado la clasificación y por otro lado la ordenación de los elementos y de los materiales disponibles.

Tercero, la innovación, especialmente en la metodología, cuando la metodología está indicando, como una luz roja que se enciende en el camino, el peligro de seguir ese camino y la necesidad de corregir la orientación con que se está emprendiendo el trabajo de investigación.

Cuarto, es el nivel de la creación, que fundamentalmente después de haber acertado en el método se registra en el objeto. Yo diría que entre la metodología, a través de la innovación y el objeto, a través de la creación, consigue una síntesis de aportación original que viene, en definitiva, a incorporar nuevos elementos. Y subrayo especialmente esta expresión: *nuevos elementos*, porque es obviamente el punto máximo de satisfacción al cual se puede aspirar cuando se abraza con amor, con aptitud, con vocación y con dedicación una materia científica.

Ha habido grandes constitucionalistas argentinos que no han ocupado la cátedra universitaria, como Gorostiaga que es uno de los redactores de la Constitución Nacional. O que han desempeñado la cátedra en otras ramas del derecho, como Rafael Bielsa, en el *derecho administrativo*, o Sebastián Soler en el *derecho penal*, o Roberto Repetto en el *derecho civil*. Y otros, que han realizado considerables aportes desde la *filosofía jurídica*, como Genaro Carrió. O desde el *derecho internacional*, como Luis María Drago. Y nadie podría poner en duda que estos grandes autores a los cuales me he referido, y ninguno de ellos fue profesor de *derecho constitucional*, sin embargo aportaron a lo que señalábamos en el punto tres y cuatro en la metodología y en el objeto, innovaciones verdaderamente trascendentes que no pueden olvidarse.

No puedo terminar este subtítulo sin hacer mención a la necesidad de reciclaje. Si a cualquier a estos grandes maestros que hemos tenido presentes, los convocáramos para pedir su opinión, señalarían la necesidad de que la terminación de los estudios no puede implicar el abandono de la Facultad o el abandono de la investigación, porque estamos en el tiempo de la capacitación permanente. Bien se ha dicho que el patrimonio del futuro, la riqueza del futuro, no va a estar en el capital, en la tierra, en el trabajo, ni en los recursos naturales, va a estar fundamentalmente en el conocimiento. Pero ¿qué conocimiento?, preguntamos nosotros. En el conocimiento actualizado, en el conocimiento que realmente valga y sirva para un mundo en constante transformación. Donde las diferencias abismales con el mundo que conocimos hace pocas décadas, lleva a que numerosas camadas y camadas de profesores, de abogados y de estudiantes hayan quedado varados en un pensamiento obsoleto, más allá de las oportunidades que siempre son diversas —algunos las tienen más y otros las tienen menos— las oportunidades que a su alcance se le puedan haber brindado. Es el drama de los abogados que reciben su título y además de adjuntar los mandamientos de Couture tienen presente que el primer problema o cuestión a tratar,

como reflexión para los graduados, es que la abogacía es ante todo una capacitación cultural, cosa que sí da la Facultad; y mucho después la determinación de una aptitud profesional y la preparación para ello, cosa que no siempre da la Facultad. Por eso hay que rescatar la idea para que cada uno asuma la responsabilidad de su futuro, sabiendo que la habilitación profesional es una forma y que la sustancia pasa por otro lado. Cualquiera sea la suerte que le toque al que terminó los estudios de derecho, este tránsito lo determinará necesariamente en el futuro, ejerza la profesión de una u otra manera. Es por ello que sigo siendo partidario de la separación entre la habilitación académica y la habilitación profesional, como dos niveles distintos de verificación de aptitudes y así lo propuse siendo legislador en reiteradas oportunidades, aunque sin éxito hasta ahora desde el punto de vista de su sanción. Pero el agravamiento de los problemas que se plantean para la abogacía en general y, por qué no decirlo, también para los constitucionalistas en particular, revelan la necesidad de darle rango legal a esta distinción y procurar entonces que para salvar a las próximas generaciones, la distinción entre una y otra habilitación lleve a que se verifiquen de manera diversa aptitudes que también son, a su vez, diversas.

IX. Principales tópicos de divergencia

Estamos ya en condiciones de mencionar brevemente cuáles han sido en el *derecho constitucional* argentino los principales tópicos de discrepancia entre las llamadas *escuelas* o *tendencias* que en algunos casos no han pasado de ser matices de orientaciones y que han signado con el tránsito de sus protagonistas por las cátedras o por los libros, debates y polémicas de enorme trascendencia para el esclarecimiento de los puntos de nuestra asignatura. Voy a limitarme nada más a los puntos que considero de mayor resonancia:

1°. *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado y la libertad religiosa.* Gran debate del siglo pasado en el momento mismo de la sanción constitucional y durante muchas décadas en que aparecía y reaparecía en el escenario como, no sólo una disputa doctrinaria, sino también como un punto de división política entre los argentinos.

2°. *La centralización o descentralización y el alcance que el federalismo argentino tiene con relación a los modelos que tuvo en cuenta y a lo que indica la práctica constitucional.* No en balde nos referíamos hace un instante a Rodolfo Rivarola que fue uno de los primeros, a comienzos de

este siglo, en advertir las tendencias que había desfigurado al federalismo argentino.

3°. *La concepción del Poder Ejecutivo.* Del debate entre el presidencialismo y el congresionalismo que no ha acabado, que no ha terminado, que ha estado presente en la última reforma de la Constitución en la que muy probablemente el fruto de las correcciones se haya visto enervado por el neto predominio que el ejecutivismo presidencialista tiene, no ya en el orden de las normas, pero sí en el orden de las conductas y de los comportamientos.

4°. *Los alcances del garantismo.* De todo el sistema de protección de derechos y libertades, de la tutela efectiva y real de esos derechos por parte de los órganos jurisdiccionales y de la aparición de nuevos derechos de última generación que vienen a completar un cuadro ya de por sí muy vasto, muy intrincado, muy complejo y que ha puesto a nuestro país, muchas veces, a la vanguardia de los sistemas garantistas. Por lo menos en la letra de las normas constitucionales.

5°. *El pluralismo.* Los alcances de este pluralismo en su doble acepción: el pluralismo de las *ideas*, que se registra fundamentalmente a través de las distintas agrupaciones, partidos políticos y entidades que las predicán y postulan; y el pluralismo de los *intereses* que completan un complejo enjambre de órganos y cuerpos en el tejido social y donde la necesidad de asegurar el interés general y el bien público por encima de la supremacía accidental de sectarismos y parcialidades, que es un problema de recurrente fluctuación en el *derecho constitucional* a los efectos de la búsqueda del punto de equilibrio adecuado, entre esos intereses y el bien general al cual nos referimos.

6°. *El poder de revisión y control.* El tema de la justiciabilidad de las cuestiones políticas, el tema de las facultades privativas, la conversión de los poderes discrecionales en poderes reglados, la necesidad de una revisión por parte de órganos independientes en que la independencia del controlante respecto del controlado asegure la mejor protección de los derechos, ha sido un tema también de importancia axial, de importancia fundamental en el *derecho constitucional*.

Y en séptimo lugar, "the last but not the least".

7°. *Los derechos sociales.* El intervencionismo estatal, la concepción de la economía, donde también el debate constitucional ha sido

profundo y las posiciones ideológicas han sido muy divergentes y, probablemente sigan estos debates *malgré* o más allá de que Fukuyama nos haya hablado del fin de la historia o que Bell nos haya hablado del fin de las ideologías. Pero probablemente como “e la nave va”, podríamos decir aquí *la vida continúa* y las discrepancias también siguen.

X. Apoyaturas teóricas

Entramos ahora en el apasionante tema de lo que son los sustentos teóricos que ofrece el *derecho constitucional*, y que obviamente registran las más variadas procedencias. No pretendo hacer otra cosa más que una enumeración, una suerte de inventario de aquellas apoyaturas teóricas que están registradas como influyentes en la formación de nuestro *derecho constitucional*, y estoy refiriéndome fundamentalmente al *derecho constitucional* del presente siglo, por cuanto el tema ya es vastamente conocido respecto de los autores fundadores del siglo pasado.

Esta enumeración no implica un orden de importancia, simplemente es una enumeración, valga la redundancia, enunciativa y no prioritaria:

1° *En la egología*. Por ejemplo: Juan Francisco Linares, al ocuparse del poder constituyente, sus alcances y relaciones con el pueblo y la opinión pública; como así también en su libro sobre el debido proceso, luego reeditado y rebautizado con el título de “La razonabilidad” revela esa vertiente aplicada a los problemas del *derecho constitucional*.

2° *En el decisionismo*. Aquellos que en nuestro país adhirieron o adscribieron a la escuela de Carl Schmitt y que fundamentalmente han explicitado los lineamientos de un autor y de una tendencia que ha exaltado el autoritarismo más allá de que la palabra o expresión *decisionismo* pudiera tener alcances más limitados (sobre esto volveremos más adelante). Los “schmittianos” más notorios en nuestro medio han sido Arturo Enrique Sampay y Marcelo Sánchez Sorondo.

3° *En el tomismo tradicional*. Aquí revistan los principales autores del catolicismo, sobre todo aquellos que han hecho una interpretación afín a ese pensamiento de muchas cláusulas del texto constitucional.

4° *En el jusnaturalismo racionalista*. Aquí se encuentra la filiación de la mayor parte de los autores liberales que han tomado el pensamiento

liminar del texto constitucional y han seguido fielmente los cartabones del llamado estado democrático y liberal de derecho.

5°. *En el trialismo*. Concepción que entre nosotros ha tenido como epígono a Werner Goldschmidt, en el ámbito filosófico, y que en el *derecho constitucional* han seguido Germán Bidart Campos y Néstor Pedro Sagüés, entre otros.

6°. *En la teoría pura del derecho*. Aquí se encuentran todos los autores de simpatía o creencia en lo que señala la escuela del gran maestro vienés Hans Kelsen, que ha sembrado no sólo discípulos en el ámbito de la filosofía, sino también del derecho constitucional y del derecho internacional. La raíz es eminentemente neokantiana.

7°. *En el sociologismo*. Fundamentalmente a partir de autores franceses y de los contemporáneos probablemente Maurice Duverger el más característico de todos ellos, cuyo aporte no sólo es valioso desde el punto de vista del ensanchamiento del objeto de la materia en el estudio del *derecho constitucional* con las instituciones políticas, sino también en la metodología a través del aprovechamiento de numerosas técnicas y enfoques provenientes de la sociología política.

8° *En la doctrina de la institución*. Donde también revistan autores franceses como Maurice Hauriou, como autores italianos, entre ellos Santi Romano y su discípulo Biscaretti di Ruffia que han tenido gravitación más allá de las fronteras de su país de origen.

Quisiera señalar con una frase de Platón una suerte de síntesis; decía el gran griego: "No hay nada más práctico que una buena teoría". Agreguemos: la buena teoría sirve también para captar mejor la realidad; y comprender la realidad no quiere decir resignarse ante los hechos. ¿Quién puede dudar de la utilidad de herramientas conceptuales, tales como la pirámide jurídica, la norma de habilitación, las mutaciones constitucionales, las lagunas? Este interrogante, requiere obviamente una respuesta categórica: *nadie* puede dudar, porque sin esas herramientas hoy en día el *derecho constitucional* quedaría manco. Es decir, le faltaría la apoyatura fundamental para sostenerse en equilibrio.

Este aspecto que estamos tratando se traduce también en la presencia de tendencias juspolíticas, pues no todos son aportes de apoyatura teórica. Tendencias juspolíticas que en la actualidad fluctúan de acuerdo al

auge o a la decadencia de las que operan en el ámbito de esta sociedad global en la cual estamos inmersos.

Podemos mencionar varias de ellas:

Hay sin ninguna duda una tendencia juspolítica *liberal conservadora* que ha tenido su influencia en el *derecho público* en general y en el *derecho constitucional* en particular.

Hay también una tendencia juspolítica liberal progresista, que se diferencia de la anterior en un mayor grado de aperturismo, de aceptación de los cambios y hacia la permeabilidad o porosidad en la incorporación de instituciones, órganos y elementos que, sin renegar de la filiación liberal, permitan una mayor adecuación de herramientas para afrontar realidades, sobre todo en tiempos de crisis, en tiempos de tránsito en que las herramientas clásicas pueden resultar insuficientes.

Hay una tercera tendencia juspolítica que podríamos llamar *democrático social*, que toma en cuenta la problemática del constitucionalismo que ahora se ha dado en llamar, desde hace algún tiempo, constitucionalismo social y que registra ya tres etapas:

—una inicial, con los problemas vinculados con el trabajo y con la propiedad (primera post-guerra mundial);

— una segunda etapa vinculada con los roles del Estado (última post-guerra mundial);

— una tercera etapa vinculada con la aparición de los llamados derechos colectivos o protección de los intereses difusos que está todavía *in fieri*, es decir en vías de ejecución y desarrollo.

Una cuarta tendencia juspolítica propensa a *procurar el desarrollo mediante un estado autoritario*, que ha tenido también predicadores por una suerte de aplicación de aquel adagio de que “el fin justifica los medios”, y en el *derecho constitucional* no ha escapado de tener cierto grado de penetración.

Y una quinta tendencia jusfilosófica que podríamos llamar *populista* que se traduce, dado su fracaso en el resultado, en un Estado anacrónico; en un Estado que tiene, hace y quiere prácticamente todo; pero que

es un Estado que no "es", ni "puede". Es decir, una suerte de frustración, entre la sumatoria de poder —por un lado— y la impotencia en los hechos de la administración del gobierno y del control por el otro lado.

En rigor de verdad, como en el constitucionalismo europeo, es difícil sustraerse a la filiación proveniente —o reflejo— de algunas de las grandes alineaciones políticas contemporáneas. Así, podríamos señalar, están en retirada tanto la *derecha autoritaria* como el *comunismo leninista-stalinista*, que se ha mimetizado a través de otras formas con el afán de poder sobrevivir.

Hay una *derecha conservadora*, que en el *derecho constitucional* expresara en su momento con toda claridad Fraga Iribarne en España por ejemplo. Hay un pensamiento *social y cristiano* que tiene también sus vertientes constitucionales. Hay expresiones del *liberalismo* y del *neoliberalismo* que campean en la mayor parte de los países del mundo y hay una expresión de *social democracia* la cual, en *derecho constitucional*, hizo muchos aportes Manuel García Pelayo en España y Antonio La Pégola en Italia, que más allá de las rectificaciones a que los hechos puedan conducirla, no se puede negar la solidez de los aportes teóricos que ha implicado en su momento.

No creo que exista cabida para otras tesis con pretensión de originalidad. Lo más probable es que se avance hacia síntesis que recepcionen o mejor y lo más fecundo de cada una de estas tendencias. Por ejemplo, así se dio en la elaboración de la Constitución española, donde la ponencia constitucional —como así se la llamaba— fue el fruto del trabajo en común de políticos y juristas provenientes de varias de estas tendencias que acabo de mencionar.

XI. Tendencias jusfilosóficas

Los ejemplos más destacados y destacables de las tendencias desde el punto de vista de la jusfilosofía que han gravitado en el *derecho constitucional*, son múltiples. Sería imposible, en un trabajo de estos alcances limitados, pretender abarcar toda la nómina. Pero no puede ocultarse que ha habido *influencias transitorias* y hay *influencias permanentes*, o de otra manera, puede decirse que hay *influencias coyunturales* y hay *influencias estructurales*. Algunas no han durado lo que dura un lirio, otras mantienen vigencia más allá del transcurso de los años y de las décadas. Algunas han tenido una connotación política muy marcada, otras se han

caracterizado por la aspiración a la colocación en un plano superior más allá de las parcialidades de la lucha política.

Voy a tomar solamente en consideración algunos casos; con mucha pena quedarán fuera del análisis autores como Rudolf Smend, de tanta influencia a partir de la década del '20 en Europa y también en América con su teoría integradora expuesta en su obra "Constitución y Derecho Constitucional". Autores franceses como León Duguit, como Maurice Hauriou, como Carre de Malberg y muchos otros. Me limitaré simplemente a una breve mención de Kelsen, de Schmitt y Heller.

Del maestro vienés sería mucho lo que se podría señalar respecto de sus aportes concretos; pero más vale hacer una síntesis de lo que son sus rasgos dominantes o predominantes en el pensamiento, que partiendo de la filosofía, cobra particular relieve cuando se aplica al *derecho constitucional*. Se lo ha criticado como un *normatista puro* y como autor o predicador de una creación de normas sin poder. Sin embargo, su apoyatura en la norma fundamental vale para la construcción de todo un andamiaje en el que se encuentra —allí, en esa norma fundamental, en esa norma hipotética— el origen lógico de la constitución y de allí deriva la validez tanto de la Constitución positiva como de las normas que de ella se derivan, y hasta de sus propias reformas. Allí está el origen lógico de la Constitución, en una norma supuesta —no puesta— sino supuesta. Funciona como una hipótesis jurídica porque fundamentalmente establece y presume la autoridad constituyente. Es la que le da validez a la Constitución original y de allí en más a las demás Constituciones jurídico positivas. Pero el contenido de la Constitución proviene del acto de voluntad empírico de la autoridad constituyente, y esto Kelsen lo deja muy en claro. De modo que hay dos conceptos de Constitución:

La Constitución *lógico jurídica* y la Constitución *jurídico positiva*.

Schmitt está en otra vertiente totalmente distinta: *existencialista*. Y su decisionismo. Así como se le ha reprochado a Kelsen la creación de normas sin poder, a Schmitt podría reprochársele el establecimiento de un poder sin normas. La Constitución "*positiva*", no es en absoluto algo normativo sino que vale en virtud de la *voluntad* política existencia del que la da. Vale porque es.

Es curiosa la evolución del aprovechamiento político que se ha hecho del pensamiento de Carl Schmitt. Fue el hombre de las derechas extremas

europas, fue un hombre que alumbró el pensamiento que sirvió a los regímenes autoritarios de la década del '30. Se caracterizó por defender esos regímenes y atacar despiadadamente a la Constitución de Weimar y a la república que se asentaba sobre ella. Con el transcurso de los tiempos, sirvió luego de fundamento a los intentos políticos de la izquierda contestataria y antiparlamentaria que hizo eclosión en la década del '60 y del '70 en Europa.

Se cumplió con Schmitt aquello de que *nunca se sabe para quién se trabaja*. Trabajó para algunos y lo usaron otros. Su vida fue académica y sus compromisos políticos lo llevaron a sufrir o a vivir las vicisitudes propias de los regímenes a los cuales socorrió. Estuvo un año en la cárcel y a un paso del banco de los acusados de Nüremberg y perdió para siempre el derecho de enseñanza universitaria en Alemania.

Esta paradójica difusión póstuma que ha tenido, se debió en gran medida a su rescate por el régimen español de la época del generalísimo Franco. Ya que la concepción del *führer prinzip* venía a servir de medida a la concepción del caudillo. Su concepción del soberano como el que decide sobre el estado de excepción, como el que decide sobre las emergencias, llevó a agrandar el Estado absoluto. De alguna manera el pensamiento de Schmitt fue el retorno al absolutismo de Estado. Era, en eso sí, coherente en su reproche a la Constitución de Weimar a la cual él imputaba ser una Constitución sin soberano, por la falta de decisiones o de centros de decisiones que pudieran resolver sobre los problemas de excepcionalidad. Clamó siempre por un poder fuerte.

Desde luego no simpatizó ni con la democracia ni con el liberalismo, o por lo menos su concepción de la democracia, no fue la que de ella tiene el liberalismo político constitucional. Como muy bien se ha señalado en *L'Expresso* del 26 de octubre de 1986 "Schmitt hizo separar con objeto evidente la democracia como identidad de la discusión pública atribuida al liberalismo y degradar esa discusión pública al rango de una aclamación sin discusión"; y aquí, obviamente su crítica ha tocado al núcleo del racionalismo occidental que está basado en la duda metódica, en la discusión, en el debate y no en la aclamación ciega, irracional y masificada.

Su aprovechamiento por las izquierdas contestatarias se explica por su neta separación entre lo jurídico, lo político y lo ético. Ese pasaje del universo al pluriverso político —aquello que Max Weber definía como el politeísmo de los valores—, fue llevado por Schmitt al punto de que fuera

en definitiva aprovechado por aquellos a quienes él más despreciaba. Lo que ocurre es que esas izquierdas contestatarias necesitaban también emancipar lo jurídico de lo político, de instalar un centro de fuerza y de poder que se justificara, más allá y aun en contra de las limitaciones establecidas por el mundo jurídico. El trabajo al cual me refiero de *L'Espresso* del año 1986, llama "tardíos" a los epígonos de la izquierda que tuvo en Italia y en Europa.

También refiriéndonos a Carl Schmitt no podemos dejar de recordar sus altos compromisos con el régimen establecido en Alemania en 1933. El haber aceptado sucederlo a Kelsen en la cátedra que éste había perdido en Colonia, a raíz del surgimiento del nazismo y su arribo al poder. En 1934 el Frente de Derecha alemán requiere un artículo para celebrar el primer aniversario del acceso de Hitler al poder. El escribe un aporte titular "Los tres tipos de pensamiento jurídico" distinguiendo entre el pensamiento del modelo normativo, el de modelo decisionista y el tipo institucional. Toma partido por los elementos de unidad política. Piensa en definitiva mucho más cerca de Hobbes que de Locke. Es la voluntad la que hace la ley, no la razón ni la historia las que engendran la norma.

Recorriendo la lectura de un trabajo publicado y comentado por André Tunc, publicado por la colección de *Tríos petit société* en París en 1955, del propio Carl Schmitt, titular "Los tres tipos de pensamiento jurídico" (es un trabajo, por supuesto, editado después de su fallecimiento), sólo quiero citar una frase de su libro "La dictadura" edición Revista de Occidente, Madrid. Donde dice: "Puede llamarse dictadura a toda violación de principios democráticos que tenga lugar por vía de excepción, a todo ejercicio de la dominación estatal que prescinda del asentimiento de la mayoría de los gobernados. Si se establece como ideal político de validez general semejante ejercicio democrático de la dominación, es dictadura todo estado que no respete estos principios democráticos. Y si se adopta como norma el principio liberal de los derechos humanos de libertad inalienables, entonces también aparece como dictadura una violación de estos derechos, aún cuando se apoye en la voluntad de la mayoría. La dictadura puede, así, significar una excepción tanto a los principios democráticos como a los principios liberales, sin que ambas excepciones tengan que aparecer unidas. Lo que tiene que valer como norma puede ser determinado positivamente mediante una Constitución y también mediante un ideal político. Por eso, al estado de sitio se lo llama dictadura debido a la suspensión de preceptos positivos de la Constitución".

Mi comentario a este párrafo de la famosa obra homónima de Carl Schmitt es que, desgraciadamente, para él la excepción es la regla y no la excepción es la excepción. Predica al estado de sitio como una suspensión de la Constitución, cuando en realidad la gran temática del constitucionalismo democrático del siglo ha sido involucrar a las excepciones en la regla, regir a las emergencias por el derecho, limitar los poderes extraordinarios y sujetar todo al control, a fin de preservar la superlegalidad constitucional aun en las circunstancias de mayor punto crítico. Lo contrario es ruptura y rotura de todas las reglas del juego, es decir, la ley de la selva. El principio tan querido por Carl Schmitt del *führer*, del líder, del conductor, es en definitiva el principio del superhombre al cual adhería el nazismo a través de concepciones originariamente hegelianas. Carl Schmitt corrobora aquello de que Hegel ha sido fuente para ambos extremos. Hegelianos de izquierda y Hegelianos de derecha. Tanto lo de un tipo como de otro han sido los que han consagrado el abuso del poder y el desprecio por las limitaciones y el control.

Paso a referirme al pensamiento de Herman Heller, autor vastamente conocido en nuestro medio que produjo una construcción dialéctica de la realidad estatal, procurando una unidad dialéctica con métodos no sólo dialécticos sino también fenomenológicos. Buscó una conexión indisoluble entre el *mundo real* y el *mundo cultural*. Lo que en el primero era normalidad en el segundo normatividad. A lo sociológico correspondía lo cultural, lo jurídico. Al poder en lo real correspondía el derecho en lo cultural. A la voluntad correspondía la norma. A la eficacia, la validez. Al acto, el sentido. A la realidad, la significación. A la subjetividad, la objetividad. Eran dos mundos: el *mundo real* con normalidad, sociológico, poder, voluntad, eficacia, actos realidad y subjetividad y del mundo del ser. Y el *mundo cultural* con normatividad, con lo jurídico, el derecho a la norma, la validez, el sentido, la significación y la objetividad, el mundo del deber ser.

Para Heller podía ocurrir que la Constitución no normada y la Constitución normada coincidieran, que fueran la expresión de la realidad. Pero también para Heller podía ocurrir, que no coincidieran. La constitución normada se presenta o aparece contra la realidad, es decir, falta su confirmación en la vida humana. Y muchas veces es así. La Constitución normada jurídicamente se halla en oposición con normas no jurídicas y con normalidades, en lugar de ser completada por ésta.

La creación de normas por el Estado no crea un hecho válido sino sólo el *plan* dice Heller, el plan de un derecho que se desea para el futuro. Esta *oferta*, subraya Heller, que el constituyente o el legislador hace a los destinatarios de la norma, sólo produce derecho vigente en a medida en que las normas salen de su existencia en el papel para confirmarse en la vida humana como poder.

Puede faltar esa confirmación por diversos motivos, ya porque la vida no precise de tales normas, ya porque las rechace; y en tales casos la *normatividad pierde su fuerza normalizadora*.

En última instancia siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución *real* consiste en las relaciones reales de poder.

Pero en todos los casos en que el poder propio del depositario supremo de poder impulsa con éxito a las normas constitucionales, se da la posibilidad —no obstante las firmes barreras del estado de derecho— *de una creación jurídica por violación del derecho*.

La cruda conclusión de Heller es:

Por muchos controles que se establezcan, nunca podrá resolverse el problema. *¿Quis custodet custodem?* No hay forma ninguna de inviolabilidad de las normas constitucionales que pueda detener revoluciones y restauraciones; ninguna división de poderes de *derecho constitucional* puede impedir que en un conflicto insoluble —por ejemplo— entre el gobierno y el parlamento, decida a falta de una unidad superior de acción, el poder prácticamente más fuerte, realizando así la necesaria unidad del poder de Estado.

Como se podrá apreciar el pensamiento de Heller no es un pensamiento decisionista, pero es un pensamiento realista que de alguna manera reconoce la enorme fuerza de la suma de los factores reales de poder y la enorme debilidad de la *Constitución normativa*. Algo nos trae a colación de esto Karl Loewenstein, cuando compara la Constitución con un traje y en esta clasificación ontológica distingue entre la constitución normativa —que es precisamente la que tiene vigencia—, la *Constitución nominal* —que es la que admite las disparidades entre la vigencia y la realidad— y la *Constitución semántica* que es un verdadero disfraz y no una Constitución ni una norma, sino la máscara de los dictadores.

XII. Excesos y desviaciones: ejemplos destacados y destacables

Vale la pena referirse ahora a los excesos y desviaciones.

En todas las escuelas y en todos los pensamientos los hemos visto y los hemos comprobado; algunos de ellos son los siguientes:

1° *El hipernormativismo* se limita a la exégesis, es formalismo constitucional. Sólo valen las normas, sólo se ve la norma y hay una ceguera para ver cualquier otra cosa que no sea la norma.

2° *El hiperfactualismo* lleva a lo que podríamos llamar el *conductismo constitucional*, pues se parte de una especie de *behaviourismo* en virtud del cual sólo se toman en cuenta los comportamientos, las actitudes y en definitiva se cae en la resignación ante los hechos consumados. Es el reconocimiento de la fuerza al margen del derecho. El predominio del poder al margen de la Constitución.

3° *El hiperideologismo* está basado fundamentalmente en un axiologismo constitucional. Y a partir del jusnaturalismo ha transitado por diversas ideologías, algunas basadas en la eminente dignidad de la persona humana, en la limitación del poder y en el pluralismo; y otras basadas en los anti-valores o contra-valores, es decir en las antípodas de ese pensamiento.

En definitiva estas tres alternativas consideradas aisladamente, han llevado a excesos muchas veces fatales para un pueblo y, en algunos casos, a la humanidad toda. Por eso es que hay que hacer una propuesta (una propuesta de trabajo) y es menester que en el *derecho constitucional* se tomen por lo menos en consideración estas tres aspiraciones:

1° A) A trabajar sobre la *base* de una teoría del Estado y de la Constitución.

B) A trabajar en el *marco* de una teoría general del derecho.

2° Pasar de la retórica al *análisis* y al pensamiento *crítico*.

3° Superar las limitaciones de la exégesis y trabajar con la plenitud del método. Es decir, procurar una *apertura reflexiva*.

Sólo así podremos superar algunas de las limitaciones que nos tienen, hasta ahora, reducidos a una visión parcial del fenómeno constitucional. ¿Por qué digo parcial? Porque hemos cultivado una especie de localismo constitucional, ha habido un aislamiento de los constitucionalistas que para el pasado se explica, pero que para el presente ya no se justifica y creemos necesario superarlo. El *derecho constitucional* es el área del derecho más propensa a la confluencia entre ciencia y política, pues en el *derecho constitucional* hay una oportunidad recurrente de hacer política arquitectónica, es decir, política de edificación. Apuntar a la política plenaria y no quedarse reducida a los confines estrechos de la política agonal, para usar una terminología aristotélica.

Lo riesgoso es mantener a las formulaciones del *derecho constitucional* en una vía permanente de política agonal; lo que a menudo ocurre porque muchos constitucionalistas son políticos "contenidos" o constitucionalistas "de ocasión" (sic.).

Entonces surge la pregunta ¿cuál es el aporte arquitectónico? Y la respuesta es: definir modelos, precisar modelos. O mejor dicho: explicitar esos modelos y confrontarlos con la realidad. Pero en esto debemos ser perfeccionistas y no perfectistas.

XIII. Niveles de estudio y enseñanza

Ha habido diversas maneras de devaluar o minimizar el *derecho constitucional*, cuestión esta que debe preocuparnos si queremos realmente hacer del *derecho constitucional* una disciplina técnica y científica. De todos modos partiendo como de costumbre de los datos de la realidad no podemos dejar de considerar cuáles son los estilos con que se ha practicado la enseñanza y el tratamiento constitucional. Por ejemplo, podemos mencionar el *derecho constitucional oratorio* o *declamatorio*, muy común en el siglo pasado en los albores del pensamiento constitucional. Fundamentalmente se dedicaban a él los políticos de moda, aquellos que asumían responsabilidades y que tenían a su cargo transitar la mayor parte del tiempo de su espacio vital en el ámbito de la lucha, en el ámbito agonal.

Tenemos también el *derecho constitucional anecdótico*, aquel que se funda básicamente en episodios, en circunstancias, en coyunturas, en recuerdos; que suelen ser importantes, que hay que traerlos a colación, que es menester valorarlos; pero que no son suficientes. Son condición necesaria pero no suficiente en la edificación del *derecho constitucional*.

Tenemos el *derecho constitucional puramente histórico*, es lo que podríamos llamar el derecho "*paleo-constitucional*". Que para algunos podrá significar fósil y antiguo, pero que tampoco podemos prescindir de él, porque todo se basa precisamente en la historia, porque todo viene de algo o conduce a algo y nada surge del vacío o de la nada.

Tenemos el *derecho constitucional periodístico* y al respecto debemos recordar las prevenciones de Ortega y Gasset, el gran pensador español. De él haremos una cita de su obra "Misión de la Universidad" en la cual nos advierte: "Cuanta más importancia sustantiva y perdurante tenga una cosa o persona menos hablarán de ella los periódicos, y, en cambio, destacarán en sus páginas lo que agota su esencia como suceso y da lugar a una noticia; y agrega después "Es, pues, cuestión de vida o muerte para Europa rectificar tan ridícula situación. *Para ello tiene la universidad que intervenir en la actualidad como tal universidad*, tratando los grandes temas del día desde su punto de vista propio cultural, profesional o científico. De este modo no será una institución sólo para estudiantes, un recinto ad usum delphinis. Sino que, metida en medio de la vida, de sus urgencias, de sus pasiones, ha de interponerse como un *poder espiritual superior* frente a la prensa, representando la serenidad frente al frenesí, la seria agudeza frente a la frivolidad y la franca estupidez. Entonces volverá a ser la Universidad lo que fue en su era mejor: un principio promotor de la historia europea".

Esta invocación de Ortega y Gasset sirve para dos cosas:

Primero, para tomar en cuenta que en el *derecho constitucional* la realidad actual y presente es fundamental; por eso siempre hemos insistido en que los alumnos, ya va de suyo que también los profesores, deben leer los diarios consentido crítico y basar gran parte de sus clases en esa lectura y su comentario.

Y el segundo punto que queremos subrayar a propósito de la reflexión de Ortega es que la verdadera antinomia no es a del científico frente al político, que intentara Max Weber en su momento, sino la del universitario frente al charlista. Somos y seremos grandes defensores de la libertad de prensa, de la libertad de crítica, de la libertad de manifestación. Somos y seremos grandes partidarios del pensamiento analítico, reflexivo y de la duda metódica; pero obviamente el universitario supone contacto con la realidad, pero también supone distancia frente a las luces artificiales de la

coyuntura cotidiana que muchas veces enceguecen e impiden ver el curso de un proceso histórico superior.

XIV. El denominado derecho constitucional "clásico" y el "nuevo" derecho constitucional

Mucho nos ha ilustrado sobre este tema el maestro Segundo V. Linares Quintana. Incluso una obra con el título "La nueva ciencia constitucional y política" fue oportunamente publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Quisiera en pocas palabras señalar lo que estimo el tránsito entre esas dos etapas que Linares ha llamado el "clásico" y el "nuevo" *derecho constitucional*. Y paso a expresar al mismo tiempo las opiniones que me pertenecen y que de ninguna manera comprometen al autor de la distinción.

El *derecho constitucional "clásico"* surge paralelamente al fenómeno de la codificación. Hay un paralelismo entre era constitucional o surgimiento de la era constitucional, el fenómeno de la codificación y el llamado *derecho constitucional "clásico"*.

—¿Qué estudiaba el derecho constitucional "clásico"?

El orden constitucional.

—¿A qué apuntaba el derecho constitucional "clásico"?

A las normas contenidas en las Constituciones escritas.

¿Qué método utilizaba?

El de la exégesis.

¿Qué resolvió el derecho constitucional "clásico"?

Problemas de interpretación

—¿Qué metodología utilizaba?

La metodología de la ciencia jurídica.

Por eso el *derecho constitucional "clásico"* corresponde a un Estado predominantemente abstencionista. Recordemos aquello tan reiterado

de que "el menor Estado era el mejor Estado". Corresponde a la era del apogeo de los derechos individuales. Corresponde al predominio de la igualdad formal, no se hablaba aún de la igualdad de oportunidades.

El *derecho constitucional "clásico"* rindió culto a la doctrina y al ideal del "progreso indetenible" que tantos servicios ha prestado al crecimiento material y espiritual de la humanidad, más allá de sus vaivenes.

Por eso el *derecho constitucional "clásico"* corresponde a la práctica de la interpretación "estática" de la Constitución.

Y, por último, el *derecho constitucional "clásico"* erige en el pináculo el culto a los derechos públicos subjetivos.

Gloria y loor al *derecho constitucional "clásico"* más allá de sus defectos y más allá de su superación, pues grandes servicios prestó a la causa del desarrollo de la personalidad humana en sus más variados aspectos, desde el punto de vista de la libertad y de los derechos.

—¿Qué es el "nuevo" derecho constitucional?

Es el enfoque que armoniza al orden constitucional de las normas con el orden político de los hechos y de las realidades. Es *el derecho constitucional* que suma las normas a las instituciones en funcionamiento, comprendiendo hechos, ideas, fenómenos y procesos.

El *derecho constitucional "nuevo"* practica la observación, apunta al comportamiento.

—¿Qué resuelve el derecho constitucional "nuevo"?

Resuelve problemas de funcionalidad.

—¿De qué metodología se vale?

El "nuevo" derecho constitucional se vale de la metodología de las Ciencias Sociales en general y de la Sociología Política en particular.

Hay una múltiple correlación entre las transformaciones de la sociedad y de las relaciones sociales grupales. Entre las transformaciones del Estado pasivo al Estado activo. Entre las transformaciones del derecho

constitucional "viejo" y "nuevo". Entre las transformaciones de la interpretación "estática" a la interpretación "dinámica". El salto de la una a la otra. En las transformaciones de las creencias del individualismo al solidarismo. En las transformaciones de los derechos individuales hacia su complemento, los derechos llamados sociales.

En síntesis el "nuevo" derecho constitucional toma en cuenta el Estado activo, toma en cuenta los derechos sociales, presta atención a una sociedad desigual, toma nota de la crisis y de los retrocesos constitucionales. El "nuevo" derecho constitucional transita la interpretación dinámica y procura además que los derechos públicos subjetivos se transformen en una protección erga omnes frente a cualquier lesión, provenga de donde provenga, ya sea de los derechos individuales mencionados o de los derechos sociales incumplidos.

Por último cabe señalar que las Ciencias Sociales suministran apoyo metodológico: técnicas, tanto cuantitativas como cualitativas, y enfoques (approach o acercamiento), que son instrumentos auxiliares, que aportan elementos y herramientas a ser aprovechados por los dos métodos o caminos científicos a saber: la inducción y la deducción, que son métodos permanentes en el trabajo científico.

XV. Caminos, actitudes y propuestas

Tres caminos se han visualizado en el complejo mundo del derecho inmerso en la realidad política. Este siglo que culmina ha presenciado el camino del *individualismo*, el camino del *colectivismo* y el camino del *solidarismo*.

¿A qué han correspondido cada uno de estos tres caminos?

El camino del *individualismo* ha apuntado al *statu quo*. Ha practicado un estilo de conservadurismo. Ha soportado situaciones de agonía. Algunas veces se ha contaminado con el reaccionarismo. Se ha conformado con la igualdad formal. Muchas veces se limitó a una democracia "gobernada" como la llamaría George Bourdeau. Ha sido predicador del Estado abstencionista. Ha defendido a la Constitución liberal y ese ha sido su principal mérito. Ha tomado a la sociedad como un ente abstracto. Sólo ha querido ver derechos individuales. Y ha defendido también, y es otro método, a la democracia política. Su balance, pese al transcurso del tiempo es positivo.

En segundo lugar veamos el cambio del *colectivismo*, que ha predicado el cambio violento, ha apuntado a la revolución, ha practicado la violencia. Ha establecido el totalitarismo, ha encandilado con la utopía de una igualdad opresiva, que no es igualdad. Ha ejercitado hasta el hartazgo la dictadura de grupo o de clase. Ha coronado el Estado absolutista agravado con respecto a sus predecesores de muchos siglos atrás. Ha sancionado Constituciones absolutistas. Para el colectivismo el Estado es todo, el individuo sólo tiene deberes y se ha limitado a consagrar monocracias y autocracias, desplazando a las democracias políticas.

El tercer camino ha sido el del *solidarismo*. Ha predicado un cambio encausado, lo ha hecho por la vía de la reforma. Ha señalado la necesidad de respetar la evolución y no la revolución, ni la violencia. Ha procurado el progresismo. Ha hecho una bandera fundamental del principio de la igualdad de oportunidades, del derecho de acceso. Ha implantado prácticas de "democracia gobernante", para seguir con la metodología de aquél ya recordado autor francés Bourdeau. En algunos casos, ha exagerado la nota del Estado de Bienestar. Su lema ha sido propio del constitucionalismo social. Ha encarado a la sociedad como una realidad plural y entendió siempre que el estado debe reflejar esa composición plural. Ha defendido los derechos sociales tratando de ensanchar su órbita y ha acuñado la expresión de una democracia social como complementaria de la democracia política: pero netamente distanciada, opuesta y enfrentada a las monocracias y autocracias.

La nota fundamental de distinción y de oposición del constitucionalismo social con las pretendidas originalidades del constitucionalismo totalitario, radica en la preservación demarcatoria entre las órbitas de la Sociedad y del Estado. Esa línea podrá variar; querer petrificarla es tan erróneo como querer petrificar los textos constitucionales; pero lo importante es el rescate de la *seguridad jurídica* que como valor forma parte del concepto material del "estado de derecho, o sea:

1° "Una estabilidad calculable de las relaciones entre gobernantes y gobernados".

2° "Evitar la quiebra de la previsibilidad en lo concerniente al ejercicio del poder público".

Así, tan sabiamente lo ha dicho nuestra Corte Suprema de Justicia en el ya célebre caso "Abal vs. El diario La Prensa" ("Fallos" 248:291).

Un gran autor español contemporáneo y juez del tribunal constitucional, Manuel Jiménez de Parga, ha formulado algunas reflexiones que tomo del *A B C* del 1° de mayo de 1998 a propósito de la proyección constitucional en un marco superior que es el del continente europeo, y ha dicho: "Mientras que la Unión Europea avanza en el campo económico, el derecho social se ha paralizado, o retrocedido incluso". Jiménez de Parga sostiene "que las acciones públicas previstas en el tratado de Amsterdam para proteger los derechos sociales son insuficientes, corriéndose el peligro de que se configuren sociedades duales, con tasas elevadas de desempleo, en los estados de la Unión Europea". Para este autor, cuya posición política no es precisamente la de un revolucionario ni la de un izquierdista, ni el diseño del trabajo de Maastricht ni el de Amsterdam resulta satisfactorio pues los gobiernos europeos se resisten a que los derechos sociales tengan el mismo tratamiento de igual protección que los derechos de contenido político. Me he permitido traer a colación esta reflexión de Jiménez de Parga, porque creo que más allá de los excesos incurridos por el Estado de Bienestar, tan erróneo puede resultar volver a los excesos del egoísmo individualista. Entre el individualismo egoísta y el altruismo solidarista es menester procurar un punto de equilibrio para que las democracias no vuelvan a estar sometidas al bombardeo constante de los extremismos de izquierda o de los extremismos de derecha, según las circunstancias. Es absolutamente necesario que se encuentre una respuesta para ese punto de equilibrio y que lo social, que está en la Constitución de España, que está en la Constitución de Francia, que está en la Constitución de Italia, que está en la Constitución de Alemania, no sea mala palabra. Ya sea porque asuste a algunos como timoratos o ya sea que asuste a otros por excesos injustificados.

Paso ahora, dentro de este acápite a reforzar la afirmación hecha anteriormente en torno a la necesidad de una actitud analítica, científica y reflexiva en el tratamiento del *derecho constitucional*.

La seriedad metodológica tampoco es excusa para pretendidas asepsias: todo el derecho político constitucional está inficionado de un sustratum de filosofía política; en definitiva, la gran opción es democracia o autocracia. Sobre esa opción permanente e imponente entre democracia y autocracia haré las reflexiones finales de este trabajo en el último capítulo. Por ahora baste decir que las respuestas que brinde el *derecho constitucional* son técnico-políticas, pero repararemos en lo siguiente:

- a) No pueden separarse de la teoría.
- b) No puede prescindirse de la realidad.
- c) No pueden divorciarse de los fines ya que la escala axiológica penetra en dos ámbitos, tanto el de la interpretación como en el ámbito del poder.

¿Y por qué penetra en todos los ámbitos y por qué no pueden divorciarse de los fines?: sencillamente porque están en juego los valores.

Vemos cómo en Europa el microanálisis lleva a la sofisticación constitucional, mientras que en América es menester un macro análisis porque sobreviven problemas de legitimidad, de continuidad, de estabilidad, de efectividad y vigencia de los sistemas constitucionales que aún abruman a muchos pueblos. Y situaciones no lejanas sino actuales, como la del debate constitucional en Venezuela en estos momentos, nos abren serios interrogantes y yo diría hasta serias angustias en torno a la suerte del modelo constitucional de equilibrio que siempre hemos predicado.

Decía hace años el profesor René Palestra que ser profesor *de derecho constitucional* es ser un humorista o un cómico. También se podría decir que en algunas regiones del planeta, el constitucionalismo pertenece al ámbito de los espectáculos surrealistas, por los contrastes entre la normalidad y la normatividad.

También podríamos decir que para muchos, durante décadas y décadas, la teoría y la práctica del *derecho constitucional* ha sido un ejercicio de masoquismo. Muchos han resultado denodadamente esforzados en ese intento, pero también muchos resultados han sido desalentadores y han sido casi causales de enfermedad para quienes han tenido la obsesión por salir de la teoría para llegar a la vigencia constitucional.

Yo prefiero encarar las cosas así:

1° *Hay un derecho proto-constitucional*. Proto es un prefijo que significa prioridad, preeminencia o superioridad, según el diccionario de la Real Academia española. Pero que en rigor, quiere significar algo tan embrionario como es la proto-historia, o sea, el período histórico en que faltan la cronología y los documentos, basado únicamente en

tradiciones o inducciones. Este derecho proto-constitucional es *un derecho constitucional* en gestación, impreciso, que puede llegar a ser, pero que todavía no es enteramente. Cabe señalar que en algunas partes del mundo y en algunos momentos históricos asistimos todavía a resabios de un derecho proto-constitucional.

2° *Hay un derecho retro-constitucional.* Retro es una partícula prepositiva que lleva al lugar del tiempo anterior la significación de las voces simples a que se halla unida. Esto quiere decir, que cuando hablamos de un derecho retro-constitucional hablamos de un *derecho constitucional* añorante de la *belle époque*, cuando los desfases entre las normas y los procesos políticos no excedían de cierto margen. Está de moda el retro en todo, pero el retro evidentemente no sirve para abrazar y abarcar el futuro constitucional y muchas veces tampoco nos resulta útil: es un gran contrapeso para poder abordar el presente constitucional.

Tres actitudes corresponden frente a estas situaciones que estamos analizando; a mi entender son:

— la de la *resignación constitucional* propia de los que predicán el hiperfactualismo; otra actitud posible es

— la de la *utopía constitucional*, que es la de los perfectistas de la "ciencia-ficción"; y por último

— la actitud del *realismo vs. simulación constitucional.*

Entiendo que esta última es la opción verdadera: realismo frente al espejismo o a la falsedad de las formulaciones que no tienen andamiento ni viabilidad, por lo tanto no pueden despertar confiabilidad ni credibilidad en las sociedades a las cuales están destinadas.

Predicar el *realismo* en materia constitucional no significa ni se puede entender como un abandono de las premisas ideológicas que todo constituyente tiene; tampoco es un sometimiento resignado a la adversidad de circunstancias políticas. La actitud realista es un compromiso en proporción a los medios y posibilidades que brinda al constituyente el grado de desarrollo y crecimiento de país, *aquí y ahora*. El *realismo* es pues, la no-utopía constitucional; es el conocimiento de la realidad y —por lo tanto— de la viabilidad del modelo que se propicia. También es conocer los intereses en juego, sus fuerzas y sus perspectivas de obstrucción o de

favorecimiento con respecto al modelo constitucional propuesto (Vannossi, "Teoría constitucional", t. II, p. 544).

Y allí nuestro concepto mismo de Constitución. ¿Qué entendemos por Constitución? Y la respuesta la tenemos, a nuestro entender, en la siguiente formulación. La *Constitución* es el enunciado institucional de las grandes "reglas del juego" político y social que una comunidad adopta para un cierto tiempo de su devenir histórico, a través de un determinado reparto de competencias y con proyección u orientación hacia ciertos fines en los que la sociedad vivencia o visualiza su porvenir.

Esa Constitución es *real*, cuando dichas reglas del juego se pueden aplicar, es decir, cuando son aptas para su viabilidad, y cuando están comprometidos en su cumplimiento los principales agentes protagónicos de ese tiempo, o sea, que tiene vigencia y efectividad. Se entiende por agentes protagónicos a las fuerzas sociales operantes en la comunidad, que reflejan una diversidad de intereses e ideas.

La expresión normativa de ese enunciado institucional de las "reglas del juego", recibe el nombre de *Constitución jurídica* del Estado, la que —por lo general— está recepcionada en su *Constitución escrita*.

XVI. El derecho constitucional latino y latinoamericano

Queremos exponer ahora algunas ideas generales sobre la originalidad del constitucionalismo latino; simplemente vamos a enunciarlas a través de once puntos en los que pretendemos sintetizar aquello que realmente lo hace merecedor de un especial homenaje.

Ideas generales sobre la originalidad del constitucionalismo latino

I. El constitucionalismo latino ha enfatizado los presupuestos de una concepción *personalista* de la Sociedad y del Estado, en oposición a las concepciones *transpersonalistas* que conducen a la negación de los derechos subjetivos de la persona humana.

En el constitucionalismo latino se parte siempre del reconocimiento de dos pilares básicos, que son:

a) *el pluralismo*, como punto de partida para el establecimiento de una democracia pluralista y abierta; y

b) el *dualismo* entre la Sociedad y el Estado, como reconocimiento preliminar de las limitaciones del poder estatal y del ámbito de la acción humana para la libre creación.

II. En los orígenes del constitucionalismo latino pueden encontrarse las dos vertientes de la concepción filosófica contractualista que alimentan a las orientaciones del "democratismo" y del "liberalismo": el pensamiento de Rousseau y el de Sieyès, respectivamente.

No por casualidad es Sieyès, un latino, el mismo inspirador de las tres doctrinas fundamentales para el Estado constitucional moderno: a) la representación política, b) el poder constituyente, y c) la necesidad del control de constitucionalidad sobre las leyes.

III. Sin negar las notables aportaciones de Locke, ni la arraigada práctica establecida en U.S.A. a partir de la Constitución de Filadelfia, cabe empero resaltar el pensamiento de Montesquieu y la prédica doctrinaria y política de Benjamín Constant, para perfilar adecuadamente la doctrina de la separación de los poderes y el establecimiento de una monarquía constitucional.

Así como la Constitución francesa de 1791 apareció como el arquetipo inicial de la monarquía constitucional, la Constitución francesa de 1793 significó en su momento la expresión más radicalizada del "democratismo" constitucional, mucho antes que en el siglo actual se formularan los primeros ensayos de régimen de "asamblea" o "convención".

De ahí en más, las ofertas de modelos constitucionales se han multiplicado en el mundo latino, mientras que los anglosajones han permanecido más inclinados hacia la cristalización de su modelo de organización política, acaso sin quererlo expresamente y nada más que como consecuencia de una prolongada continuidad constitucional.

IV. Para los sajones, el concepto de Constitución se resume en la idea de un "instrumento de gobierno"; mientras que para los latinos se parte de la afirmación de que es, ante todo, una "ley de garantías".

La síntesis final de esta polarización de enfoques está lograda en el art. 16 de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789) donde se dice: "Toda sociedad en la cual la

garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene Constitución”.

V. El *derecho constitucional* germánico se ha nutrido preferentemente en las fuentes de la Teoría del Estado, cuyas aportaciones más valiosas ofrecen una vasta gama de vertientes filosóficas y políticas: Jellinek, Kelsen, Heller, Schmitt, entre otros. Después de 1945, se nota también un resurgimiento de las corrientes iusnaturalistas. En el pensamiento constitucional latino, la raíz del “institucionalismo” ha demostrado tener fuerza suficiente para disputar al puro racionalismo el monopolio de la inspiración teórica. Los nombres de Hauriou, Orlando y Santi Romano, entre otros, son ejemplos de esa vigorosa presencia, con repercusión mundial.

VI. Las Constituciones latinas —en línea general— exhiben modelos muy evolucionados de instrumentos constitucionales conducentes al aseguramiento de la *eficacia* y del *control* en el funcionamiento del aparato estatal.

En cuanto a la Libertad, se puede aplicar a las constituciones europeas el mismo perfil trazado por Ortega para tipificar a grandes rasgos las inclinaciones de las respectivas escuelas filosóficas: así, mientras que en Alemania domina la idea del “poder” y en Inglaterra predomina el criterio del empirismo y la practicidad, en los países Latinos prevalece la preocupación por el aseguramiento de la *Libertad*.

Es por ello que quizás sea recomendable en la enseñanza del *derecho constitucional*, el tratamiento pedagógico y metodológico de los franceses, que dividen su estudio en las Facultades de Derecho, en dos materias que reflejan la importancia asignada a la defensa de la libertad: a) el curso de “Derecho constitucional e Instituciones Políticas”; y b) el curso de “Libertades Públicas”.

VII. Desde el punto de vista de la efectividad de los derechos y garantías, el constitucionalismo latino tiene percepción y conciencia de que la temática contemporánea no es la misma del siglo pasado, en que las clases dirigentes se satisfacían con la proclamación de los Derechos. Hoy, en la actual evolución de los requerimientos sociales, toda la sociedad exige procedimientos e instrumentos para la *efectivización* de los derechos.

Más aún, se exige del Estado la creación de las condiciones de hecho y de derecho que permitan una más real igualdad de oportunidades,

superando así los esquemas de a mera igualdad formal. La Constitución de Italia de 1948 —que es anterior a la Ley Fundamental de Bonn (Alemania, 1949)— marca toda una orientación en esta materia, en forma mucho más categórica que las Constituciones francesas (de 1946 y de 1958).

Sin renegar de las conquistas del constitucionalismo liberal (pluralismo, limitación del poder, galantismo, etc.), se apunta a la consolidación de una *democracia social*, donde se conjugan armónicamente los nuevos roles del poder estatal con el goce de los derechos humanos, tanto individuales como sociales.

VIII. Si bien es cierto que las Constituciones de México (1917) y de Weimar (1919) iniciaron el ciclo del "constitucionalismo social" mediante la inserción de las cláusulas económicas y sociales, la Constitución que protocoliza el tránsito del Estado abstencionista al Estado planificador e intervencionista, es la de Italia, cuyo art. 3º, en la segunda parte, contiene la verdadera cláusula indicativa —en forma genérica— de la nueva concepción activa de los roles del Estado: "Es misión de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país".

Se verifica aquí la misma diferencia que se observa con las declaraciones de derechos individuales, entre sajones y latinos, pues mientras aquéllos proclamaron en sucesivas y fragmentarias declaraciones cada uno de los derechos y garantías, las Declaraciones latinas encierran una concepción global e integral de la cuestión, a la que se pretende expandir *urbi et orbe* como producto o resultado de un avance en la evolución cultural de nuestra civilización.

Sin embargo, cabe reconocer una cierta discontinuidad latina en los esfuerzos aplicativos, frente a una más firme y progresiva continuidad que exhiben los países sajones. Acaso el mayor desequilibrio se encuentre en la realidad de los países latinoamericanos.

IX. Desde el punto de vista de la *descentralización* del Estado, si bien es cierto que los EE.UU. iniciaron la existencia práctica del "Estado Federal", el concepto teórico de su filiación como algo distinto y distante de la Confederación y del Estado Unitario o consolidado, recién quedó

asegurado mucho tiempo después, con motivo del desenlace de la Guerra de Secesión (1865).

Los latinos han enriquecido el concepto de "autonomía", creando formas de descentralización *territorial* que se aproximan al Estado Federal: las "regiones" (España, 1931; Italia, 1948); pero que no pueden ser confundidas con las "provincias" de los Estados federales, por cuanto en las regiones el grado de autonomía local no alcanza al ejercicio de un "poder constituyente" independiente (en todo caso, el "status" de cada región debe ser aprobado definitivamente por el Parlamento central).

En los Estados federales latinos, el *derecho constitucional* positivo ha ideado instrumentos de perfeccionamiento del libre juego de los poderes locales y nacionales, tendientes a la implementación de formas de participación y coparticipación, tales como:

a) las "leyes-convenio" entre la Nación y las Provincias, para evitar el doble ejercicio de poderes y simplificar la atención de los problemas;

b) los municipios de "carta" o "convención", como forma de dar mayor autonomía a las administraciones municipales de las grandes ciudades;

c) las formas de auto-gestión interprovinciales, mediante "tratados" parciales que las provincias pueden celebrar entre sí, para resolver problemas de interés común entre varias de ellas.

X. En el plano histórico, es erróneo afirmar que los sajones son los únicos o los principales artífices del "federalismo", pues ello implica negar o desconocer las valiosas aportaciones latinas. En ese sentido, hay que reivindicar los trabajos de Pellegrino Rossi, primer titular de la cátedra de *Derecho constitucional* en París, para la transformación de Suiza en un Estado Federal; y los estudios de Juan Bautista Alberdi, en la Argentina, para la ubicación de los perfiles propios del Estado Federal como una realidad concreta distinta de otras formas de Estado antes conocidas.

En este aspecto, es recomendable la profundización de los estudios de *derecho constitucional* comparado, que abarque los regímenes de todos los países de filiación constitucional latina para poder percibir claramente las notas comunes y las raíces análogas de sus diversas instituciones constitucionales.

XI. La Constitución es una *ley de compromiso* y, en ciertos casos, es una *ley de imposición*, que se establece para fijar o consolidar las "reglas de juego" del poder político en una sociedad.

Para ciertos factores, la Constitución sólo vale *fuera* de las crisis (es decir, en tiempos de normalidad); para otros, en cambio, la Constitución únicamente tiene sentido si sirve o vale *para* afrontar y superar las épocas o situaciones de crisis; mientras que según otros, en fin, la Constitución contiene "reglas de juego" que contemplan *ambas* situaciones: debe aplicarse para las situaciones normales y debe contener poderes excepcionales para las situaciones de emergencia.

La defensa de la Constitución es la clave, también, de su acierto y supervivencia. Todo mecanismo de defensa implica la eventualidad de una crisis; y las Constituciones que no están preparadas para superar las crisis, conllevan la semilla de su extinción o de su destrucción.

El funcionamiento de los mecanismos de defensa supone también la admisión de ciertas restricciones a la libertad y de cierto excepcionalamiento al principio de la separación de los poderes: la defensa constitucional supone entonces del enervamiento de ciertos resortes normales de la Constitución, en aras de la conservación del propio régimen constitucional.

La experiencia enseña que no es bueno dejar inerte al gobierno constitucional. Se debe afianzar al gobierno constitucional, que asegure los cambios respetando los derechos humanos (Libertad con eficiencia).

Para evitar los abusos no debe caerse en la ingenuidad de desarmar al gobierno civil. Basta con efectivizar los medios de control, tanto estatales (Parlamento, jueces, etc.) como sociales (prensa, opinión pública, etc.). El supremo control está en el pluralismo, de cuyo aseguramiento depende la continuidad de un estilo de vida y no sólo de un régimen constitucional determinado.

Así como en el origen constitucional de los poderes de emergencia está la creencia cierta de que "a grandes males hay que oponer grandes remedios" (porque no son suficientes los poderes ordinarios), también hay que tener presente que para la duración de los poderes excepcionales debe regir el adagio: "cuando cesan las causas deben concluir los efectos".

¿Hay nuevas tendencias del *derecho constitucional* latinoamericano?

Nos formulamos este interrogante y lo pretendemos contestar a través de cinco grandes “tensiones” y dos grandes “proclividades” o “inclinaciones”. Esta sería una especie de síntesis de lo que venimos expresando hasta el momento:

1° *La tensión entre macroproblemas y microproblemas.* Las dos grandes tensiones de macroproblemas son para nosotros las que por un lado se dan entre continuidad, legitimidad y eficacia. Y la que por otro lado se da entre la protección de las libertades y derechos y el orden de las realidades. Como bien decía Gabriel García Márquez —el eminente escritor latinoamericano— “Esta es una parte del continente en la cual muchas veces la realidad supera a la más febril de las imaginaciones”.

2° *El pluralismo, el garantismo y el control* requieren también, obviamente, que se asegure un punto de equilibrio y ese punto de equilibrio es el de las formas vs. las estructuras. Este equilibrio entre formas y estructuras se da en forma dramática en las sociedades invertebradas prebendarias. Las formas pertenecen al plano de la relatividad, pero las estructuras pertenecen obviamente a un plano del equilibrio en el cual una regla de fondo es lo que hemos llamado la “regla de oro” del constitucionalismo contemporáneo, esto es: que a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles, debe corresponder un potenciamiento de las garantías y debe corresponder una reformulación de las responsabilidades. Dicho con dos palabras: *a mayor poder, mayor control.*

3° *El liberalismo constitucional está en gran tensión con el democratismo constitucional.* El punto de tensión lo dan las notas de participación, donde el interrogante de la gobernabilidad ha servido para que algunos autores elitistas planteen que el exceso de participación pone en crisis a la gobernabilidad. Nosotros creemos lo contrario: si la participación está institucionalizada y es racional, es una participación que ayuda a la gobernabilidad. Porque el que se siente parte, precisamente por ser parte defiende al sistema, lo protege. Esto vale sobre todo en los momentos de crisis, en los momentos del pico de tensión es cuando el sistema corre peligro. El sistema que no aseguró la participación quedará abandonado a su suerte. Mientras que si el sistema aseguró la participación, acudirán todos en socorro del sistema porque no están alineados, sino porque se sienten parte y beneficiarios de ese sistema.

4° la tensión entre la *descentralización*, que tiene sus límites, y el *centralismo* que también tiene los suyos. Aquí asistimos al fenómeno de la burocracia de Estado y al fenómeno del corporativismo en la sociedad. Dos fenómenos que cuando se combinan entre sí, constituyen un cóctel explosivo. La descentralización es el camino, pero tiene un límite. Es válida y siempre es válida, hasta que llegue al punto de la ineficacia. Cuando la ineficiencia adorna a la descentralización es porque se ha encendido también allí una luz roja que dice "basta, volvamos a un punto de equilibrio".

5° *Las relaciones de tensión entre el derecho interno y el derecho externo*. Que es, hoy en día, el fenómeno peculiar de la protección supranacional de los derechos humanos y los fenómenos supraestatales de integración. Aquí estamos emplazados a una opción: *inserción vs. replegamiento o abroquelamiento en la soledad*. Obviamente la inserción es el camino a seguir. La metodología constitucional puede ayudar mucho. Nuestras Constitución, en su última reforma ha incorporado una cláusula expresa al respecto; pero lo que hace falta para que la integración y la inserción funcionen es que la *affectio societati* exista. Si algunos sólo se anotan en el *commodum* y disparan en el *periculum*. Si algunos sólo se anotan en el beneficio y escapan al riesgo. Si algunos sólo quieren el reparto y no quieren soportar el aporte solidario, no puede haber integración posible. Necesitamos socios de buena fe.

Veamos ahora las dos grandes *proclividades o inclinaciones*:

A. *El síndrome del Rey Midas*. El ilusionismo racional normativista de creer que con la sola fuerza de la norma todo se soluciona. Es el hípernormativismo que animan algunos partidarios del derecho retro-constitucional. Ese ilusionismo forma parte de un problema cultural. Problema cultural que afecta a todos los que hemos sido formados en el ámbito racionalista del pensamiento jurídico y enhorabuena que así haya sido. Pero también tenemos que tener presente las limitaciones que el racionalismo tiene y también tenemos que hoy tener presente la advertencia de Ortega y Gasset de que no basta con evitar los abusos, lo que hay que cambiar son los usos y para ello (el cambio de los usos) no alcanza con la varita mágica del Rey Midas. La norma lo que hace es dar el cauce, dar el marco a través del cual serán las fuerzas sociales y políticas las que, en definitiva, producirán el cambio de los usos. Pero no basta con la norma si no contamos con las fuerzas sociales y políticas dotadas de valores y animadas de una tensa consistencia moral que les permita avanzar.

B. Debemos tomar nota en las proclividades o *inclinaciones del peligro de la imitación*. Si en algún lugar tienen que tener cabida las aduanas, es en la *imitación constitucional*. No digo que haya que poner fronteras ni tranqueras, pero cuidado con lo que se imita porque no todo es imitable, porque no toda realidad es igual a la otra. Tengamos presente la permanente advertencia de Herman Heller, es decir, cuidar y observar la realidad social subyacente. De ahí la importancia del comparatismo al que pronto nos referiremos, que sirve más para el conocimiento y menos para la arquitectura. Pero ya basta con que sirva para el conocimiento porque el conocimiento es previo a la edificación. Y no seamos, por último, eurocentristas. Tengamos en cuenta que vivimos en el continente americano y, dentro de él, en su subcontinente y dentro de ese subcontinente en una región. Y entonces tomemos en cuenta los problemas de la región, de esta euroamérica del cono sur, compuesta fundamentalmente por países con un común denominador social y cultural; pero con grandes diferencias económicas, territoriales y demográficas que hacen que sea absolutamente necesario tomar en cuenta los datos diferenciales para poder aprovechar todas y no sólo una de las ventajas comparativas.

XVII. El comparatismo

¿Existe un derecho constitucional comparado?

I. El interrogante que plantea el título envuelve una cuestión que trasciende los límites del *derecho constitucional*, para abrazar en común a todas las ramas del derecho. No obstante ello, construiremos algunas reflexiones partiendo de la órbita del *derecho constitucional*, por tratarse de una disciplina *marco* o *cuadro* con relación a otras ramas del derecho especialmente del campo del derecho público. Se ha dicho con reiteración que muchas ramas del derecho público son verdaderos capítulos *del derecho constitucional*; y, sin entrar a discutir el grado de acierto de tal afirmación, parece aceptable que los contenidos *del derecho constitucional*, en su faz conceptual y positiva, son condicionantes de las demás formulaciones jurídicas que se producen en el ámbito de un Estado determinado. Por ello mismo, la concreta situación de un llamado *derecho constitucional* "comparado" gira alrededor de la idea misma del *derecho constitucional* en cuestión: según sea la amplitud metodológica de ese derecho, será afirmativa o negativa la respuesta al interrogante inicial que encabeza este trabajo.

El *derecho constitucional clásico* ha tenido como objeto de su estudio a las regulaciones supremas y fundamentales del Estado, ya sean las atinentes a la formación, procedimientos y competencias de los órganos estatales, o bien sean las relativas a los derechos y garantías de los particulares (normas de organización y normas de conducta, respectivamente). Por lo general esas regulaciones han estado consagradas en Constituciones escritas y codificadas, cuyos contenidos fueron esparcidos en dos partes, orgánica y dogmática, que correspondieron en líneas generales a las dos fases antes apuntadas. Durante todo el tiempo que el *derecho constitucional* "clásico" apuntó a contenidos eminentemente *normativos*, sus métodos de conocimiento (utilizando la palabra "método" en un sentido amplio) fueron propiamente jurídicos, es decir, los comunes a todas las demás ramas del derecho. Esa situación metodológica era normal y aceptable, habida cuenta que el objeto de estudio estaba formado por normas jurídicas (las normas constitucionales) y que tales normas recibían un tratamiento científico adecuado por parte de la metodología jurídica en general. A ese *derecho constitucional* clásico, con un objeto determinado, correspondían métodos apropiados al citado objeto de estudio (toda ciencia tiene un objeto y a todo objeto corresponden determinados métodos de conocimiento).

El *derecho constitucional moderno* ha ampliado el objeto de su estudio y, consecuentemente, ha debido extender sus recursos metodológicos. A todo ensanchamiento del objeto científico, corresponde una apertura metodológica, en razón de la ya mencionada relación que existe entre objeto y métodos. Así, al incorporar al objeto de estudio diversas instituciones y fenómenos que había soslayado de su campo el *derecho constitucional* clásico, el nuevo *derecho constitucional* debió acudir al auxilio metodológico de utilizar en su trabajo diversos métodos propios de otras disciplinas de las ciencias sociales. Y de la misma manera que el derecho clásico había aprovechado los beneficios del conocimiento *histórico*, valiéndose de sus importantes aportaciones en torno al origen y desenvolvimiento de las instituciones constitucionales, el *derecho constitucional* moderno hizo lo propio —y lo continúa haciendo— con los valiosos elementos que suministra la *sociología política*, en especial alrededor de la búsqueda de datos sobre la funcionalidad de esas mismas instituciones constitucionales. Lo que algunos autores encaran como las relaciones entre el *derecho constitucional* y una llamada "ciencia política" (en singular), en realidad, no es más que la problemática de la inserción en el campo metodológico del *derecho constitucional* de aquellos métodos provenientes de otras ramas del

saber científico; y, más concretamente, se trata de la utilización por parte del *derecho constitucional* de herramientas de trabajo prestadas o facilitadas por varias ramas de las ciencias sociales (o de las “ciencias políticas”, en plural, ya que no se trata de una disciplina-especie sino de un género de disciplinas).

Si pensamos en los horizontes ecuménicos de la Historia (sobre todo cuando actúa como disciplina coadyuvante del conocimiento constitucional) y si a ello agregamos la imposibilidad de un fraccionamiento territorial o estatal de la realidad objeto de la Sociología, veremos entonces con claridad que el estudio constitucional es un tipo de estudio que no puede prescindir del estudio *comparativo*. Cuando el *derecho constitucional* comprende el estudio de las Constituciones políticas más el conocimiento de las instituciones que con ella se vinculan, para lo cual se apoya en los datos y en los métodos facilitados por la Historia y por la Sociología Política, es que —entonces— la “comparación” se impone como necesario procedimiento intelectual para alcanzar la unidad indispensable en todo estudio científico. La “comparación” no es pues una sofisticación intelectual de ciertos juristas ni, menos aún, el alarde de erudición de los tratadistas; sino, por el contrario, la consecuencia lógica de un perfeccionamiento en la metodología jurídica, que el constitucionalista no puede prescindir sin causar seria lesión a la plenitud de su conocimiento. En el *derecho constitucional*, al menos, la “comparación” se impone como actitud científica del sujeto, ya que en caso contrario el producto de su trabajo intelectual ofrecería una versión sectorial y parcializada del objeto en estudio. Sin “comparación” el constitucionalista ofrece resultados incompletos, que dan base falsa a las consecuencias y conclusiones de su trabajo y, pero aún, si se las toma como datos o elementos para ulteriores fines paradigmáticos o de modelos.

II. Planteadas así las cosas, surge de inmediato la alternativa propia de la cuestión: si el *derecho constitucional* comparado es tal, o sea, si es verdaderamente una rama o disciplina del área constitucional, o, en cambio, si se trata de una modalidad metodológica aplicable al *derecho constitucional* en sí. En otras palabras: si el derecho comparado —con particular referencia a la disciplina constitucional— es *objeto* es *método*. Nosotros nos hemos pronunciado por el segundo término de esa alternativa, recordando el paso del *derecho constitucional* clásico al *derecho constitucional* moderno, pero también creemos que la respuesta es igualmente válida para todas las etapas del *derecho constitucional*, debido a

que los supuestos que la fundamentan vales en ambas. Más aún, la expresión "derecho comparado" no es ni ha estado ajena a la metodología empleada por las diversas ramas del *derecho constitucional*, desde que en cualquiera de ellas ha resultado siempre imprescindible la adopción del *comparativo* como herramienta del conocimiento. Ello ha sido así aún en los casos en que ciertos autores han optado por sistematizar las llamadas disciplinas jurídico-constitucionales en forma tripartita: así, por ejemplo, Manuel García Pelayo, que acepta la clasificación en: a) *derecho constitucional* "particular", b) *derecho constitucional* "general", y c) *derecho constitucional* "comparado"; ya que cuando tiene que diferenciar al "general" del "comparado" debe señalar que "...mientras éste se interesa por los grupos jurídico-constitucionales en su singularidad y contraste frente a otros grupos, en cambio, el primero se preocupa solamente de las notas generales y comunes, bien del *Derecho constitucional* de un tiempo dado, bien de un sistema determinado, siendo en este caso teoría general de dicho sistema" (6). Las expresiones que anteceden están confirmando la idea según la cual es imposible "hacer" un *derecho constitucional* particular o un *derecho constitucional* general sin apelar al método comparativo. No es menester que el método comparativo sea el método principal y único del estudio "particular" o "general" del derecho constitucional; y hasta puede ocurrir que las aportaciones del comparatismo resulten subsidiarias o coadyuvantes del análisis del objeto, o que no modifiquen los resultados por otras vías alcanzados inductivamente o deductivamente; pero en todos los casos se comprobará que la comparación ha sido *conducente* al necesario recaudo y premisa del conocimiento pleno, cabal e integral del objeto que se estudia.

Es por ello que el constitucionalista es un comparatista por antonomasia. El pretendido constitucionalista que no sea a la vez un comparatista, será, en el mejor de los supuestos, un semi-constitucionalista o un cuasiconstitucionalista. La formación comparatista es ajena a los estudios constitucionales del jurista, a tal punto que la expresión nos ilustra sobre esa confluencia científica desde el surgimiento mismo del *derecho constitucional* como rama autónoma del derecho público: todos los grandes constitucionalistas han sido comparatistas.

Para reforzar los asertos que van expuestos es menester procurar un esclarecimiento acerca de los variados alcances con que es utilizada la

(6) Conf. GARCIA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, p. 2, 4ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1957.

expresión "derecho comparado", sobre todo en el campo de saber constitucional, específicamente. Podemos distinguir tres niveles de significación, a saber:

1) El derecho comparado como la *yuxtaposición* o el "*inventario*" de las existencias legales en otros países. Aquí se trata de la descripción de un objeto legal ampliado o ensanchado territorialmente: consiste en una mera confrontación de textos legales de diversos Estados. Es lo que bien puede llamarse "legislación extranjera" o "derecho extranjero", como vía para el conocimiento —casi siempre positivo y no teórico— de las normas vigentes en otros países, a la manera de un mosaico normativo. Su utilidad es grande, aunque más lo es en el ámbito del derecho privado, como forma de incentivar o de asegurar las relaciones jurídicas multijurisdiccionales.

2) El derecho comparado entendido como *el necesario punto de referencia para el mejor conocimiento de una o varias instituciones*. Aquí estamos en la proyección dinámica del conocimiento referido en el punto anterior (que era meramente estático). En los países federales —por ejemplo— esta proyección se manifiesta también en el plano interno, a través de las relaciones entre el derecho público provincial y el derecho federal o nacional, como forma para el conocimiento comparativo y en movimiento de las instituciones constitucionales.

3) El derecho comparado entendido como *el método para la búsqueda de sistemas*. Esta es la verdadera grandeza del comparatismo. Estimo que esta perspectiva del derecho comparado (que para mí es la más importante desde el punto de vista científico) es equivalente a una de las "tendencias" mencionadas por García Pelayo, cuando se refiere a: "La reducción de las Constituciones de los Estados particulares a grupos colectivos, pero cada uno de ellos dotado de propia singularidad con respecto a los demás, de modo que se opera mediante la reducción de singularidades individuales a singularidades colectivas", de tal modo que "forma... conceptos colectivos frente a las individualidades que agrupa en su seno, y conceptos individualizados frente a otras formas colectivas de ordenación jurídico-constitucional" (7).

(7) Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *ob. cit.*, p. 21. Dice este autor: "Así, pues, se trata también de una representación típica, ya que trabaja con formas y relaciones fundamentales comunes a una serie de constituciones particulares dotadas de notas similares o afines".

Si examinamos cuidadosamente los tres casos indicados, veremos que en todos ellos el "comparatismo" no es objeto, sino metodología. En el *primero*, con la dimensión de un simple *enfoque*, o sea, como medio o vía de acceso para el conocimiento del objeto legislador. En el *segundo*, con los alcances de una *técnica*, que es genérica pero también específica de la materia jurídico-constitucional. Pero sólo en el *tercero* tiene la dimensión de un verdadero *método*. Es recién en la búsqueda de sistemas donde el derecho comparado ofrece sus máximas posibilidades, brindando así el medio imprescindible para la determinación y la clasificación de los sistemas, como asimismo para el estudio propio de cada uno de ellos.

III. Después de las consideraciones precedentemente formuladas, estamos en condiciones de intentar una conceptualización del quehacer comparativo. Encarado desde el punto de vista del sujeto, podemos decir que *comparatista* es el que profundiza el conocimiento de su objeto valiéndose del auxilio del método comparativo, para llegar a la ubicación de ese objeto dentro de un sistema, o eventualmente para considerar al sistema como el objeto mismo de su estudio. Más adelante precisaremos el perfil de esa tarea "comparativa". Por ahora basta con saber sobre qué recae tan particular tarea.

Si el comparatismo es constitucional y si lo desplegamos como actitud científica que traspone los límites del mero conocimiento de la legislación extranjera, cabe afirmar que en tales condicionamientos no se es comparatista por el solo hecho de saber idiomas, ni se hace comparatismo por la sola circunstancia de practicar traducciones de textos legales: es necesario conocer dos cosas como mínimo, que son el *Derecho* (que se estudia) y la *Metodología* de la investigación (con que se estudia). Si hoy dijimos que el constitucionalista no es tal si no es también comparatista, ahora estamos en condiciones de sostener que el comparatista —a su vez— no es tal si no es un jurista (científico) que domina las técnicas de investigación (científicas), o sea, que el comparatismo supone una actitud científica al servicio del saber jurídico.

Todo esto nos reafirma en la certidumbre del aserto inicial. Desde estos puntos de vista puede decirse que es imposible "hacer" *derecho constitucional* sin acudir al método comparativo, porque el *derecho constitucional es comparativo* en tanto y en cuanto las instituciones constitucionales sólo se terminan de comprender en su cabalidad cuando se las estudia en relación con los sistemas a que pertenecen, con sus

afines, y con sus antagónicas. Para llegar a ello nada empece a que se parta del estudio de *un sistema*, de *varios*, o de *todos*; tampoco se hace abandono del comparativismo ni se tergiversan sus reglas si el estudio es encarado como simultáneo de varios regímenes constitucionales, integral y de conjunto de todos ellos (sistemáticamente), o partiendo de uno determinado. También en este último caso se permanece dentro del quehacer comparativo, cuando —al decir de García Pelayo— se trata de "...centrar el estudio en el *Derecho constitucional* de un país particular, de manera que sea éste el que se toma como término de comparación, interesando la organización jurídico-constitucional de los demás países únicamente en la medida que muestren similitud o contraste o sirvan de aclaración para aquel que forma el objeto central de estudio" (8). Esta técnica de estudio también es "comparativa", aunque no revista el carácter plenario que llega a asumir la exposición de los sistemas en su conjunto. Por eso, el comparatismo no puede ser estereotipado en fórmulas o en formas únicas, que consagren tipos exclusivos o excluyentes, ya que existen múltiples maneras de asumir el quehacer comparativo: un verdadero pluralismo de medios y de estilos.

En la actualidad coinciden opiniones tan valiosas como las de Messineo, Gutteridge y René David en afirmar que el comparatismo no es una rama del Derecho sino un *Método* común en su aplicación a cualquier rama de Derecho. Ya ha quedado superada la tendencia inicial de los juristas, que al surgir la moda del comparatismo (a comienzos del siglo actual) se obsesionaron por definirlo en razón de su *función*: tal fue la postura de los primeros "grandes", como Lambert, para quien esta disciplina debía buscar los principios universales de la humanidad civilizada, sirviendo así a la unificación legislativa y eventualmente a la solución de los conflictos de leyes (9). Las más modernas tendencias no

(8) Conf. GARCÍA PELAYO, Manuel, *ob. cit.*, 21. Un punto de vista semejante es sostenido por HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, en *Metodología de la Ciencia del Derecho*, t. I, p. 221, Madrid, 1971. Allí dice: "Se amplía notablemente el ámbito de la experiencia jurídica, sobre todo si aquélla no se circunscribe a poner en contacto los textos legislativos, sino que, más profundamente, penetra en el análisis de la situación social que tiene por base las instituciones, así como en el estudio de las concepciones de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia. Y esto, aún sin llegar a un estudio científico de derecho comparado, sino estudiando el derecho interno con un método comparativo, que es la modalidad comparativa más generalizada".

(9) Para una síntesis de la evolución del derecho comparado, puede consultarse la obra de BADANES GASSET, Ramón titulada *Metodología del Derecho*, ps. 226 y sigtes., Ed. Bosch, Barcelona, 1959.

centran la cuestión del derecho comparado en la oficialización de sus “funciones”, sino que se limitan a considerarlo *un método* que, como tal, es susceptible de diversas aplicaciones (10). Mientras que Saleyilles —circa 1900— hablaba de un “derecho común de los países civilizados” (y Lambert en la misma época invocaba un “derecho común legislativo”), concibiendo al derecho comparado como la búsqueda de principios de derecho establecidos en escala mundial, con lo que se acentuaba el pretendido carácter independiente y autónomo de esta disciplina; en cambio; las tendencias más recientes del comparativismo renuncian a tan ambiciosos fines y, después de practicar una saludable autocrítica, se pronuncian y orientan por la concepción del mismo como un *método* para el estudio de las instituciones jurídicas, que se aplican como medio para el conocimiento y análisis de los diversos *sistemas* vigentes (11). Esta tendencia actual, claramente expuesta por Gutteridge —entre otros— *circa* 1946, es perfectamente aplicable al fenómeno del *derecho constitucional*, donde el método comparativo resulta imprescindible para el estudio de los “sistemas” y “régimenes”, y, dentro de éstos, también para el conocimiento de las “instituciones”. Podríamos decir que si en alguna rama del derecho aparece nítidamente

En esa función mesiánica que originariamente se le asignó al derecho comparado, creemos hallar una fuerte connotación iusnaturalista. Tal inspiración también se encuentra presente en Giorgio del Vecchio (“Sul Diritto Comparato—Sobre el derecho comparado—”, en la revista *Estudios de Derecho*, vol. XXIII, N° 65, de la Universidad de Antioquía, Colombia).

(10) En la ya citada obra de Badanes Gasset se cita la opinión de René David, quien resume las diversas aplicaciones en varios países del mundo: “En Italia y en los países de América Latina la idea de unificación del Derecho es la que domina, inspirada por una concepción universalista del Derecho; en los Estados Unidos los estudios de Derecho comparado están más alejados de la teoría y tienden sobre todo a finalidades prácticas en relación con la expansión política, económica y comercial de los intereses americanos en el mundo. En Alemania se perpetúa la tradición de los pandectistas, y aparece que se ve en el Derecho comparado principalmente un auxiliar de la teoría general del Derecho, permitiendo una mejor definición y comprensión de los conceptos jurídicos. En Inglaterra el Derecho comparado aparece sobre todo como un medio de mejor conocer y de mejorar el Derecho nacional. En Francia el Derecho comparado se une estrechamente a la sociología, tendiendo a utilizarlo como instrumento de comprensión recíproca entre los juristas y los pueblos” (conf., ob. cit., p. 230).

(11) Véase, al respecto: ANCEL, Marc, *Un siglo de evolución del Derecho Comparado (A propósito del centenario de la Sociedad de Legislación Comparada)*, en *La Ley*, t. 139, p. 1012. Dice el eminente jurista francés, que: “La idea de legislaciones nacionales ha sido sustituida, en efecto, por la de los ‘sistemas jurídicos’ que agrupan un conjunto de legislaciones particulares unidas por su origen y sus fuentes, o sus métodos de desarrollo...”.

esta nueva concepción del derecho comparado como método, es, precisamente, en el *derecho constitucional*: tanto en el *derecho constitucional* clásico como en el *derecho constitucional* moderno, aunque más enfáticamente en este último.

Nada impide concebir al comparativo como un método de aplicación en el área del *derecho constitucional* (como también es de aplicación a todas las ciencias sociales) si se entiende por “método” al *camino hacia el conocimiento*, antes que al conocimiento propiamente dicho (12). Cuando en párrafos siguientes entremos a ver cómo se aplica este método en el área de nuestra especialidad, comprobaremos que su función y su utilidad es esa y no otra: vale y sirve en cuanto es un “camino” o una apertura o un medio para el conocimiento, cualquiera que sea la función que con ese conocimiento se puede llegar a cumplir *a posteriori*. El método comparativo vale como tal, es decir, en cuanto método y herramienta de trabajo para el saber jurídico. Para nosotros, como conducto para el conocimiento de los sistemas constitucionales y de sus respectivas instituciones. Aun partiendo de una sola institución.

IV. Mucho se ha discutido sobre las ventajas del método comparado; y desde los primeros comparatistas hasta los más cercanos han exaltado las bondades de un tratamiento científico que incluya la aplicación del mencionado método. En el ámbito concreto del derecho —y extensivamente en el área más específica del *derecho constitucional*— se han mencionado las siguientes ventajas:

1) El derecho comparado (como método) permite el mejor conocimiento del derecho propio, o sea, del derecho positivo particular de un determinado Estado o conjunto de Estados (13).

2) Es un instrumento apto para preparar reformas legislativas, es decir, para procurar el mejoramiento de la legislación positiva, incorporando a un determinado ordenamiento las bondades probadas y experimentadas de otros ordenamientos que se toman como modelos y paradigmas.

(12) Conf. FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, p. 464.

(13) Conf., HERNANDEZ GIL, Antonio, *ob. cit.*, p. 221; y ROTONDA, Mario, *El derecho comparado*, p. 201, en *Doctrina Jurídica*, La Plata.

3) Es un elemento auxiliar en la tarea de la interpretación, que permite resolver problemas de hermenéutica en un determinado ordenamiento sobre la base de elementos tomados de otros ordenamientos en funcionamiento: pautas, criterios, reglas, identidades, diferencias, analogías, standards, marcos, referencias, fuentes, etc., etc., en un listado interminable de vasos comunicantes que los juristas encuentran en sus búsquedas o que —más allá de la exactitud del hallazgo— ellos fijan como premisa de sus trabajos (14).

4) El derecho comparado aparece “como un método lógico correctivo de la dogmática o de la exégesis del Derecho positivo particular”, es decir, para morigerar las consecuencias de la excesiva dureza del método exclusivamente exegético (15).

Nada parece necesario abundar más en la mención de las ventajas del método comparado. En algunos casos se ha hecho más un abuso que un uso racional del mismo. Con respecto a su uso puede decirse también que de lo sublime a lo ridículo sólo media un instante... Es por ello mismo que ha nacido la preocupación por enunciar los riesgos o peligros que conlleva la adopción del método comparado, cuando excediendo la medida de su condición auxiliar se convierte en el procedimiento automático de una verdadera *calcomanía* jurídica. Ya los autores han advertido la desviación que implica el mimetismo de los que por debilidad, moda o pereza, se entregan a la “servil copia de figurines extranjeros” (16). Un jurista de la agudeza de Jerome Franck previno

(14) BADANES GASSET, *ob. cit.*, p. 239, opina que el método comparativo es instrumento valiosísimo para la interpretación, pero mayormente para el progreso de la ciencia del Derecho.

Sin embargo, su utilidad para la mejor “interpretación” es destacada por casi todos los autores que valoran las diversas funciones del método. Así, por ejemplo, AFTALION GARCÍA OLANO y VILLANOVA, en la *Introducción al Derecho* (9ª ed., Buenos Aires 1972) caracterizan al derecho comparado como “...el estudio comparativo de instituciones o sistemas jurídicos pertenecientes a diversos países y épocas, con el fin de determinar sus notas comunes y sus diferencias y derivar de tal examen conclusiones sobre la evolución de tales instituciones o sistemas y elementos de juicio para su interpretación y reforma” (p. 99).

(15) Conf., ROTONDA, Mario, *ob. cit.*, ps. 201 y 205. Tal fue el aporte concebido por Saleyilles, en los tiempos de mayor entusiasmo sobre la misión del derecho comparado.

(16) Conf., DE CASTRO, *Derecho civil de España* (p. 338), citado por BADANES GASSET, *ob. cit.*, p. 238. Este autor —Badanes Gasset— advierte sobre los peligros de la aplicación indiscriminada: la comparación juega siempre con analogías, no con identidades (p. 240).

que el abuso del derecho comparado puede ocasionar más confusión que claridad; y en esos términos queda planteada —a nuestro entender— la verdadera cuestión: el método comparado vale y sirve en tanto y en cuanto suministra *claridad* en la percepción científica del jurista, pero debe ser desechado o reconsiderado cuando por su aplicación unilateral y exagerada conduce a la *confusión* entre el ordenamiento o modelo adoptados y el ordenamiento o modelo de estudio. Esto es particularmente grave y delicado en el ámbito del *derecho constitucional*, como enseguida veremos.

No ha pasado desapercibida la diferente situación en que se encuentran las diversas ramas del Derecho con respecto a la medida o intensidad con que cada una de ellas puede acoger el empleo o adopción del método comparado como parte de sus respectivas técnicas de estudio o conocimiento. En algunos casos, hasta se llegó a dudar de las diferencias entre un supuesto “derecho comparado” universal y alguna rama del Derecho como el “derecho internacional”, pero la distinción no tardó en volver a quedar restablecida (17). Por otra parte, no han faltado las observaciones tendientes a señalar la mayor aptitud del derecho “privado” para asimilar el método comparado, en atención a que ciertas ramas del ius-privatismo ofrecen numerosos aspectos internacionales, como, por ejemplo, el derecho comercial por su radio de actividad (que con frecuencia trasciende los límites nacionales). Pero esos enfoques del problema se apartan del meollo de la cuestión, toda vez que ésta no consiste en equiparar o absorber al derecho comparado con otras ramas del Derecho, sino —por el contrario— en subrayar su condición instrumental de método o técnica al servicio de todas y de cada una de las disciplinas jurídicas. Nos parece tan equivocada la postura de quienes insisten todavía en reclamar para el comparativismo el rango o la condición de una rama autónoma, independiente, distinta y nueva en el mundo del Derecho; como es errónea la tesis de los defensores de la

(17) En el ya citado trabajo de ROTONDI, Mario se dice: “Una especial coincidencia en el campo de la investigación tienen el Derecho comparado y el Derecho internacional: ambos parten del presupuesto de la coexistencia de los diversos ordenamientos jurídicos en el espacio, pero mientras que el Derecho comparado, colocándolos a todos sobre un mismo plano de investigación, se preocupa exclusivamente por poner en evidencia coincidencias o diferencias entre las normas o entre principios, el Derecho internacional se preocupa por determinar cuál de estas ramas o de estos principios debe aplicarse a las relaciones que tengan elementos objetivos o subjetivos que los ligen con diferentes ordenamientos jurídicos y que determinan conflictos tan delicados y frecuentes, positivos o negativos, entre las normas que emanan de los diversos ordenamientos territoriales”.

identificación o asociación del “derecho comparado” con alguna de las partes del derecho público (Internacional) o del derecho privado (Comercial). Rechazamos por igual esas teorías.

Si volvemos al aspecto referente a la diversa medida de la aplicación del método comparado, entonces sí que notaremos algunas diferencias de grado, que, pese a ello, no obstan a la aplicación general del citado método. Por ejemplo, parece obvia la precaución de Bielsa en el sentido de “... que el derecho público es esencialmente nacional, y el sistema constitucional se concibe de acuerdo con principios de índole política diversos, a diferencia de los derechos privados que tienden inclusive a uniformarse por motivos de interés recíproco de diversos países” (18). Es por ello que Bielsa concreta y condiciona el valor del derecho comparado en el ámbito iuspublicístico a la circunstancia de que los *motivos presu- puestos* sean más o menos análogos, dado que en la “comparación” no se puede prescindir de los factores históricos, económicos y culturales: hace falta el examen orgánico de antecedentes históricos de la institución y el análisis de su resultado en la práctica, siguiendo así un método *inductivo* y *concreto* antes que el dogmático y abstracto (19). Podemos coincidir con estas salvedades o reservas que Bielsa formula a la adopción del comparativismo en el derecho público, siempre que con ellas no se aparte de las notas esenciales y permanentes con que el mismo Bielsa caracteriza a la aplicación del método comparado: la *abstracción* y la *generalización*, como pasos previos para la *valoración* que es inherente a todo proceso racional de extracción de conclusiones (20).

(18) Conf., BIELSA, Rafael, *Metodología Jurídica*, p. 51, Ed. Casatellví, Santa Fe, 1961.

(19) Idem, p. 57. La “comparación” pertenece al método inductivo. Señala HERNÁNDEZ GIL., *ob. cit.*, ps. 216 y 217, que el método comparativo supone un proceso “rigurosamente inductivo”; y que este método propugna “...una ampliación del círculo de lo dado para la elaboración y formulación de los conceptos jurídicos, mediante el análisis de otros derechos (históricos y vigentes)” (p. 216).

(20) BIELSA pone énfasis en destacar que para la “comparación” es necesario —después del conocimiento descriptivo de las disposiciones legales— valorar la formación y la función de la norma con respecto a la institución de uno y otro derecho, o sea, los que son objeto de comparación. Y para ello es también necesario el examen de la jurisprudencia comparada (*ob. cit.*, p. 56). Lo que este autor nos quiere significar es que “comparar” no consiste ni se reduce a acumular datos, a yuxtaponer leyes, a sumar referencias, a hacer acopio del mapamundi jurídico, etc.; sino que “comparar” supone otra actitud mental y, sobre todo, la aplicación de un criterio científico de valoración, partiendo de una rigurosa operación mental de inducción.

Por último, corresponde decir algunas palabras entorno a la aplicación del método comparado en el *derecho constitucional* "particular", es decir, el que estudia un orden jurídico-constitucional determinado. A este respecto, cabe señalar el carácter *subsidiario* que en tales casos reviste la apelación a las soluciones de derecho comparado, en contraste con la tendencia (o más que tendencia, una real tentación) a predicar la viabilidad lisa y llana de las secuelas del modelo en las consecuencias de la imitación. En rigor, es mucho más segura y cierta la aplicación del derecho comparado a las construcciones del *derecho constitucional* "general" que al "particular"; y esto se comprende en razón de que el primero está mucho más vinculado con la búsqueda o explicación de *sistemas*, mientras que es segundo se limita con frecuencia a la descripción o crítica o interpretación de las instituciones intrasistemáticas (y no inter-sistemáticas) de un ordenamiento constitucional. Con esto queremos decir que el empleo o adopción del método comparado es mucho más relevante en el ámbito del *derecho constitucional* "general", aunque no es privativo de éste, ni —mucho menos— excluyente de su uso en el *derecho constitucional* "particular" (aunque acá es en menor medida).

El límite para la aplicación del método comparado en el *derecho constitucional* "particular" está dado —precisamente— por la filiación de las instituciones que se analizan *dentro* de un sistema. A propósito, el ya citado Bielsa señala que no procede la aplicación del derecho comparado cuando importa un trasplante o injerto de otras legislaciones y con ello se afecta la *unidad del sistema* (21). Por ejemplo, la utilización de formulaciones procedentes del derecho comparado en el área del derecho administrativo, sólo es eficaz si median orientaciones comunes con el derecho nacional y si *ambos* regímenes constitucionales son afines o convergentes en sus lineamientos generales; caso contrario, el estudio comparativo tiene un valor meramente secundario o, pero aún, puede conducir a conclusiones erróneas.

Desde hace décadas nos empeñamos en resaltar este ponderable condicionamiento que sufre el *derecho constitucional* "particular" en cuanto a la absorción del método comparado; y a poner como ejemplo el ordenamiento constitucional de la argentina, señalábamos la diversa filiación de sus instituciones con respecto a otros tantos "sistemas".

(21) *Ob. cit.*, p. 58.

Así, anotábamos que:

a) Mientras la forma de gobierno (republicana) y la forma de estado (federal) responden a la adopción expresa del modelo de Filadelfia, es decir, de la Constitución de U.S.A. de 1787; y

b) Mientras el sistema legal es predominantemente continental-europeo, o sea, de factura codificada y de plena adhesión a los patrones abstractos y racionales de la ley escrita y general; resultaba que:

a') el sistema de control de constitucionalidad seguía los lineamientos del modelo norteamericano, es decir, de control judicial difuso, a cargo de todos los jueces que componen el poder judicial (tanto nacional como provincial); pero

b') el poder de los jueces se manifiesta con un doble despliegue, que asume los contornos de una verdadera dualidad; ya que:

a") mientras en el área de la interpretación constitucional es amplio y extenso (sin más exclusión que las denominadas "cuestiones políticas" no justiciables), a tal punto que se ha compartido la afirmación de que la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente (Woodrow Wilson), o que estamos regidos por una Constitución pero esa Constitución es en definitiva lo que los jueces dicen que es (Charles Evans Hughes);

b") en el área de la aplicación e interpretación legal, no sólo no se sigue el sistema del *common law*, ni el *case method*, ni se reconoce mayor valor a la fuerza del precedente, sino que se concibe a la función judicial misma con alcances equivalentes a los demostrados en los regímenes de filiación europea, en lo que a las relaciones entre legislación y jurisprudencia se refiere.

En consecuencia, tenemos que a partir en toda o cualquier comparación de los datos siguientes: los jueces argentinos pertenecen a un régimen constitucional de lineamiento norteamericano en cuanto a la conformación de un "poder" del Estado (el Poder Judicial), pero se desenvuelve en los cauces de una concepción europea clásica en cuanto a la conformación de una "administración" de Justicia (independiente pero sin poder político —entendiendo a este último como poder creador de normas generales—). Por lo tanto, el valor del *leading case* está limitado

en el sistema constitucional argentino, a los pronunciamientos de interpretación constitucional emanados del intérprete final de la Constitución: la Corte Suprema de Justicia de la Nación (22). Siendo esto así, como queda dicho, la aplicación del *método comparado* debe realizarse con especial cuidado, si se quiere evitar que sus resultados puedan dar lugar a formulaciones erróneas y apartadas de los lineamientos fundamentales del régimen constitucional argentino: no todas las formulaciones provenientes del sistema norteamericano tienen valor para la interpretación y el análisis de las instituciones constitucionales argentinas; y tampoco cabe una idéntica mecánica con relación a los esquemas procedentes del sistema europeo (todo esto, aparte de las diferencias literales que exhiben las respectivas constituciones políticas y que tienen muchas más implicancias que las diferencias legales que ofrecen las normas de sus respectivas legislaciones comunes). El especial cuidado que se recomienda en la utilización del método comparado está pues fundado—entre otras cosas—en la función que la “comparación” cumple en la metodología de una ciencia típicamente social como es el Derecho, en que el método comparativo sustituye o equivale a lo que es la experimentación en el ámbito de las ciencias de la naturaleza: así lo señalan con gran acierto Duverger, Burdeau y la mayoría de los autores modernos.

VI. A manera de síntesis

— Nos inclinamos a favor de la concepción del llamado “derecho comparado” como *un método* y no como una disciplina autónoma e independiente dentro del ámbito del saber jurídico. Es una herramienta y no un objeto.

— Estimamos que la finalidad del método comparado o comparativo es *auxiliar* de los otros métodos con que cuenta la metodología del Derecho y está al servicio de los mismos objetivos que persigue toda ésta.

(22) Véase, VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Constitución, Jurisprudencia y Writ of Certiorari*, en JA, del 10 de marzo de 1964. He dicho trabajo analizamos el choque de influencias que recae sobre el sistema jurídico argentino, por la del modelo anglosajón en el plano constitucional y la del modelo continental europeo en el plano legal. Así, consideramos la diversa asimilación de los componentes “racionalistas” e “historicistas” en nuestro Derecho; como también los alcances que asume entre nosotros la división o separación de Poderes del Estado en su especial incidencia sobre las funciones judiciales: los límites a la “libre creación judicial”, etc. Tales planteos son previos y necesarios para un correcto trabajo de derecho comparado, ya que cualquier confusión al respecto puede ser causa de un equivocado encuadre teórico. Precisamente acá es donde queda demostrada la bondad de la inducción y, por ende, la utilidad de la comparación.

— No creemos que el “derecho comparado” tenga que abrigar dimensiones utópicas, como pretender descubrir la existencia de un derecho universal (23); por el contrario, estimamos que su rol es más modesto pero también más seguro, permitiendo incorporar la *dimensión espacial* al conocimiento integral y sistemático del fenómeno jurídico, superando así las construcciones intelectuales aisladas o fraccionadas (24).

— Con respecto al pretendido “*derecho constitucional comparado*” consideramos que no es otra cosa más que la aplicación del método comparado al área del conocimiento constitucional; siendo perfectamente aplicable al mismo todas las afirmaciones hechas con relación al derecho comparado en general. Por lo tanto, no existe una rama autónoma y separada del *derecho constitucional* que reciba el nombre de “comparado”, sino que se trata de la *inserción del método comparado* en el quehacer científico de los constitucionalistas.

— La utilización del método comparado es igualmente útil en los trabajos del *derecho constitucional* “general” y en los del *derecho constitucional* “particular”; pero mientras resulta imprescindible e insoslayable en el primero (no puede haber un *derecho constitucional* “general” que no está edificado con los aportes del método comparativo), tiene un valor más relativo en el segundo, ya que en éste el acierto de su aplicación dependerá grandemente de la afinidad o identidad de filiación entre el sistema adoptado y el que recibe el modelo.

— Puede afirmarse en general que a esta altura de los estudios constitucionales no se concibe un *derecho constitucional* plenario que prescinda del aporte metodológico dado por el comparatismo. Esta afirmación es igualmente válida para el punto de partida de cualquier ideología que alimente o inspire a un determinado régimen constitucional:

(23) Conf. HERNANDEZ GIL, *ob. cit.*, p. 220, que rechaza esa utopía y concibe al derecho comparado en la correcta limitación de sus posibilidades. Más adelante, este autor afirma: “Esto no es negar una recíproca comunicación e influencia entre los distintos derechos, cuando tienen por base cierta afinidad de costumbres, ideas y tradiciones, en cuyo caso la comparación, como elemento metodológico, puede contribuir a explicar el origen y el desarrollo de determinadas instituciones” (*conf.*, p. 221).

(24) Sostiene con acierto HERNANDEZ GIL, en *ob. cit.*, p. 221, que: “Así como el análisis de la trayectoria histórica de las instituciones nos revela las facetas de su vida en el tiempo, análogamente, el análisis de éstas en derechos distintos, nos revela las facetas de su vida en el espacio. Con ello, el progreso jurídico resulta, sin duda, favorecido”.

el método comparado —adecuadamente utilizado— es válido y sirve en todos los casos que la dinámica constitucional nos pueda presentar.

Las obras escritas que en la literatura iuspublicística reciben el nombre de tratados sobre "*derecho constitucional comparado*" no son la exposición de los principios o normas de una nueva rama del derecho, sino que consisten en:

1º) obras exegéticas de ordenamientos constitucionales extranjeros (o sea, el *derecho constitucional* de otros Estados), o bien

2º) estudios de *derecho constitucional* "general" que por especial técnica del autor (su actitud científica) hacen uso intensivo del método comparado.

— Finalmente, que el método comparado aplicado en el *derecho constitucional* permite llegar a la formulación de conceptos jurídicos fundamentales a través de un proceso que —igual que en las otras ramas del Derecho a las que se aplica el mismo método— es "rigurosamente inductivo" (25); lo que ratifica la certidumbre acerca de la correcta ubicación del comparatismo dentro de la tradicional dualidad metodológica de las ciencias sociales. La "comparación" es una variedad más en las múltiples posibilidades de la inducción. Es una forma de inducción. Y esta es la confirmación más categórica en el sentido de que el llamado "derecho comparado" no puede ser considerado como una rama del Derecho sino como un método o, más precisamente, como *la específica aplicación de un determinado método científico*. Si cabe la figura, me atrevería a decir que la *inducción* es genérica y la *comparación* es específica; o, con otras palabras, que la comparación es una modalidad aplicativa de la inducción como camino metodológico en la investigación científica. La investigación jurídica requiere la aplicación de la inducción y de la deducción; y, para llegar a los terrenos de la abstracción y de la generalización, es menester —previamente— practicar una instancia de observación: es en esa instancia que podemos decir que la "comparación" forma parte del método inductivo-experimental, toda vez

(25) Conf., HERNANDEZ GIL, *ob. cit.*, p. 217. En un mismo sentido opinan AFTALION, GARCÍA OLANO y VILANOVA, *ob. cit.*, p. 98, cuando dicen: "El derecho comparado aparece así como método auxiliar de las otras disciplinas jurídicas. Es, además, un instrumento de primer orden para la verificación inductiva de los conceptos más generales del derecho, por los que se interesa la denominada teoría general del derecho".

que la comparación es al Derecho lo que la experimentación es a las ciencias naturales (26). Y es con la deducción, es una etapa especulativa, que se produce la integración metodológica indispensable para el pleno conocimiento del objeto del saber jurídico (27), completándose así el proceso mental de la investigación.

— Al comienzo de este trabajo señalamos que no es factible la construcción de la teoría constitucional y de un *derecho constitucional* “general” sin acudir a los aportes del método comparativo. Hemos insistido en destacar la pertenencia de la comparación al ámbito de la inducción, es decir, como parte de una de las dos operaciones metódicas y fundamentales del pensamiento. Sólo nos resta afirmar la relación entre la comparación como parte o especie de la inducción, por un lado, y la deducción como conocimiento especulativo, por otro lado. Si la “comparación” exige y supone una *valoración* (Bielsa), si la comparación conduce a la abstracción y a la generalización como puntos de destino, si la comparación es la vía para la búsqueda de sistemas; entonces —si todo eso es válido— también es válido y cierto que “el método comparativo supone el previo establecimiento de una tipología” (28), o sea, la

(26) En la obra de DUVERGER, Maurice titulada *Método de las ciencias sociales* (Ed. Ariel, Barcelona, 5ª ed., 1971) hay reiteradas afirmaciones en el sentido de que en las ciencias sociales la comparación cumple una función que en esas ciencias no puede cumplir la experimentación. Ver ps. 387, 411 y 419. Allí se dice: “La comparación próxima fundamentalmente constituye el substitutivo del método experimental en el terreno de las ciencias sociales. Al no ser posible aislar una variable y someterla a diversas condiciones de temperatura y presión, se la observa simultáneamente en gran número de condiciones naturales de temperatura y presión. La comparación próxima supone, pues, la previa formulación de unas hipótesis, las cuales debe precisamente verificar. La investigación se centra sobre un elemento de los fenómenos comparados y no se limita a confrontarlos “para ver”, sino que de antemano se sabe, muy exactamente, lo que se quiere observar y precisar. En esta cuestión, el empleo del método comparativo no puede separarse de una previa sistematización, no sólo para la definición de una tipología que permita determinar las estructuras comparables, sino también para la elaboración de una teoría, de un modelo hipotético, cuya realidad se pretende verificar” (ps. 419/420).

(27) Dice BOURDEAU, Georges, en *Método de la ciencia política*, Buenos Aires, Ed. De palma, 1964, que: “La tendencia predominantemente inductiva es propia de la observación y la prevalentemente deductiva, de la especulación” (p. 89).

(28) Conf., DUVERGER, Maurice, *ob. cit.*, p. 413. Este autor formula la diferencia entre la comparación próxima y la comparación remota, según que recaiga sobre tipos de analogía estructura y en parecidos contextos, o no. En la primera se buscan las diferencias (dada la gran analogía existente entre los modelos que se comparan), mientras que en la segunda se investigan fundamentalmente las semejanzas (dado el contexto lejano y la

disposición de un aparato conceptual teórico que permita al investigador comparatista determinar los objetos de sus comparaciones y saber qué es lo que se puede comparar y cómo se puede comparar. Es así que se cierra el círculo iniciado con la inserción del método comparado en el quehacer del científico jurídico, superándose tanto cualquier disociación metodológica cuanto toda apariencia de "sincretismo" o "mescolanza", para abrir paso a la necesaria armonía metodológica sin la cual la ciencia jurídica deja de ser tal.

XVIII. Reflexión final

No podría terminar este trabajo sin algunas reflexiones finales que trascienden lo constitucional para abarcar todo lo cultural y lo político. Permítaseme esta licencia a manera de tesis.

Comencé señalando el avance positivo que a mi entender significó la superación de la retórica y el establecimiento de un pensamiento analítico.

Ya al final me atrevo a añadir, que también será positivo devaluar la propensión a las *emotividades*, que por su permanencia y reproducción anegan el terreno del *derecho constitucional* y del derecho político.

Si Guido de Ruggiero clamaba por un "retorno a la razón", nosotros podemos bregar porque las ideas constitucionales se alimenten en un mínimo de racionalidad. La democracia es un sistema basado en la *conciencia social*, mientras que la autocracia se asienta en la *subconciencia* (conf., Hans Kelsen, ps. 94 y 148 de su obra "Valor y esencia de la democracia").

Dejemos las *emotividades* para nuestro quehacer —tan fecundo por cierto— en los partidos, en la iglesia, en el club y en el hogar. El hombre es un complejo combinado de emocionalidad instintiva y de racionalidad reflexiva. Debemos cuidar que sea armónica y equilibrada. Y, también, que cada cosa vaya a su lugar. Así como "es del César lo que es del César y corresponde a Dios lo que es de Dios", del mismo modo debemos situar

distante significación de los modelos tomados en cuenta). El mismo autor formula también la distinción entre comparaciones institucionales y comparaciones funcionales, según que la comparación recaiga sobre instituciones o sobre funciones. Por lo general, las comparaciones "próximas" son comparaciones "institucionales" (idem, p. 419).

el pensamiento constitucional en la faz de la racionalidad. Lo contrario sería muestra de inmadurez intelectual.

Cabe por cierto, puntualizar qué alcances le asignamos nosotros al actuar "racionalmente" del hombre: no se trata de una unilateralización que reemplace a otra, ni de cambiar un hombre unidimensional por otro también unidimensional; se trata, en vez, de buscar por la razón el equilibrio que recomendaba Max Weber al referirse a la ética de los medios y a la ética de los fines, en cuya virtud resulta que la pasión por las ideas y las ideologías no sea tan intensa que anule el cauce de las instituciones, y que la pasión por los fines no resulte tan ofuscante que impida hacer presente el límite que surge de las responsabilidades.

La educación y la cultura juegan un rol de primerísima importancia por cuanto son instrumentos aptos y viables para el fortalecimiento de la faz racional del hombre.

¿Cuál es la actitud del estudioso del *derecho constitucional*?

¿Qué debe hacer?

El constitucionalista debe saber lo que quiere y lo que puede, sin confundir los planos, como entre el del *ser* y el del *debe ser*, que son dos planos distintos.

Las filtraciones emotivas suelen ser para el *derecho constitucional* tan perniciosas o confusionistas, como lo son las impurezas metodológicas para la ciencia en general. No deben tolerarse más concesiones, si se quiere preservar el nivel de nuestra materia. Caso contrario, convertiremos al *derecho constitucional* en una charla de café, quitándole su base y su perspectiva.

No es posible hacer *derecho constitucional* sin partir de la "teoría constitucional", y ésta debe ser entroncada con la teoría general y con la filosofía jurídica. Debemos partir de una metodología del derecho, para resolver a través del *derecho constitucional* problemas de interpretación que se suscitan con la aplicación de las normas constitucionales. A su turno, para analizar los problemas de *funcionalidad* que presentan las instituciones políticas, el *derecho constitucional* debe acudir al apoyo metódico que le brindan las otras ciencias sociales en general y la Sociología Política en particular. Métodos, técnicas y enfoques de esa

procedencia servirán para completar el arsenal del *derecho constitucional* en el conocimiento de un objeto de estudio que se ha ampliado considerablemente bajo el nombre de "*El nuevo derecho constitucional*" como tan sabiamente lo ha bautizado el maestro Linares Quintana. Como un monstruo de dos cabezas, el *derecho constitucional contemporáneo* se ve precisado a atender el estudio de la Constitución a través de la Ciencia Jurídica y su metodología, a la vez que debe atender el conocimiento de las demás Instituciones Políticas mediante los soportes que le suministran otras disciplinas del género de las ciencias sociales.

¿Supervivencia de las ciencias sociales?

¿Perspectivas del Estado democrático?

Las respuestas dependen del cumplimiento de los recaudos institucionales señalados. Empero encuentro en la cadena un eslabón de debilidad: que el problema de la Democracia como supervivencia y perspectiva, ya no es un problema de imaginación, pues ha pasado a ser una cuestión de decisión.

Como bien señala Karl Popper: "No hay ninguna manera científica de elegir entre dos fines" (Popper: "Utopía and violence"—*The Hibbert Journal*, 46, año 1947/48—). Ergo, se está emplazado a tomar una *decisión*. Y esa decisión es una clara opción, entre la autocracia y la democracia; o si se prefiere, entre la monocracia autoritaria o totalitaria según los casos, y la democracia pluralista y constitucional.

Sabemos que ningún tipo se da como régimen químicamente puro; que, en cambio, predominan en concreto las notas características que tipifican idealmente a uno u otro. En la autocracia predominan la coerción como método y el poder como fin: mientras que en la democracia son preeminentes el consenso como camino, la libertad como ámbito y el hombre como la meta de todas las instituciones. La autocracia no oculta "la alta estima concedida al irracionalismo" (Kelsen, p. 143, ob. cit.); "mientras que la democracia manifiesta su preferencia por ideologías más racionales" (idem, p. 142).

A la opción por la autocracia o por la democracia se llega fatal e ineluctablemente, cualquiera sea el camino metodológico adoptado: tanto si partimos del razonamiento kelseniano que conduce a la "norma básica", como si partimos de un razonar decisionista, como de otro iusnaturalista;

siempre se arribará a un punto en que la lógica no sirve para despejar la antinomia: hace falta una elección; y a esa elección que tantas consecuencias tiene— llegan emplazados los individuos y las sociedades, que a su turno deben definirse.

Esto ha sido advertido por Hans Kelsen con su habitual clarividencia: “Para poner de relieve el respectivo valor de la democracia y la autocracia, hay que retroceder hasta los últimos fundamentos filosóficos en los que enraíza esta contraposición. Pues exige una conexión íntima entre los problemas de la política y los de la filosofía. Ciertamente, esa investigación no podrá conducirnos a una decisión objetiva entre las dos formas primarias de la estructura estatal. Pero puede ilustrar al individuo, para que sepa dónde referir su decisión, subjetivamente justificada, y sólo subjetivamente justificable, en el gran conflicto de nuestra época (ob. cit., ps. 130, 136).

Y valga a manera de epílogo la siguiente moraleja: “No acepten lo habitual como cosa natural, pues en tiempos de desorden, de confusión organizada, de arbitrariedad consciente, nada debe parecer natural, nada debe parecer imposible de cambiar”. ¿Quién dijo esto tan cierto, tan profundo, tan desafiante, tan difícil de alcanzar? Nada más ni nada menos que Bertold Brecht.

Que ese desafío nos sirva como acicate, como estímulo para una lucha que nunca cesará, porque el desafío de perpetuar la era constitucional está siempre sujeto a acechos, a amenazas y a temores; y sólo a través de una tarea constante se podrán vencer esos acechos, esos temores y esas dificultades para alcanzar el objetivo fundamental, que no es otro que el de asegurar un régimen de derecho que preserve la dignidad de la persona humana. Gran rol queda pues por delante para los constitucionalistas.

Para cerrar este trabajo, debo formular además de la apelación que acabo de hacer a la fe en el *derecho constitucional*, el peligro que entrañan todas aquellas actitudes de ostensible desprecio hacia la materia. Son muchas las que se han registrado a lo largo de la historia, pero el común denominador de todas ellas ha sido—sin duda alguna— el subestimarlos como si fuera propiamente algo subalterno, algo al servicio del formalismo, algo dedicado a la distracción; y no lo que realmente es, o sea, la herramienta fundamental para la defensa de un estilo de vida y de una calidad de vida. Porque es bueno repetirlo: del derecho constitucional y

de la vigencia de sus preceptos, depende en gran medida la calidad de vida de los pueblos.

¿Cómo vamos a olvidar la burla de Mussolini hacia el *derecho constitucional*? Y la formuló el Duce en el primer momento, es decir, en el discurso ante la Cámara pronunciado el 16 de noviembre de 1922 al asumir el poder, cuando se refería a los derechos de la revolución de los "camisas negras". En esa oportunidad, Benito Mussolini ironizó en forma pedantesca y sin ocultar su sarcasmo, el rol de los constitucionalistas, sosteniendo: "... dejo a los melancólicos celadores del superconstitucionalismo la tarea de disertar más o menos lamentosamente sobre ello". Huelgan los comentarios, toda vez que a partir de ese momento el régimen fascista no hizo otra cosa más que pisotear los pocos resabios que quedaban del régimen constitucional y finalmente arribó a la consagración de una dictadura de partido único.

Otra técnica de desprecio hacia el *derecho constitucional*, aparte de la burla, ha sido la del silenciamiento. En efecto, podemos traer a colación el caso del régimen de Napoleón III, denominado irónicamente por Víctor Hugo "Napoleón el pequeño", que no encontró mejor salida que desembarazarse de las limitaciones que el *derecho constitucional* esgrimía o articulaba frente a los abusos de poder, que disponer por decreto el cambio de denominación de la materia. A partir de allí el *derecho constitucional* se llamó, simplemente, "Derecho Público", quitándosele toda la connotación de contenido doctrinario con que había sido elucubrada en los tiempos iniciales de la creación de esa cátedra, como ya recordáramos, por Guizot en 1834, cuando se la encomendara a Pellegrino Rossi. Es obvio que a un personaje como a Napoleón Bonaparte, aunque fuera Napoleón III le molestaban las ataduras, los límites y los controles que un régimen constitucional supone.

Otro desprecio, quizás subconsciente, es el de los que he dado en llamar los constitucionalistas "sucedáneos", es decir, aquellos que únicamente se acuerdan del *derecho constitucional* cuando están en las malas. Me estoy refiriendo a todos aquellos sectores, organizaciones, partidos y personalidades que no tiene reparo alguno en subestimar u omitir lisa y llanamente las enseñanzas del *derecho constitucional*, ignorándolas en todo momento, excepto en la oportunidad en que pasan a ser víctimas de un régimen y se acuerdan repentinamente de que existe un *derecho constitucional* destinado a la protección de los derechos y de las garantías de las personas. Este es un sector de hipócritas

muy frecuentado en aquellos países en que la estabilidad constitucional es nula o es relativa; pero, tampoco han faltado especies de esta categoría, en países en que, por desgracia, tuvieron que pasar períodos de interrupción de la continuidad constitucional o de sometimiento a regímenes de fuerza (el caso de Francia entre 1940 y 1944, bajo el régimen de Vichy).

Y porqué no mencionar también otro caso posible, no ya de desprecio, sino de miedo al *derecho constitucional*. Me estoy refiriendo a la denominación de la materia en España durante el siglo XIX, es decir, en tiempos de monarquía absoluta y de profunda inestabilidad institucional. En esa España, la casa reinante veía con poca simpatía que en las facultades universitarias se dictara una asignatura que llevara el mismo nombre que llevaba el partido liberal que, precisamente, se autodenominaba Partido Constitucional. Esto es lo que explica que durante un largo período de la historia académica de España, el *derecho constitucional* fuera nada más que un capítulo de la asignatura Derecho Político, toda vez que esta última denominación resultaba para los censores más inocente y menos peligrosa; por lo tanto, podía ser admitida. En cambio, la denominación de *derecho constitucional*, era portadora de una connotación ideológica que estaba directamente enlazada con la limitación del poder y con el estado de derecho y, precisamente esos tópicos, no eran del agrado de los monarcas que pretendía a partir de Fernando VII intentar el reestablecimiento del Estado absolutista y el desconocimiento de la Constitución liberal de Cádiz del año 1812.

En nuestro país, por desgracia, aconteció algo semejante, aunque paradójicamente lo fue con el derecho político y no con el *derecho constitucional*: me estoy refiriendo al temor que la enseñanza de esta materia causaba en ciertos sectores políticos que en 1966, luego del golpe de Estado, consideraron que en la Universidad Nacional de La Plata era conveniente trasladarla al curso de doctorado, es decir, convertirla en una materia de posgrado y no en una materia común a todos los alumnos universitarios. Estaba latente la creencia de que el derecho político politizaba a los estudiantes y los inclinaba por la mala senda; cuando en rigor de verdad en todo lo contrario, a partir del momento en que el derecho político sirve para esclarecer el pensamiento con sentido crítico y con sentido analítico, abriendo los horizontes necesarios para poder determinar en la mente de los alumnos cuál es el camino correcto que deben seguir desde el punto de vista de las grandes opciones que plantea en la historia la lucha permanente por la libertad.

Cerramos ahora este análisis, con el enunciado de los tres grandes principios o reglas que consideramos que son pautas rectoras en el tiempo presente, que funcionan u operan como tendencias dominantes en el estado constitucional de derecho o democracia constitucional de aquellos países que permanecen fieles a las raíces más profundas que se originaron en los albores de la era constitucional. Y no se trata de reglas escritas ni de principios que estén expresamente enunciados como parte de un articulado constitucional; son, en verdad, enunciados que actúan como presupuestos de todo régimen que se precie de respetar las características antes enunciadas. Tales presupuestos son verdaderas condiciones y por lo tanto, de su cumplimiento, dependerá en gran medida cuál es la filiación del régimen que se analiza:

1° La ya recordada "regla de oro", según la cual *a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un vigorizamiento de los controles*, un aumento de las garantías, y un potenciamiento de la responsabilidad. Es el enunciado de que a mayor poder corresponde mayor control. Y este enunciado vale no sólo para las acumulaciones de poder político, sino también para toda acumulación de poder ya sea estatal o social. Es menester mantener perpetuamente el equilibrio entre el poder y la libertad; ya que de ese equilibrio depende en definitiva, no sólo la estabilidad del propio régimen, sino también el nivel de tolerancia y de asimilación que con el régimen tengan los ciudadanos, es decir los destinatarios del poder. Cuando esa regla se quiebra, cuando ese equilibrio se rompe, comienza una crisis que muchas veces puede desembocar en la interrupción del propio régimen o el reemplazo de ese régimen por otro de características diametralmente opuestas.

2° La regla de la cual se desprende una tendencia fundamental en el constitucionalismo contemporáneo, esto es, que *deben circunscribirse y limitarse los poderes discrecionales* a efectos de extender y acrecentar la órbita de las facultades regladas. Si en los albores del constitucionalismo la idea liminar fue reemplazar el gobierno discrecional o caprichoso de los gobernantes por el gobierno sujeto a las reglas de derecho, que fueran igualmente obligatorias para gobernantes y gobernados; hoy, la tendencia es a ensanchar la órbita del control a efectos de preparar la extensión de la instancia de la responsabilidad. Y para ello no queda otro camino, que el de vigorizar esos órganos de control, asegurando su independencia, aumentando la libertad de acceso al conocimiento de los datos y elementos a efectos de que pueda realmente practicar el control, y, además, sometiendo al control las partes fundamentales del proceso

político y de gobierno y no dejando fuera del control lo principal para reducir esa alta función del Estado a las partes inocuas o a las partes subalternas del proceso antes referido. El control debe recaer sobre lo realmente decisivo y decisorio en los procesos de gobierno, caso contrario, estaremos ante un control inocuo, es decir, un control que recae sobre aquello que no concierne directamente a la regularidad y a la normalidad del proceso decisorio.

3° La regla según la cual *a mayores jerarquías corresponden mayores responsabilidades*. Esta regla proviene del derecho civil y ha estado incluida en numerosos códigos civiles de diversos países. Por ejemplo, en la Argentina se desprende del art. 902 del viejo Código Civil (29) elaborado por Dalmacio Vélez Sarsfield en el siglo pasado; pero por la importancia de su contenido, no cabe duda de que tiene entidad constitucional, es decir, que pese a su rango legislativo, se infiere de ella un principio de validez superior que bien puede ser considerado entre los principios no enumerados, pero que en virtud del art. 33 de la Constitución Nacional gozan también de protección constitucional. Según esta regla, la instancia de las responsabilidades está directamente proporcionada a la elevación de las jerarquías en el plano de los roles que se cumplen en el poder público: no es lo mismo la responsabilidad de un subalterno que la responsabilidad de un dirigente o de un conductor. Por lo tanto, hace a la credibilidad de un régimen político de frente a la opinión de sus destinatarios, es decir, del pueblo, que se vivencie y se perciba claramente el funcionamiento de esta regla. De nada vale la multiplicación de los órganos de control si el actuar de éstos no conduce a la apertura de procesos de responsabilidad. Lo que el pueblo quiere, es, sin duda alguna, que recaigan sanciones sobre aquellos que han violado o se han apartado del ordenamiento vigente y que han causado por lo tanto un daño a la legalidad reinante. Para ello, cobran perfecta actualidad las advertencias de Montesquieu que hace dos siglos señalaba que mucho más peligroso que la levedad de las penas es la sensación de impunidad, con lo cual el célebre pensador francés hacía presente el riesgo de anomia que los sociólogos modernos han analizado más detenidamente al señalar que ese fenómeno suele ser la antesala de graves crisis en los procesos de legitimidad política y constitucional. No pueden haber dudas en torno a la necesidad de "aceitar" los mecanismos de

(29) Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (art. 902, Cód. Civil).

responsabilidad para que el pueblo recupere la credibilidad y la confiabilidad en sus gobernantes y cuente con herramientas en sus manos para poder segregarse de las funciones de gobierno a todos aquellos que han defraudado el mandato recibido.

Sólo cumpliendo fielmente estos preceptos podremos salir al paso de la seria advertencia, o mejor dicho de la muy clarividente percepción que el gran escritor venezolano Arturo Uslar Pietri formulara hace ya algunos años, cuando expresara que en América Latina asumía las proporciones de un verdadero espectáculo surrealista el divorcio que se observaba entre el cumplimiento de las normas y la verdadera realidad (30). ♦

(30) Para el estudio de los antecedentes más remotos de la materia, anterior al siglo XIX, véase la notable investigación de JORGE A. AJA ESPIL en su obra *En los orígenes de la Tradición Constitucional* (Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968). En este trabajo, el autor se remonta a lo que considera los primeros antecedentes catedráticos, que sitúa en Inglaterra en la época de William Blackstone (1723-1780).

V. DICTÁMENES DE LA ACADEMIA
NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES
DE BUENOS AIRES

EL PROYECTO DE LEY SANCIONADO POR EL SENADO DE LA NACIÓN EL 29/03/95

1) SOBRE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

1. El fomento de los llamados medios alternativos de solución de conflictos debe ser encomiado sin retaceos en la medida que aliente el desarrollo de formas no adversariales de alcanzar la realización de la justicia. Con ese alcance merece ser vista con buena disposición la idea que inspira el proyecto de ley sancionado por el H. Senado de la Nación el 29 de marzo ppdo., consideración que sin embargo se desvanece en cuanto, inspirado en propósitos que son ajenos a los principios y finalidades de estos medios, adopta una impronta estatista, sustrae el procedimiento del ámbito privado que es el ingerente a los intereses en juego y crea una nueva categoría de agentes públicos, los mediadores “oficiales” a los que otorga exclusividad en la función.

La preeminencia que este proyecto otorga a la mediación —desventuradamente impuesta con carácter obligatorio— en detrimento de la conciliación mantenida dentro de los lineamientos ya existentes en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pone de manifiesto el influjo de factores imitativos y circunstanciales que se han sobrepuesto a lo que ha sido tradicional en nuestro medio.

Lo plausible que resulta el estímulo a estas alternativas, se torna censurable cuando se las impone compulsivamente. Esta obligatoriedad no solamente es gravosa sino también irrazonable al establecérsela como etapa o requisito previo de admisibilidad de las demandas, sin cuyo cumplimiento queda obstruido el acceso a la justicia. Y merece fundados reparos en su constitucionalidad si, además, la mediación debe cumplirse en un ámbito ajeno a los tribunales judiciales.

El desmedro del proyecto del Poder Ejecutivo que sancionó el Senado se origina en haber implementado la mediación como un paliativo a la situación de emergencia generada por la sobrecarga de litigiosidad que sofoca la tarea judicial, es decir con una finalidad que es externa a este procedimiento. Está dicho sin tapujos en el mensaje del 8 de noviembre de 1994 con que se envió la iniciativa al Congreso de la Nación, ocasión en la que se expresa la confianza de alcanzar a través de estos medios un alivio para la situación de notoria crisis en que se encuentra la justicia. De esta manera, en vez de implementar la adecuación de las estructuras judiciales para tornar eficiente el servicio de justicia, se postula una iniciativa tendiente a limitar, desalentar o dificultar el acceso a los tribunales judiciales, imponiendo un procedimiento previo que se desarrollará fuera del ámbito del Tribunal, con lo que se espera que gran parte de la gran masa de juicios que abarrotan los juzgados, será desviada por medio de estos métodos alternativos, como sin recato se dice en el aludido mensaje.

La difusión de los métodos alternativos, más allá del aliciente que pueda recibir de la dotación de estímulos estatales, es prevalecientemente un problema cultural personal y social, en el que gravitan una serie de factores entre los que ocupan lugar privilegiado la educación y la idiosincrasia de la población. No es la prepotencia del legislador que los impone la fuente e donde emanará su fuerza expansiva; antes bien, se propagarán al compás de la persuasión que se vaya logrando en un medio acerca de la conveniencia o de la ventaja que resulta de adoptar esta salida para los conflictos que comprometen intereses meramente privados. Expresivo de lo primero es la negativa experiencia que resultó del régimen de conciliación previa introducido en el procedimiento laboral por la ley 12.948 (decreto-ley 32.347/44) cuya eliminación por la ley 19.345 nadie lamentó. Demostrativo de lo segundo es la práctica de ciertas comunidades extranjeras que, siguiendo tradiciones seculares, tras su radicación en nuestro territorio mantienen formas privadas de solución de los diferendos entre sus integrantes.

No resulta por otra parte desdeñable el remoto antecedente representado por el Tribunal de Concordia creado por el reglamento para la administración de justicia de las Provincias Unidas del Río de la Plata del 23 de enero de 1812 y al que se le asignó la función de procurar, con carácter previo y obligatorio en cualquier juicio civil, el avenimiento de los litigantes, pero que, frente a los inconvenientes y dilaciones que entrañó en la práctica el cumplimiento de esa función, fue suprimido por el estatuto provisional de 1815.

2. Lo dicho no es óbice para admitir la conveniencia de que ciertos tipos de situaciones conflictivas sean sometidas a procedimientos no adversariales previos, sea por la jerarquía de los valores involucrados, como ocurre en las crisis que afectan las relaciones familiares, sea porque su menor entidad patrimonial facilita los entendimientos de las partes, como ocurre con frecuencia en el marco de dispuestas que conciernen a los derechos de los consumidores.

La distinción precedente es ajena al criterio adoptado por el proyecto para deslindar su ámbito de aplicación. Antes bien, impuesta la mediación obligatoria genéricamente, el artículo 2° enuncia las excepciones sin demasiado rigor técnico. Es así que se incluyen en el enunciado ciertos actos procesales, como las medidas cautelares y las diligencias preliminares, excepciones ociosas puesto que no quedan alcanzados por la regla del artículo 1° por la simple razón de que no son supuestos de "juicios".

De difícil esclarecimiento resulta la razón que pueda haber guiado la selección de los supuestos excluidos. Es particularmente preocupante que se encuentren excluidos los conflictos de familia, a salvo las cuestiones patrimoniales derivadas de ellos. Esta solución contradice la opinión de la doctrina especializada que, contrariamente a lo establecido en el proyecto, postula la conciliación o la mediación en los procesos originados en las relaciones de familia. Sabido es también que, en consonancia con tal doctrina, el Proyecto de Tribunales de Familia de 1967 había incluido una instancia previa y obligatoria de conciliación ante un organismo que debía crearse con la denominación de Instituto de la Familia. En la misma orientación se movía el Proyecto de la Comisión creada en 1984 por el Ministerio de Educación y Justicia, disponiendo una conciliación voluntaria ante la Dirección de la Familia y otra obligatoria ante el juez. Y el Congreso Mundial de Derecho de Familia celebrado en El Salvador declaró la conveniencia de instrumentar una instancia conciliadora y mediadora en los conflictos familiares.

Tampoco se advierte fundamento para excluir a las causas laborales, abandonándose el criterio seguido por el proyecto de Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la nación redactado por la Comisión que el Ministerio de Justicia designó mediante Resolución 1296/93, en el que incluso se acepta la posibilidad de someterlas al arbitraje.

Es asimismo aconsejable agregar en el art. 2° como supuestos excluidos.

...11. Los juicios de desalojo.

12. Los juicios por cobro de pesos, de monto inferior a \$ 10.000.

Respecto de los primeros, la excesiva previsible prolongación de los trámites de mediación que lograrían los demandados, no justifica su aplicación en los juicios de desalojo, pues en ellos es indispensable el procedimiento sumario como exigencia del respeto del derecho de propiedad.

Tampoco es aconsejable la mediación en juicio de cobros de importancia menor, v. gr. Facturas de empresas industriales y comerciales, etc. que requieren un trámite breve para no comprometer la necesaria urgencia de cobro, para el normal desenvolvimiento de las empresas, especialmente en las pequeñas y medianas, por las que existe tanta preocupación en las autoridades encargadas de la conducción de la economía.

Por lo demás, ese mismo Proyecto no contempla la mediación como etapa previa y obligatoria sino como un procedimiento alternativo al que pueden recurrir las partes de común acuerdo y ya iniciado el juicio, con anterioridad a la designación de la denominada audiencia preliminar. Es obviamente desaconsejable la subsistencia de tal disparidad de criterios entre un Proyecto que, como el analizado, cuenta con media sanción del Senado, y otro que, según declaraciones del Ministerio de Justicia, ha alcanzado estado parlamentario.

3. El procedimiento establecido para la mediación obligatoria presenta preocupantes flancos a la crítica. Para comenzar por el principio, se abre la incógnita acerca de la razón por la que deba iniciarse a través de una formalización de la pretensión (artículo 4°) en sustitución del escrito de demanda. Si la mediación fracasa, habrá dos piezas descriptivas de las pretensiones del actor, ya que al escrito de demanda se habrá sumado la exposición efectuada en el formulario; la parcial falta de coincidencia deja planteado un interrogante acerca de si ello impedirá tener por cumplido el requisito y, en todo caso, cuál será el margen de tolerancia, si el juez lo decidirá de oficio o debe ser materia de alguna excepción por la parte demandada.

Al mediador se le conceden diez días desde que conozca su designación para fijar la fecha de la audiencia. La redacción anfibológica de la

norma deja sin precisar si el plazo es para notificar la fecha de la audiencia o para celebrarla. Pero además el artículo 6° olvida determinar el lugar en el que debe realizarse la audiencia de la que, por otra parte, el proyecto no vuelve a ocuparse dando en cambio paso a otro encuentro de contornos enigmáticos del que se ocupa el artículo 7°. Dentro de quinto día de notificada la audiencia, as partes “tomarán contacto” con el mediador, categoría de acto procesal harto desconcertante. No se esclarece ni el lugar del contacto, ni si es necesariamente personal, si importa una “sesión” a la que la parte debe concurrir personalmente (art. 11) o si puede hacerlo por representante, si el contacto será simultáneamente con ambas partes y, en tal caso, cómo se coordinará la oportunidad y el lugar. No es más feliz la descripción del objeto de este “contacto” destinado a que la partes hagan conocer al mediador “el alcance de sus pretensiones”. Toda vez que las pretensiones solamente pueden estar referidas al actor —al que el proyecto denomina sucesivamente “reclamante” (art. 4°) “presentante” (art. 5°) y “requirente” (art. 6°)— ellas ya debieron ser expuestas en el “formulario” sustitutivo de la demanda (art. 4°); de la otra parte no puede haber pretensiones (salvo que se admitiese una suerte de reconvencción a la que el proyecto no hace siquiera alusión), sino que en todo caso en oportunidad del intrincado contacto podrá manifestar los fundamentos de su oposición a las pretensiones de la contraparte.

Las facultades que el proyecto atribuye al mediador para hacer comparecer a terceros (artículo 8°) resultan desmesuradas, máxime si se tiene en cuenta que esta interviniendo en diferendos que conciernen exclusivamente a intereses privados de las partes. Si ha de mantenerse en este procedimiento la posibilidad de citar a terceros, tal resolución debería quedar reservada a una resolución del juez con audiencia de las partes.

La participación del tercero plantea otra dificultad de no poca monta.

En el transcurso de los sesenta días que el proyecto fija como límite temporal para la mediación obligatoria no se encuentra determinada la oportunidad hasta la cual puede ser citado el tercero, por lo que podría acontecer hasta el omento en que se consumiese totalmente ese plazo. Pero como el art. 9° establece que el curso para su cómputo se inicia con la última notificación “al requerido y/o al tercero”, cuando la citación de éste se produzca al aproximarse el vencimiento de los sesenta días corridos desde la notificación “al requerido”, la mediación tendrá un alonjamiento que podría llegar prácticamente a su duplicación.

Es particularmente preocupante que durante el período de la mediación, aun excluyendo la posible prolongación conjeturable por la tardía citación de un tercero, el mediador pueda convocar a las partes “a todas as audiencias necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley” (art. 10). Desde que la necesidad de las audiencias queda librada a la discreción del mediador y habida cuenta la gratificación (art. 22) con que se estimula su dedicación y eficiencia —que se manifiesta prioritaria y objetivamente por el éxito— no es aventurado conjeturar que en su consecución se multiplicarán las audiencias en la medida, que sea necesaria para llegar a un buen fin, aunque sea por vía del agotamiento o el hartazgo. No es ésta una hipótesis antojadiza porque basta recordar en el sentido de la aplicación de estos abusos algunas prácticas que desacreditaron la conciliación en los procedimientos laborales; y la aplicación de estos medios compulsivos es, según la explicación de un catedrático español, algo que se consiente en la medida que lo tolera la idiosincrasia propia del país, llegándose a celebrar sesiones agotadoras ni las que se encierran las partes con los negociadores y no salen hasta que haya “fumata blanca” y tal vez por agotamiento llegan a una solución.

Las señaladas posibilidades de distorsión se facilitan con la asistencia personal de las partes a las audiencias, a las que no se ponen límites de duración. A lo gravoso que resulta la disposición del tiempo de las partes durante el aludido plazo de sesenta días, se adiciona la obligatoriedad de la asistencia letrada (art. 119; porque al margen del régimen arancelario del art. 27, no será insólito que en la medida que se multipliquen las audiencias los letrados pretendan que los patrocinantes se hagan cargo del pago de las horas que deban dedicar a su asistencia. Por otra parte el proyecto no ha previsto la consecuencia del incumplimiento del patrocinio obligatorio, es decir ha omitido determinar la sanción que podría seguir al hecho de comparecer a las audiencias sin asistencia letrada.

La conclusión exitosa del procedimiento culmina con un acta firmada por el mediador, las partes y los letrados (art. 12). A diferencia de lo previsto por el proyecto frente a la hipótesis del fracaso de la mediación, lo que constará en acta de la que se entregarán copias a las partes (art. 14), no hay previsión expresa sobre la entrega de copias del acta en que conste el acuerdo. Ello plantea una incógnita sobre la acreditación del título en que se fundará la ejecución frente al incumplimiento del acuerdo. No se advierte, por lo demás, la razón que justifique, respecto

de la transacción con que culmina el procedimiento de mediación, el abandono que hace el proyecto de la regla sobre homologación del acuerdo establecida en el Código procesal en su artículo 308.

Es de dudosa ecuanimidad el carácter imperativo atribuido a la imposición de la multa en caso de incumplimiento del acuerdo, habida cuenta que tal hecho puede resultar de factores ajenos a la temeridad o a la malicia que son los fundamentos de dicha sanción.

El fracaso de la mediación contribuirá a la mayor onerosidad de los litigios. Está explícitamente dispuesto que los honorarios del mediador integrarán las costas (art. 21) y, no obstante la omisión del Proyecto sobre el particular, no parece dudoso que otro tanto acontecerá con los honorarios de los letrados que obligatoriamente deben asistir a las partes en la mediación, ya que constituyen gastos derivados de un trámite necesario e insoslayable para la realización del proceso.

No hay congruencia entre el criterio de los honorarios del mediador que según el art. 21 del Proyecto consistirán en una "suma fija y el que se establece en el art. 27 para los letrados sobre la base de porcentajes del monto el proceso cuando se trate de litigios susceptibles de apreciación pecuniaria. Más allá de otras objeciones que podrían dirigirse con relación a la regulación de honorarios en el proyecto, como v. gr. El ponerlos a cargo de los "mandantes" de los letrados, siendo que la mediación no puede cumplirse con mandatarios o representantes porque las partes deben intervenir personalmente (art. 11), lo cierto es que en definitiva este procedimiento incidirá en la mayor onerosidad de los procesos, contrariando el esfuerzo que viene realizándose en pro de su aligeramiento, tal como se ha hecho con la ley 24.432 y con el proyecto de ley de Concursos que el Senado sancionó en marzo ppdo.

4. La conciliación también ha sido objeto del Proyecto examinado, propiciándose a tal efecto una reforma del Código Procesal Civil y Comercial. Se implementa en tal sentido la realización de una audiencia guarda marcada analogía con la que en 1953 introdujo la ley 14.237 en su artículo 23 y que constituyó un notorio fracaso, en una época en que la realización de la audiencia era más factible por la iniciativa que se atribuía alas partes a su respecto y por la menor litigiosidad a la sazón existente. Ahora, en cambio, entre la obligación que se pone en cabeza de jueces sobrecargados de tareas para que fijen los hechos relevantes y seleccionen la prueba admisible, por una parte, y la dificultad de en-

contrar espacio en las agendas sin resquicios para a ubicación de más audiencias, el efecto previsible será una inevitable dilación en los ya demorados procesos. Cabe recordar a este respecto que fue precisamente el recuerdo del fracaso del art. 23 de la ley 14.237 —derogado poco tiempo después por el decreto-ley 22.434 se incorporase el art. 125 bis para intentar una finalidad próxima a la que ahora se persigue con el texto propuesto para nuevo artículo 360, pero cumpliéndose las actuaciones en la audiencia de absolción de posiciones, si agregar una audiencia más en los procesos.

En lo que específicamente concierne a la conciliación, esta audiencia que se introduce con el artículo 360 es reiterativa y prescindible. Ya el art. 36, inc. 2, apartado a) prevé entre las facultades ordenatorias del juez la consistente en “disponer en cualquier momento la comparecencia personal de las partes para intentar una reconciliación”; y más específicamente se determina la oportunidad de la absolción de posiciones para que el juez de la causa procure tal avenimiento, a cuyo fin se impuso su necesaria presencia en esa audiencia bajo pena de nulidad, siendo que obviamente a esa audiencia no podrá dejar de asistir personalmente el absolvente.

Cuadra no obstante señalar que, la ya mencionada sobrecarga de tareas que pesa sobre los juzgados nacionales, sumada a las notorias deficiencias que exige la actual infraestructura, condujo a la virtual derogación tácita del referido art. 125 bis del Código procesal pues en la práctica, con la implícita aquiescencia de las partes y de sus auxiliares, los jueces no asisten a la audiencia prevista por dicha norma, y cuando lo hacen, su presencia en el acto no pasa de ser una mera formalidad.

5. En suma, el proyecto de ley de mediación y conciliación es una iniciativa que en modo alguno arrojará beneficios. El desenfoque de su finalidad, que no lleva al auspicio de los medios alternativos no adversariales por la preparación cultural del medio acerca de sus beneficios, sino por la imposición a fin de limitar o condicionar el acceso a la justicia para aliviar la sobrecarga de litigiosidad que padece, está en el origen de las deficiencias de que adolece el Proyecto. Se suman a ello la delimitación antojadiza de los litigios sometidos al ámbito de la mediación obligatoria y las deficiencias de técnica jurídica que hacen previsible los tropiezos que enfrentará su interpretación y aplicación.

Los males derivados del congestionamiento de los tribunales que tanto afectan al servicio de justicia pueden tener soluciones más adecuadas,

si se apela a la creatividad a partir de los datos de la realidad que suministre y elabore la sociología jurídica. En ellas hay un amplio marco para los medios alternativos que deben ser estimulados a través de la divulgación, la educación y el fomento con todo tipo de alicientes, entre los cuales no pueden dejar de incluirse los tributarios.

2. SOBRE EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La Academia Nacional de Derecho Ciencias Sociales de Buenos Aires hace llegar al Honorable Congreso de la Nación su inquietud institucional por el incumplimiento del plazo fijado en el art. 114 y en la cláusula transitoria decimotercera de la Constitución Nacional para dictar la normativa que regule el Consejo de la Magistratura. La demora en sancionar la ley especial que aquella prescribe, irá generando nuevos conflictos y suspicacias.

En el actual debate sobre el modo de estructurar el futuro Consejo de la Magistratura debe tenerse muy en cuenta lo que enseñan experiencias extranjeras recientes, y las raíces de nuestra Constitución.

El Consejo de la Magistratura integra el Poder Judicial de la Nación, porque si bien carece como regla de atribuciones jurisdiccionales, su regulación forma parte de la sección tercera, capítulo primero de la Ley Suprema que determina la naturaleza y duración de este Poder. Por eso es relevante su integración, la determinación del número de sus miembros y el equilibrio en la representación que el propio artículo 114 determina.

Para afirmar este carácter y resguardar como cabeza de poder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación —art. 108 de la Constitución— se considera necesario que el Congreso sea presidido por su titular.

La inserción de este órgano en nuestro sistema institucional debe afirmar y no desvirtuar el principio de la separación de los poderes y la forma republicana de gobierno.

Le cabe al legislador la gran responsabilidad de saber armonizar nuestro sistema judicial tradicional, de raíz americana, con el nuevo mandato constitucional que otorga al Consejo una doble incumbencia, la administración del Poder Judicial y la potestad disciplinaria sobre los magistrados que integran los fueros de la justicia nacional. De ahí la

importancia de su composición, de quién lo presida y de las pautas con que la ley establezca su número y el equilibrio de su integración.

La experiencia de la Legislación comparada da cuenta de los inconvenientes de Consejos muy numerosos. Esto ha traído como consecuencia su extrema politización traducida en graves falencias en su funcionamiento.

Por ello es aconsejable un limitado número de miembros en su composición y un criterio selectivo y no político en sus designaciones.

En este orden de ideas, toda politización desvirtuará la verdadera función institucional del Consejo de la Magistratura, que es la de constituir un nuevo espacio de garantías en el que la alta calidad de los concursos para proveer los cargos asegure la idoneidad de los candidatos, así como una imparcial evaluación de sus títulos, antecedentes y trayectoria ejemplar.

Para privilegiar y preservar el sistema de separación de los poderes, a que aludimos, es conveniente excluir al Poder Ejecutivo en el nombramiento de los integrantes del Consejo. Y ello es así porque la facultad que le otorga el art. 99, cinc. 4° de la Constitución Nacional, de nombrar los jueces de los tribunales federales inferiores de una propuesta en terna vinculante del Consejo de la Magistratura, no se compadece con la de nominar sus representantes en el seno del Cuerpo que debe proponer las referidas ternas.

Es también aconsejable que los miembros del Consejo que representen a los Magistrados se designen por sorteo entre los integrantes de la más alta jerarquía de todos los fueros de la Justicia Nacional.

Una periodicidad que no debe exceder de tres años en el ejercicio de sus cargos, con una reelección; y la idoneidad que el art. 16 de la Ley Suprema exige para toda función pública—en su doble vertiente moral y técnico-científica— debe potenciarse en esta rama del Poder, y ser también condición ineludible de la Ley para quienes integren el Consejo de la Magistratura.

Finalmente, considerando que se trata de una función que constituye una carga honoraria por la dignidad y jerarquía que significa, debería ser no retribuida.

Buenos Aires, 31 de agosto de 1995.

3. SOBRE ORGANIZACIÓN DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario formular una declaración con referencia al proyecto de ley sobre la organización del Consejo de la Magistratura.

Oportunamente esta Academia emitió un dictamen destacando su preocupación por el incumplimiento del plazo fijado en la Constitución para poner en funcionamiento el Consejo de la Magistratura.

En ese dictamen se sostuvo que el Consejo integra el Poder Judicial de la Nación y que el criterio de idoneidad y de prescindencia política debía presidir su constitución.

El Honorable Senado de la Nación ha sancionado el proyecto de ley que ha pasado en revisión a la Honorable Cámara de Diputados. En este proyecto, si bien se reconoce que el Consejo de la Magistratura integra el Poder Judicial de la Nación, se dispone que estará integrado por un número excesivo de miembros (823), predominando quienes representen a los poderes políticos, Poder Legislativo (8) y Poder Ejecutivo (2), y que los representantes del sector académico y científico (3) deben ser profesores titulares de cátedras universitarias, designados por el Honorable Senado de la Nación.

La Academia reitera su dictamen en el sentido de que para la integración del Consejo debe privar el criterio de idoneidad y de prescindencia política, resguardando la separación de poderes, lo que no se cumple si la mayoría de los miembros serán designados por los poderes políticos, quebrándose así el objetivo de "asegurar la independencia de los jueces" que consagra el artículo 114, apartado 6, de la Constitución Nacional.

Por último, importa señalar que suscribieron una declaración en el sentido expuesto por esta Academia los colegios profesionales y los representantes del Poder Judicial y es lamentable que ello no se haya tenido en cuenta en el proyecto del Honorable Senado de la Nación.

Por ello, cabe esperar que la Honorable Cámara de Diputados rectifique ese criterio cuando considere el proyecto de ley aprobado por el Senado.

Buenos Aires, 25 de abril de 1996

4. SOBRE EL ESTABLECIMIENTO DEL JUICIO POR JURADO

El establecimiento del juicio por jurados, previsto en la Constitución de 1853/1860 y mantenido en la reforma de 1994, es materia de actualidad e interés para la opinión pública, por la trascendencia institucional que tendrá el someter a los habitantes de la Nación a un régimen que, aunque optativo, es extraño a nuestras tradiciones judiciales y del que dependerá la libertad de los individuos, que es el bien supremo garantizado por nuestro régimen de gobierno republicano.

La presentación de varios proyectos de ley, incluido el del Poder Ejecutivo y su consideración por el Congreso de la Nación, impone a esta Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires la obligación de dar su opinión al respecto, en cumplimiento del mandato estatutario de propender al perfeccionamiento del régimen legal del país.

El tema debe ser analizado desde el punto de vista de su oportunidad y de su conveniencia. En cuanto a lo primero, consideramos que ante la crisis que afecta a la justicia nacional, no resulta aconsejable introducir una nueva institución que pormenor que sea la inspiración a que responda, originará incertidumbre en los justiciables que podrán ser juzgados según criterios ajenos u opuestos al derecho, aumentando así la inseguridad jurídica que hoy padecen.

No menos inoportuno resulta agregar al ámbito estatal una nueva estructura judicial cuyos costos materiales, aún no evaluados, agravarán el excesivo gasto público en perjuicio de las cuentas nacionales y particularmente en momentos en que el presupuesto del Poder Judicial no puede satisfacer sus necesidades perentorias (edificios, equipamiento, mejoramiento tecnológico, etc.).

Respecto de su conveniencia, el tema es opinable. Esta Academia reconoce que la atribución legislativa para establecer el juicio por jurados no es cuestionable por su origen constitucional, pero esa atribución no es imperativa, sino una más de las que el poder constituyente ha dejado al criterio y oportunidad de los poderes constituidos, sin fijarle plazo como en otros casos. El juicio por jurados ha esperado hasta ahora ciento cuarenta y cinco años. Alguna doctrina lo ha considerado, además, derogado por "desuetudo" (desuso de la norma). No compartimos el criterio de que si no se lo sanciona habría que reformar

la Constitución, pues muchas otras instituciones previstas por el constituyente están y estarán pendientes de concreción o se han concretado tardíamente.

No consideramos que sea un argumento válido para sostener la instalación del juicio por jurados que en virtud se logre democratizar la justicia o acercar ésta al pueblo, porque nuestro régimen de gobierno constitucional no es la democracia directa o participativa sino la democracia indirecta o representativa (arts. 1° y 22 CN), en cuya virtud el pueblo soberano se expresa y actúa a través de sus representantes, en los tres poderes.

Si la idoneidad es el requisito constitucional para el ejercicio de cualquier función pública, preocupa seriamente que la de juzgar las conductas ilícitas de los individuos, que compromete su libertad, su honor y su patrimonio, quede librada a ciudadanos legos —no idóneos en la materia— que podrían condenar ignorando presupuestos básicos como son los concernientes a la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad y la exculpación.

No parece respetarse el derecho constitucional de igualdad ante la ley de todos los habitantes, cuando jueces legos pueden condenar a los responsables de delitos graves como el homicidio calificado y los que atentan contra la seguridad de la Nación, el orden constitucional y la administración pública, mientras que se requiere la decisión de jueces letrados para condenar a un deudor moroso a entregar una suma de dinero por insignificante que sea o por desalojar una vivienda por falta de pago. Este tratamiento diferente se agrava si advertimos que esta nueva forma de impartir justicia se aparta del debido proceso adjetivo” que garantiza el art. 18 de la Constitución Nacional, así como de la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuya virtud comporta exigencia constitucional que toda sentencia judicial debe ser derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa.

Buenos Aires, julio 23 de 1998.

5. SOBRE DERECHOS VARIOS

La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires señala con preocupación que la sociedad advierte que no se cumplen ciertas condiciones que, conforme a la Constitución Nacional y a la legislación vigente, son indispensables para el curso de la vida con arreglo a derecho.

Además de aliviar acuciantes problemas económicos y sociales, el Estado tiene otras obligaciones irrenunciables para con sus habitantes, entre las que se destaca garantizar el derecho a la seguridad personal, el de circular y trasladarse de un punto a otro del país, y el acceso a una justicia equitativa y administrada sin demoras.

Porque no se preservan esos derechos, ocurren asesinatos a diario de ciudadanos y agentes policiales, hay notoria inseguridad de la población y existe la amenaza de estallidos sociales en algunos puntos del país.

Esta Corporación considera que el aumento de la seguridad no se obtiene tanto con el agravamiento de escalas penales y la tipificación de nuevos delitos, sino mediante otras medidas que reclaman desplegar esfuerzos para aumentar las probabilidades de prevenirlos y de que los autores sean individualizados y reprimidos. No es suficiente amenazar con penas gravísimas, sino con la aplicación efectiva de las que están vigentes.

En materia de facultades policiales, es claro que pueden existir aparentes desacuerdos entre ellas y las garantías individuales, sin perjuicio de los posibles casos de corrupción, que perjudican una solución sensata. Esta Corporación considera que es lógico diferenciar las facultades policiales en los casos de delitos *in fraganti* de delitos confesos, y de delitos con pruebas posteriormente obtenidas.

El régimen de la capacidad de los menores para responder penalmente debería modificarse, ya que no es creíble que, de ochenta años a esta parte —fecha de sanción del Código Penal—, los menores hayan disminuido sus facultades cuando es evidente que las han aumentado hasta el extremo que menores de 14 años encabezan bandas de gran peligrosidad y son utilizados por mayores para la ejecución de hechos más graves.

Deberían revisarse las condiciones en que se cumple el régimen de la prisión preventiva, así como preverse una modificación que ajuste las condiciones para otorgar la libertad condicional.

El aumento de la delincuencia, principalmente en delitos aberrantes que cobran víctimas que parecen elegidas al azar, así como las conductas que so pretexto de reclamaciones o protestas lesionan los derechos y la vida de la población, exige que el Estado mediante la aplicación tan severa como justa de la ley, por sus órganos competentes, restablezca el orden público y la paz social que vemos seriamente amenazados. La lenidad en el cumplimiento de la ley conduce a la impunidad, que abre el camino a la subversión, al caos social y a la destrucción de las instituciones.

Buenos Aires, 2 de agosto de 2001

6. SOBRE EL FALLO DE LA C.S.J.N. EN LA CAUSA "ARANCIBIA CLAVEL"

—I—

Antecedentes

Si bien el fallo planea una gama amplia de cuestiones, la deliberación se centró en dos aspectos:

a) Irretroactividad de la ley penal, que el Considerando 22 del voto de la mayoría expone del siguiente modo:

"Que en razón de que la aprobación de la 'Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad' y su incorporación con jerarquía constitucional (ley 25.778) se produjo con posterioridad a la comisión de los hechos de la causa corresponde examinar la cuestión relativa a sí la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita se aplicaría al sub lite retroactivamente o si ello lesiona el principio nulla poena sine lege".

b) Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos en el orden jurídico argentino, especialmente en cuanto el Considerando 38 del voto de la mayoría expresa:

“Que, en tales condiciones, a pesar de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 62 inc. 2° en función del art. 210 del Código Penal corresponde declarar que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, por cuanto las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno quedan desplazadas por el derecho internacional consuetudinario y por la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” (leyes 24.584 y 25.778).

—II—

Comentario

1. La sentencia fue dictada por una mayoría de cinco votos contra tres; pero en lo que hace a los fundamentos la situación es distinta: cuatro jueces fundaron su decisión en la aplicación no retroactiva de normas consuetudinarias del derecho de Gentes y uno en la aplicación retroactiva de la Convención arriba mencionada.

2. Existen leyes y tratados que imponen la imprescriptibilidad de determinados delitos para el futuro, cuestión de naturaleza opinable. Pero los regímenes de prescripción, una vez vigentes integran el concepto de “ley penal” a los efectos de la garantía constitucional del artículo 18, y no pueden ser afectados retroactivamente por una norma —ley o tratado— posterior al hecho de la causa, esa ha sido la doctrina de la Corte desde el fallo “Mirás”.

La norma que establece la imprescriptibilidad de los denominados “crímenes de lesa humanidad” es la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, que fue firmada en noviembre de 1968. La Argentina la aprobó por ley 24.584 veintisiete años después, en noviembre de 1995; pero el depósito del instrumento ratificatorio —que perfeccionó jurídicamente la adhesión del país al tratado— no fue realizado sino hasta agosto de 2003, con el dictado del Decreto 589/03; y recién se le dio jerarquía constitucional en setiembre de 2003, por ley 25.778.

Sin embargo, en “Arancibia Clavel” la Corte consideró imprescriptible la acción penal con relación a hechos ocurridos el 30 de setiembre de 1974, veintinueve años antes de que la Convención que establece la imprescriptibilidad se incorporara al orden jurídico argentino.

3. A fin de evitar la objeción de estas aplicando retroactivamente una ley penal, los cuatro jueces que fundan su voto en normas consuetudinarias del derecho de Gentes, afirman que al momento de los hechos había normas consuetudinarias de *ius cogens* vigentes que establecían "desde tiempo inmemorial" la imprescriptibilidad de delitos de este tipo. Sin embargo, el intento no resulta exitoso: el instituto de la prescripción está contenido en el concepto de "ley penal" a los efectos de las garantías constitucionales, y la costumbre —por internacional que sea— no es una fuente del derecho aceptable en ese campo.

El texto del artículo 18 de la Constitución es expreso: "Ningún habitante de la Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo *fundado en ley anterior* al hecho del proceso". El principio de legalidad reserva lo penal a la Ley en estricto sentido material y formal, es decir a normas jurídicas dictadas por el Congreso de la Nación a través del procedimiento constitucionalmente establecido. Las otras fuentes del derecho tienen su lugar en el orden jurídico; pero no es aquí.

Este principio tiene ilustre prosapia y acompaña al Estado Constitucional de Derecho desde su nacimiento; ya Cesare Beccaria decía: "Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa a toda la Sociedad unida por el contrato social".

4. El quinto voto de la mayoría intenta sortear el escollo de la Constitución por otra vía: trata de evitar la objeción de inaceptabilidad de la costumbre como fuente del derecho penal aplicando retroactivamente la Convención de Imprescriptibilidad. Pero este intento tampoco es exitoso; los argumentos de oportunidad a los que apela son suficientes para superar la objeción: la ley penal debe ser previa, "anterior al hecho del proceso", en palabras de la Constitución.

No parece necesario referir aquí antecedentes doctrinarios ni jurisprudenciales del principio "*nullum crimen sine lege*", pero si es del caso traer a colación dos consideraciones volcadas en los votos en disidencia de este mismo fallo, para fundar la inaplicabilidad retroactiva de la Convención: la primera es la mención a la reserva establecida por el artículo 4° de la ley 23.313 a la adhesión argentina al pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, que sujeta su aplicación a lo establecido por el artículo 18 de la Constitución; y la segunda es la referencia a que, por imperio de sus artículos 27 y 75, inc. 22, los tratados internacio-

nales con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de su primera parte.

5. Existe un claro obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal; y el principio de reserva legal opone un reparo constitucional insalvable a la costumbre como fuente de a pretensión punitiva del Estado. Y —como se ha señalado— el fallo en análisis adolece de inconsistencia entre mayoría de decisión y mayoría de fundamentos.

En efecto: cuatro jueces, para no violar el principio de irretroactividad, fundan su decisión en la costumbre; con lo que violan el principio de legalidad. El quinto juez, para no violar el principio de legalidad, aplica una Convención internacional incorporada al derecho argentino con posterioridad al hecho del proceso; con lo que viola el principio de irretroactividad.

6. El status jurídico de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad” está determinado por el artículo 75, inc. 22, de nuestra Carta Magna, que establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos por ella reconocidos”.

7. Es relevante para el análisis de este fallo la interpretación que uno de los jueces concurrentes a la mayoría realiza de la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. Sostiene —con cita del precedente “Monges”— que ese texto “indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir”.

Ello lo lleva a concluir que la Corte “no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución”, ya que “si los tratados con jerarquía constitucional tuviesen rango inferior a la Constitución debería declararse su inconstitucionalidad en caso de colisión. Pero tal colisión —concluye— no puede suscitarse”. Sin embargo, en el caso la colisión se produce y el argumento del voto en comentario no la resuelve.

8. El lenguaje de la Constitución es lenguaje jurídico y no debe reducirse a lenguaje informativo. Cuando la constitución dice "no derogan artículo alguno" no nos está informando la comprobación de un hecho; está estableciendo una norma. Es el mismo caso del artículo 15, cuando dice "en la Nación Argentina no hay esclavos..."; no está informando la inexistencia fáctica de personas sujetas a esa servidumbre; está aboliendo la esclavitud.

El texto del art. 75, inc. 22, no nos está informando de cierta actividad intelectual realizada por los convencionales; está preservando la vigencia de todos los artículos de la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión con un tratado internacional que, por el mecanismo previsto, se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico con jerarquía constitucional.

Garantizar esa vigencia, si está en el ámbito del control judicial de constitucionalidad.

—III—

Conclusiones

1. El fallo fue decidido por una mayoría de 5 a 3, pero sólo 4 jueces coincidieron en los fundamentos. Esta disparidad de fundamentos pone en cuestión la aplicabilidad de su doctrina y su valor como precedente.

2. La prescripción de la acción penal no es una garantía constitucional, pero integra el concepto de "ley penal" y no puede ser afectada retroactivamente. La "Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad", es posterior al hecho de la causa.

3. Existe obstáculo constitucional a la aplicación retroactiva de la ley penal y a la costumbre como fuente de la pretensión punitiva del Estado. Cuatro jueces fundan su decisión en la costumbre, con lo que violan el principio de legalidad; el quinto aplica una Convención posterior, con lo que viola el principio de irretroactividad.

4. La Convención es un tratado internacional con jerarquía constitucional, que según el artículo 75, inc. 22, no deroga ningún artículo de la primera parte de la Constitución. Esa norma preserva la vigencia en la primera parte de la Constitución frente a cualquier eventual colisión

con un tratado internacional. En el caso la colisión se da y la vigencia del artículo 18 debe ser garantizada.

7. SOBRE TRATADOS INTERNACIONALES Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires sobre los Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional

Ante la doctrina judicial sustentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas "Arancibia Clavel" (que motivó el dictamen de esta Corporación de fecha 7 de diciembre de 2004), "Espósito" y "Simón", en los que el Alto tribunal se pronunció a favor de la primacía de los tratados y convenciones de derechos humanos sobre la Constitución Nacional, la Academia Nacional de Derecho y ciencias Sociales de Buenos Aires considera necesario expresar su opinión y dictamina:

1. El Art. 75, inc. 22, 2° párrafo de la Constitución Nacional establece que los tratados y convenciones de derechos humanos que allí se mencionan tienen jerarquía constitucional, pero siempre que cumplan tres requisitos:

a) En las condiciones de su vigencia (reservas y cláusulas interpretativas que introdujo el gobierno argentino en el momento de su ratificación).

b) No derogan ningún artículo de la primera parte de la Constitución.

c) Sólo pueden tomarse como complemento de los derechos y garantías constitucionales para la interpretación de los mismos. Tanto es así que, en el seno de la Convención Constituyente de 1994, la Comisión de Integración y Tratados Internacionales había redactado un proyecto por el que daba primacía absoluta a los tratados por sobre el derecho interno, es decir que establecía el suprainternacionalismo. Pero fue cambiado por el texto del Art. 75, inc. 22 vigente. Este, obviamente, tiene una redacción muy distinta a la del proyecto de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales.

2. El Art. 27 de la Constitución Nacional no ha sido derogado ni se encuentra subordinado a los tratados internacionales. Por otra parte,

los propios tratados de derechos humanos enumerados en el Art. 75, inc. 22 2° párrafo establecen los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, etc. Más aún, uno de ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha dado jerarquía constitucional al principio de ley penal más benigna, que hasta entonces sólo tenía nivel legal (Art. 2 del Código Penal).

3. Los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal, ley penal más benigna, cosa juzgada, derechos adquiridos, no sólo están en el texto de la Constitución Nacional, sino en su espíritu y, más aún, constituyen la esencia del constitucionalismo clásico de los siglos XVIII y XIX. Principios que no han sido modificados por las etapas posteriores del constitucionalismo, que tienen varios siglos de vigencia y que nunca han sido cuestionados.

4. La Convención sobre imprescriptibilidad de las penas, a la que en el año 2003 se le otorgó jerarquía constitucional, de conformidad con el Art. 75, inc. 22 3° párrafo de la Constitución Nacional, obtuvo esa calidad por el Congreso que, por emanar de un poder constituido, no puede alterar las prescripciones que la propia Constitución (poder constituyente) dispone que nos e pueden derogar, entre las cuales se encuentran los principios de nuestro derecho público constitucional antes enunciados, cuyo rango es superior a tenor del Art. 27 de la Constitución Nacional.

5. La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su Art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino, y si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6° u 7° de la ley 24.309 que convocó a la Convención reformadora y que disponen que ella no puede introducir modificación alguna en la primera parte de la Constitución (Arts. 1 al 35 inclusive), lo que así corresponde de *lege ferenda*.

Buenos Aires, 25 de agosto de 2005

INDICE ANALÍTICO

ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

Avances, 202 y ss.
Evolución del sistema procesal administrativo argentino, 195 y 57.
Filiación histórica, 177, ss.
Generalidades, 177 y ss.
Retrocesos posteriores, 197 y ss.
Visión de conjunto, 187 y ss., 207.

AMPARO (ACCIÓN, PRETENSÓN, PROCEDIMIENTO DE)

Análisis del régimen constitucional vigente, 462 y ss.
Aperturas, 449 y ss.
Crisis de la idea del amparo, 462.
Dos notas definitorias, 4441 y ss.
El amparo frente a 'otro medio judicial más idóneo', 456 y ss.
Evolución, 469 y ss.
Los proyectos de leyes reglamentarias, 465 y ss.
Revalorización, 472, ss.
Visión crítica de la Reforma Constitucional de 1994, 466.
Visión favorable de la Reforma Constitucional de 1994, 469 y ss., 482 y ss.

ARBITRAJE, CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y RECURSO EXTRAORDINARIO

Control de constitucionalidad, sistema argentino, 319 y ss.
Generalidades, 311 y ss.
Laudo arbitral. Caracterización, 314.
Naturaleza del, 311.
Recurso extraordinario y, 320, 321.

'COMMON LAW'. LOS PRECEDENTES

Generalidades, 243 y ss.
Hechos, relevancia e irrelevancia de los 246, y ss.

La sentencia de norma jurídica individual o norma general extraída de los precedentes jurisprudenciales, 250 y ss.

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

Debate complementario de las exposiciones, 106 y ss.
Caracterización, 98 y ss., 101 y ss.
Generalidades, 97 y ss.

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

Sobre Derechos Varios, 760.
Sobre el Consejo de la Magistratura, 755, 757.
Sobre el Juicio de Jurado, 758.
Sobre la sentencia de la C.S.J.N. en la causa 'Arancibia Clavel', 761.
Sobre Mediación y Conciliación, 747.
Sobre Tratados Internacionales y la Supremacía de la Constitución Nacional, 766.

EL PROCESO CIVIL MODERNO. PANORÁMICA

Control de constitucionalidad, dilatación, 293.
Deber de colaboración, 305 y ss.
Generalidades, 287 y ss.
La garantía de la defensa y los procesos colectivos, 297 y ss.
Legitimación de obrar, importancia, 289.
Litigios, categorías de los, 291.
Proceso civil del futuro, 307 y ss.
Reestructuración funcional: eficacia y metas del, 301 y ss.
Visión de conjunto, 290 y ss.

ÉTICA DE LOS JUECES

Análisis pragmático, 323 y ss.
Axiología procesal 364, y ss.
Axiología social, 375 y ss.
Coraje moral, 358.
Deontología y normas judiciales, 335.
Ética, docencia y judicatura, 390 y ss.
Generalidades, 324 y ss.
Importancia del tema, 324 y ss.
Juzg. el deber ético de pagar el impuesto a las ganancias, 393.
Juez, deber ético de pagar sus deudas, 392.
Normas que prestan apoyo, 359.
Orígenes, 324.

Quién regula, 336.
Razones de la ética práctica, 325 y ss.
Regla general, 342.
Síntesis y conclusiones provisionales, 396.
Terminología, 332.
Valores específicos en el juez, 341, 343 y ss.
Una o muchas éticas, 339.

GLOBALIZACIÓN, CRECIMIENTO Y BIENES PÚBLICOS

Bibliografía, 67.
Doctrina, 63.
Generalidades, 63 y ss.
La justicia como bien público, 66.

LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Doctrina de la Corte Suprema, crítica, 75 y ss., 95.
Generalidades, 69 y ss.
Interpretación teleológica y sistemática, 75 y ss., 85 y ss.
Supremacía de la Constitución Nacional, 85 y ss.

LA CORTE SUPREMA Y EL CASO 'ARANCIBIA CLAVEL'

El derecho de gentes y los delitos internacionales, 52.
El caso planteado y su decisión judicial, 43.
Generalidades, 43 y ss.
Irretroactividad de la ley penal, 50.
La costumbre no puede crear delitos ni penas, 47.
La ley como fuente única del derecho penal, 45.
Los tratados con jerarquía constitucional y la Constitución Nacional, 55.
Revocación de la prescripción, 60.
Tratados, adecuación con los principios de derecho público, 59.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Asistencia obligatoria, 648.
Criterios de evaluación, 647.
Desarrollos del tomo, 652 y ss.
Doctorado, 650.
Enseñanza a distancia, 648.
Exámenes libres, 648.
Generalices, 631 y ss.; 651 y ss.
Ingreso a la Universidad, 633.
Método de enseñanza, 646.

Métodos de promoción, 647.
Orientación profesional académica, 646.
Plan de estudios, 638 y ss.
Posgrado, 650.
Síntesis, 650.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

Apoyaturas teóricas, 690 y ss.
Cátedras, perfiles, 680 y ss.
Constitucionalismo latino, 709 y ss.
Derecho constitucional aplicado, 683.
Derecho constitucional 'clásico' y 'nuevo', 702.
El comparatismo, 716 y ss.
Enfoques en el Derecho Constitucional, 686 y ss.
Excesos y desviaciones, 699.
Generalidades, 659 y ss.
Innovaciones sucesivas, 663 y ss.
Joaquín V. González y la orientación platense, 670.
Las llamadas escuelas, 667.
Modalidades de la enseñanza, 684 y ss.
Niveles de estudio y enseñanza, 700.
Orígenes, 660.
Principales tópicos de divergencia, 688.
Programas 680.
Propuestas, caminos, actitudes, 704 y ss.
Síntesis, 736 y ss.
Surgimiento en la Argentina, 660 y ss.
Tendencias jufilosóficas, 693 y ss.
Ubicación en los planes de estudio, 680 y ss.

LA JUSTICIA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Análisis en particular luego de la Reforma de la Constitución de 1994, 209 y ss.
Facultades propias, 215.
Generalidades, 209 y ss.

MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Clases de, 404 y ss.
Contracautela, 422.
Cuestiones comunes, 415 y ss.
Fundamento de las, 401.
Generalidades, 397 y ss.
La medida cautelar genérica, 411.

Las autosatisfactivas, 413 y ss.
Medidas cautelares de contenido positivo, 411.
Medidas cautelares típicas, 405 y ss.
Reflexiones finales, 415 y ss.
Supremacía del acto administrativo, 407 y ss.

MINISTERIO PÚBLICO

Generalidades, 133 y ss.
Reforma Constitucional de 1994, caracterización, 123 y ss.
Visión general y crítica, 127 y ss.

PACTO DE ESTADO PARA LA JUSTICIA

El derecho, la realidad y el proceso, 8 y ss.
Generalidades, 3 y ss.
La Justicia y su situación actual, 13.
Necesidad y conveniencia de un, 3 y ss.
Propuestas, 22.
Vectores fundamentales, 18.
Visión de conjunto, 14.

PODERES INHERENTES DEL PODER JUDICIAL

Caso 'Chambers v. Nasco Inc.' (certiorari), 168 y ss.
Código Civil argentino, la distinción, 167.
Derecho civil constitucional, 165.
Doctrina argentina contemporánea, 163.
Doctrina judicial, 160.
Fallos de nuestra Corte Suprema, 161 y ss.
Generalidades, 165 y ss.
La cláusula elástica, 159.
Poderes no delegados (en el Derecho de los EE.UU. de A.), 157.
Poderes inherentes, 161.

POLÍTICA CRIMINAL. PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS

Bibliografía, 270, 271, 272.
Clases de penas, 267 y ss.
Espíritu de moderación, 259.
Facultades policiales, 264.
Generalidades, 257 y ss.
Jueces de instrucción y fiscales, 260.
La reeducación, 269.
Visión de conjunto, 258 y ss.

PROCESOS CONCURSALES

- Acceso de los representantes y acreedores extranjeros, 585 y ss.
Conclusiones sobre propuestas y mejoras del sistema concursal, 662 y ss., 611 y ss., 629 y ss.
Concurso preventivo, 493
Concurso transnacional 569.
Cooperación entre tribunales, 589 y ss.
Cuestiones de derecho internacional privado, 595 y ss.
Deudor domiciliado en el extranjero, 599 y ss.
Disposiciones generales de la Ley Modelo, 581 y ss.
Generalidades, 491 y ss.
Insuficiencia de las reglas argentinas de Derecho Internacional Privado concursal, 573 y ss.
La empresa como centro de atención concursal en el Siglo XX, 494.
La prospectiva, 530 y ss.
La última década del siglo XX, 499 y ss.
Ley modelo de Uncitral, 573 y ss.
Paridad en los dividendos, 622 y ss.
Pasado, presente y futuro del Derecho concursal, 491 y ss.
Principio de conservación de la empresa, su aplicación en la Argentina, 496.
Propuestas para un sistema concursal más eficiente, 505 y ss.
Ruptura de la ecuación 'quiebra = defraudación', 492.
Sistema legal actual, las novedades de la ley 24.522, 519 y ss.
Situación de los acuerdos extranjeros, 611 y ss.
Tratados internacionales, el camino que sigue la experiencia mundial, 576 y ss.

SEGURIDAD JURÍDICA

- Generalidades, 25 y ss.
Notas caracterizantes, 27 y ss.

SISTEMA JUDICIALISTA

- El derecho hispánico antiguo, punto de partida, 146.
Error histórico inicial, 136.
Fuentes, 148 y ss.
Generalidades, 133 y ss.
La Constitución de Cádiz de 1812, 139.
Origen hispánico, 133.

TRIBUNALES INTERNACIONALES ESPECIALIZADOS. SU CREACIÓN

- Conclusiones finales, 444 y ss.
Crecimiento de los Tribunales Internacionales especializados, 442 y ss.
Fundamento jurídico para su creación por los Estados, 436 y ss.

Generalidades, 427 y ss.
La polémica sobre su creación, 430 y ss.

TRIBUNALES PENALES, LA REALIDAD JURÍDICA Y LA PROYECTADA INTEGRACIÓN

Derecho público provincial, 280.
Doctrina procesal, 277.
El jurado, 278 y ss., 287.
Generalidades, 273 y ss.
Visión del jurado proyectado, 282 y ss., 287.

USUARIOS Y CONSUMIDORES. PROTECCIÓN

Conclusiones, 241.
Generalidades, 221 y ss., 231 y ss.
Visión de conjunto y aspectos particulares, 231 y ss.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 2da QUINCENA DE AGOSTO DE 2006
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA



LA LEY



E601

ISBN 987-03-0912-7



9 789870 1309123