

ANALES

DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

TOMO XLIX
AÑO ACADÉMICO 2010

CÓRDOBA
REPÚBLICA ARGENTINA

Academia Nacional de la Historia
Anales. - 1a ed. - Córdoba : Academia Nacional de Derecho y Ciencias
Sociales de Córdoba, 2011.

298 p. ; 23x16 cm.
ISBN 978-987-1123-78-0

1. Derecho. I. Título.
CDD 340

Fecha de catalogación: 25/08/2011

Las opiniones vertidas en los distintos artículos son de
exclusiva responsabilidad de sus autores

Queda hecho el depósito que marca la ley

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA**

*AUTORIDADES
(Período 2010 - 2013)*

JUAN CARLOS PALMERO
Presidente

JULIO I. ALTAMIRA GIGENA
Vicepresidente

JORGE DE LA RÚA
Secretario

ARMANDO S. ANDRUET (h)
Tesorero

LUIS MOISSET DE ESPANÉS
Director de Publicaciones

HÉCTOR BELISARIO VILLEGAS
Revisor de Cuentas

Dirección: Gral. Artigas 74 – 5000 – Córdoba

Tel. (0351) 4214929 – FAX 0351-4214929

E-mail: secretaria@acaderc.org.ar

Consulte novedades doctrinarias en la

Página Web: www.acaderc.org.ar

REPÚBLICA ARGENTINA

Presidentes Honorarios

PEDRO J. FRÍAS

OLSEN A. GHIRARDI

LUIS MOISSET DE ESPANÉS

Para mayor información institucional de la
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
visitar *www.acaderc.org.ar*

**EXPOSICIONES
DE
ACADÉMICOS**

**LOS ESTUDIOS DE DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO EN LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE
CORDOBA - SIGLOS XIX-XX**

**Protagonistas, planificación académica y perspectivas
disciplinares ¹**

por RAMÓN PEDRO YANZI FERREIRA ²

SUMARIO: La nueva disciplina Derecho Internacional y su incorporación en 1857 en los planes de estudios de la Carrera de Abogacía. Breve análisis de los programas. Los catedráticos: obra científica y académica. José Cortés Funes. Alejandro Vieyra. José del Viso. Francisco Alfonso. Emilio Baquero Lazcano. Carlos Felipe Castellano Garzón. Livio B. Rossanigo. Roberto Bartolomeo Carlomagno. Julio Ariel Macagno. Pedro Enrique Baquero Lazcano. Ernesto Rey Caro. Luis Savid Bas. Zlata Drnas de Clément. Arturo Santiago Pagliari. Graciela Salas. Conclusiones.

Esta investigación, que es parte de un trabajo mayor que aborda la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba a través de la historia de sus cátedras, se inicia en 1857 cuando la disciplina que nos ocupa, *Derecho Internacional*, se incorpora por primera vez al Plan de Estudio de la Carrera de Abogacía ³.

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día el 30 de marzo de 2010.

² Académico de número y director del Instituto de Historia del Derecho y las Ideas Políticas Roberto I. Peña.

³ Con el plan de estudios de la carrera de abogacía que entró en vigencia en 1857, se reorganizaron los estudios de Derecho del siguiente modo: en el primer año se estudiaba el Derecho Romano, el Derecho Canónico y el Derecho Natural, mientras que el segundo año comprendía los estudios del Derecho Romano, Derecho Canónico y Dere-

Concluye en los tiempos que corren, al cumplirse la primera década de la reforma curricular ocurrida en el año 2000, por Resolución N° 207/99 de fecha 2 de agosto de 1999, aprobada por el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho ⁴.

En el trabajo se analiza el origen y desarrollo de las distintas planificaciones académicas de la disciplina, sus específicas estrategias curriculares, la ubicación de la materia en las programaciones anuales, los elencos bibliográficos utilizados, la vida y la obra de los catedráticos que tuvieron a su cargo la enseñanza de la materia, la proyección de la labor llevada a cabo por la distintas cátedras en el horizonte provincial y nacional, como así también las corrientes doctrinarias que orientaron y dieron forma a los contenidos de la enseñanza, a través de los 153 años de su ininterrumpido dictado

Destacamos que la investigación aborda con exclusividad el desarrollo del *Derecho Internacional Público*, pues en 1887 la disciplina pasó a ser denominada de este modo, quedando su espacio ubicado entre las materias que se enseñaban en el primer año de la Carrera de Abogacía

Nuestra búsqueda comprende asimismo la indagación de la labor llevada a cabo por el Instituto de Derecho Internacional Público, creado en la segunda mitad del siglo XX, hasta su cierre el 13 de marzo de 1985 por Resolución N° 2/85 del Consejo Directivo de la Facultad.

Finalmente, el trabajo incluye un apéndice documental que transcribe el primer programa elaborado por el primer catedrático doctor José Cortés Funes, cuando la materia ya se denominaba *Derecho Internacional Público*.

cho Internacional. El Derecho Patrio, el Derecho Canónico y Economía Política abarcaban el tercer año y los estudios de Procedimiento y de Derecho Constitucional Argentino integraban el cuarto año.

⁴El plan de estudios 207/99 aumentó la presencia de los contenidos de Derecho Público, con la incorporación de nuevos núcleos disciplinares en las dos nuevas materias: *Derecho Procesal Constitucional* y *Derecho Procesal Administrativo*, amén del ciclo de las materias optativas entre cuyas ofertas académicas se registra: *Derecho Parlamentario y Técnica Legislativa*, *Derecho Electoral Argentino*, *Derechos de la Integración*, *Historia del Pensamiento Político*, *Derecho Municipal y Profundizado*, *Derecho Constitucional Comparado*, *Derecho Tributario Constitucional*, *Funcionamiento de las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales, Regiones, Provincias y Municipios en los Procesos de Globalización e Integración*, etc.

La nueva disciplina Derecho Internacional y su incorporación en 1857 en los planes de estudios de la Carrera de Abogacía. Breve análisis de los programas

La enseñanza del Derecho Internacional se crea en 1857, incorporándose el estudio en el segundo año de la Carrera de Abogacía.

El 6 de enero de 1870, durante la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento, se dicta el decreto del Poder Ejecutivo Nacional, mediante el cual se aprueba la nueva organización proyectada por el Consejo de Catedráticos de la Universidad Nacional de Córdoba, que reforma el Plan de Estudios vigente entonces.

La planificación académica del derecho internacional queda subsumido en un nuevo diseño: *Derecho Internacional Público y Privado*. Se adopta, para su estudio el texto de Heffter.

En la sesión ordinaria del Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, correspondiente al 4 de abril de 1883, la materia vuelve a llamarse *Derecho Internacional* y se ubica en el primer año de la Carrera de Derecho.

En tanto en 1887, el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho fue reformado y la materia pasó a ser designada como *Derecho Internacional Público* quedando asignado su espacio entre las disciplinas que se enseñaban en primer año.

Esta situación se mantuvo en las reformas de 1889 y 1894.

En las reformas curriculares de 1895, 1896, 1907, 1909, 1918, 1942, 1946, 1949 y 1953, se decidió impartir su dictado en el segundo año. La reestructuración del año 1956, ejecutada por el delegado interventor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, la ubicó en el primer año de la carrera, con el nombre de *Derecho Internacional Público e Historia de la Diplomacia Argentina*, característica que se mantuvo hasta 1975.

En 1975 y hasta el advenimiento del Plan de Estudios de la Carrera de Abogacía, aprobado por el Honorable Consejo Directivo el 2 de agosto de 1999 y puesto en vigencia en el año 2000, la materia volvió a dictarse en el segundo año, con el nombre de *Derecho Internacional Público*.

Entre 1883 y 1887, el programa de la materia, utilizando para su enseñanza, el texto de Blunstchli, privilegiaba el estudio de los conflictos bélicos internacionales; en tal sentido, comprendía el sistema de violacio-

nes al derecho internacional, sus medios de control y represión, el estado de guerra, los efectos inmediatos de su declaración, el régimen de la propiedad privada enemiga en los procesos de guerra marítima, el fin de la guerra, los daños causados por ésta, los sistemas de neutralidad, el bloqueo, el derecho de visita, el consejo de presos, etc. Es decir, básicamente el contenido de este programa trata sobre temas del Derecho Internacional Público.

En 1887, cuando la materia cambia su denominación y adopta la designación de *Derecho Internacional Público*, incorpora nuevos contenidos que avanzan en metodología y sistematización. Se define la disciplina, en su campo de estudios se caracterizan los rasgos particulares y propios de la noción de Estado, se aborda el estudio de los órganos de gobierno internacional, sus instrumentos legislativos, etc., manteniendo los contenidos albergados en el diseño de programa de 1883.

El programa de estudio es ligeramente modificado en 1895, incorporando el tema de los agentes diplomáticos y ampliando los alcances del estudio de la noción de soberanía del Estado.

En 1902, cuando la cátedra estaba dirigida por José del Viso, se incorporan contenidos de desarrollo histórico de legislación internacional e historia de las relaciones diplomáticas.

En 1919, Emilio Baquero Lazcano reordena el programa de la materia sin modificar sustancialmente sus contenidos.

Los textos de estudio recomendados señalaban la utilización de la obra de Fiore, Martens, Suárez Planas, Calvo, Bidau, Antokoletz, Fauchille, Bonfils, Alcorta, Laurent, Piñero, Ruiz Moreno, Joaquín V. González, Vicente Gil Quesada, Richet, amén de la obra de Juan Bautista Alberdi: *El crimen de la guerra* y colecciones de leyes y tratados suscritos por la República Argentina. Generalmente, a partir de 1919, los programas de la asignatura en análisis, incorporan las bibliografías para el estudio de la materia Derecho Internacional Público.

En el curso de 1928, Emilio Baquero Lazcano incorpora el estudio de las relaciones científicas de la asignatura con materia constitucional, civil, comercial, penal y de derecho industrial y obrero, amén del estudio profundizado del derecho internacional americano y sus modalidades de aplicación, en tanto en 1934 le adiciona el estudio de los procesos de codificación del Derecho Internacional Público su importancia, método y desarrollo. Se agrega al elenco bibliográfico el texto de Álvarez sobre la historia de la codificación.

Este esquema se mantiene, con ligeras variantes que no alteran lo sustancial de su contenido hasta 1955, cuando la materia pasa a llamarse *Derecho Internacional Público e Historia de la Diplomacia Argentina*, incorporando el estudio de cuatro unidades del Programa dedicadas a temas de historia política y diplomática argentina con especial referencia al contexto americano. La bibliografía se ampliaba en la consulta de la obra de Ricardo Levene, Estanislao Zeballos, Roque Sáenz Peña, Norberto Pineiro, Lafont, etc.

En 1976, se amplía y profundiza el estudio de las organizaciones intergubernamentales, organismos especializados, organizaciones de integración y organizaciones americanas, como también el estudio de los derechos de las personas, el derecho del mar. Esta programación se mantuvo hasta 1995.

Desde esa fecha y hasta la actualidad el estudio del Derecho Internacional Público comprende el desarrollo de los temas atinentes a: *fuentes y sujetos del Derecho Internacional Público, soberanía territorial y derecho del mar; el individuo en el Derecho Internacional, derechos humanos, responsabilidad internacional, relaciones diplomáticas y consulares; solución de controversias internacionales, Derecho Internacional Ambiental, organizaciones internacionales, organización de integración.*

Los elencos bibliográficos actuales incluyen la obra de J. A Barberis, Benadava, Carrillo Salcedo, Casanova y O. la Rosa, B. Conforti, Drnas de Clement, J. I. García Ghirelli, González Campos, Rey Caro, Verdress, Truyol y Serra, Podestá Costa, Mario Menéndez, Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, A.S. Pagliari; J.A. Pastor Ridruejo, Puig, Baquero Lazcano, Carubini, Moreno Quintana, Diez de Velasco Vallejo, A. Remiro Brotons, G. Salas, Luis I. Savid Bas, J.A. Travieso, etc.

En el nuevo plan de estudios de la Carrera de Abogacía 207/99 aprobado por el Honorable Consejo Directivo el 2 de agosto de ese año, se estableció como contenido mínimo de la materia Derecho Internacional Público el siguiente: Estructura Internacional, Fuentes del Derecho Internacional Público, Tratados internacionales, Sujetos del Derecho Internacional Público, El Estado, Soberanía territorial y derecho del mar, El individuo en el Derecho Internacional, Derechos humanos, Responsabilidad internacional, Relaciones diplomáticas y consulares, Solución de controversias internacionales, Derecho de conflictos armados, Derecho Internacional ambiental, Organizaciones internacionales y organización de in-

tegración, Naciones Unidas, Sistema Interamericano, Derecho de la Integración.

La asignatura Derecho Internacional Público, en el nuevo plan de estudios, debe ser cursada en el décimo semestre.

Los catedráticos: obra científica y académica

La enseñanza de la disciplina Derecho Internacional Público estuvo respectivamente a cargo de los profesores José Cortés Funes, Alejandro Vieyra, José del Viso, Francisco Alfonso, Emilio Baquero Lazcano, Carlos Felipe Castellano Garzón, Livio Rossanigo, Roberto Bartolomeo Carlomagno, Julio Ariel Macagno, Pedro Enrique Baquero Lazcano, Ernesto Rey Caro, Luis Savid Bas, Zlata Drnas de Clément, Arturo Pagliari y Graciela Salas.

A continuación se especifica una reseña biográfica de los profesores titulares y encargados de la materia Derecho Internacional Público.

José Cortés Funes

Nació en Córdoba el 26 de agosto de 1862. Fue bautizado José Manuel Cortés Funes. Era hijo de don José Ambrosio Cortés Funes y de doña Antonia González y Moyano. Se casó con su prima hermana Mercedes Cortés Funes, hija del doctor Jerónimo Cortés Funes y de doña Agustina Bascari. Fue profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba desempeñándose como su primer catedrático. Fue diputado de 1892 a 1894; constituyente en 1912, diputado en 1921 a 1923, constituyente en 1923. Diputado nacional en dos períodos, presidente del Consejo de Educación. Falleció en Jesús María el 7 de febrero de 1925 y no dejó producción bibliográfica sobre la materia.

Alejandro Vieyra

Nació en Santiago del Estero, hijo de Robustiano Vieyra y de Amadea Contreras, casado en 1881 con Mercedes Pizarro, fallecida el 9 de agosto de 1907, hija del doctor Laureano Pizarro y Leániz y de Parmenia Posse y Martínez. Durante 1880, 1881, 1882 y 1883, se desempeñó como titular de la Cátedra de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue diputado en 1881 y 1882, constituyente en 1883 y diputado en 1887. No dejó producción escrita sobre la disciplina.

José del Viso

Nacido en Córdoba en 1860 y fallecido el 30 de julio de 1918. Era hijo de D. Antonio del Viso y Bulnes y de doña Clementina Crespo Torres. Se casó en primeras nupcias en Santa Catalina con Rita Warcalde, nacida en 1865 y fallecida el 27 de diciembre de 1886, hija del doctor Luis Warcalde y de doña Rita Díaz y Allende. Más tarde, contrajo segundas nupcias con María Teresa Torres Cabrera, hija de don Manuel Torres Cabrera y de doña Francisca Gil de Tejada. En 1883 obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba con una tesis titulada: “De la libertad de sucesión”. Se desempeñó como profesor titular en la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue director de la Oficina de Tierras y Colonias, senador, ministro de Gobierno, camarista, senador por Cruz del Eje de 1893 a 1897 y de 1909 a 1913; senador por Santa María de 1897 a 1899.

Francisco Alfonso

Fue profesor titular de la Cátedra de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, desde 1892 hasta 1898. No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

Emilio Baquero Lazcano

Nació el 5 de noviembre de 1891, en la ciudad de San Juan. Hijo de don Pedro Baquero y de doña Margarita Lazcano Herrera. Casado con Dolores Carlota Ramona de Franco Vidal. Abogado y doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Grados otorgados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 8 de diciembre de 1914. Fue profesor titular de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, desde el 5 de octubre de 1918 hasta el 30 de noviembre de 1952 en que fue dejado cesante por el gobierno nacional. El doctor Baquero Lazcano fue reincorporado al ejercicio de la docencia en 1955 como titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público, cargo que desempeñó hasta 1966. Se desempeñó asimismo como miembro consejero del H.C.D. de la Facultad de Derecho en varios períodos. Fue vicedecano en la Facultad de Derecho desde el 18 de julio de 1924 hasta el 10 de junio de 1925 y decano interino de la Facultad y consiliario del Consejo Superior de la Universidad, desde el 21 de julio de 1924 al 30 de agosto del mismo año. Profesor titular de Historia de los Bancos y la Moneda en la Facultad de Ciencias Económicas de dicha Universidad. Miembro de la extinguida Rama Argentina de la *International Law Association*, de la Academia Americana de la Historia, de la Asociación de Amigos de las Letras de Córdoba, y de la Sociedad Argentina de Escritores en Córdoba y miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Ha publicado: “Concepto y fundamentos del Derecho Internacional Público”, en la Revista del Centro de Estudiantes de Derecho, año 1, N° 1, agosto 1919; *Soluciones pacíficas de los conflictos internacionales*, Córdoba, 1950; *El Archipiélago de las Malvinas y la soberanía argentina ante el Derecho Internacional Público*, Córdoba, 1952; *Historia de las relaciones internacionales y de la diplomacia argentina*, Cap. 1°; *La diplomacia argentina y la Organización de la Comunidad Internacional Americana*, inédito; *La Unión Panamericana, actual Secretaría de la O.E.A.*, marzo 1956; “La política imperialista de los Estados Unidos en Nicaragua”, publicado en La Voz del Interior, reproducido por El Correo Español, de Buenos Aires y por la Revista de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1927; *Antecedentes doctrinarios de la guerra justa, de la guerra lícita y del castigo de los criminales de guerra*, inédito, Córdoba, 2 de julio de 1951; *La codificación del*

Derecho Internacional Público. Historia y teoría de la codificación. Métodos y resultados, inédito; “Relaciones con Chile en 1935. (Las declaraciones del Presidente Alessandri. Territorios argentinos del sur. Guerra del Chaco. Fascismo. Tratado de Comercio de Chile y Perú)”, publicado en el diario Córdoba, el 9 de marzo de 1935; *Medidas coercitivas fuera de la guerra*, inédito; *Retorsión internacional*, inédito, etc. Falleció el 24 de enero de 1977, en la ciudad de Córdoba.

Carlos Felipe Castellano Garzón

Nació en Córdoba el 25 de mayo de 1913, y falleció el 14 de agosto de 1993. Era hijo de don Carlos Castellano Barbosa y de doña Amelia Garzón Agulla. Fue profesor titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. No dejó producción bibliográfica sobre la materia.

Livio B. Rossanigo

En 1957 obtuvo el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de Córdoba con una tesis titulada: “La cláusula de la Nación más favorecida en los tratados de comercio argentinos y su reemplazo por él principio de reciprocidad”. Por Resolución N° 118/66 del H.C.D. de la Facultad de Derecho, se designó como profesor encargado de la Cátedra “A” de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Entre sus trabajos sobresalen: *XV Curso de temporada de la Universidad Nacional de Córdoba, el niño y la familia: protección jurídica del niño en el Derecho Internacional Público*, Córdoba, 1980; *Prevención y represión del genocidio*, Córdoba, 1959; *Lecho y subsuelo marino: sus problemas*, Córdoba, 1982; *El derecho de veto en la Carta de la ONU*, Córdoba, 1982; *La reserva en las convenciones multilaterales*, Córdoba, 1979; *Luis María Drago: su doctrina*, Córdoba, 1953; *El servicio exterior de la Nación*, Córdoba, 1955; *La reserva en las convenciones multilaterales*, Córdoba, 1962; *Temas sobre historia diplomática argentina*, Córdoba, 1965; *Acontecimientos y trata-*

dos internacionales integrantes de la denominada Guerra Fría ante el derecho internacional publico, Córdoba, 1962; *Neutralización de la Antártida*, Córdoba, 1962; *La organización de los Estados Americanos*, Córdoba, 1955; *Asilo territorial y diplomático*, Córdoba, 1955.

Roberto Bartolomeo Carlomagno

Egresó con el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Más tarde, obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la misma casa. Asimismo alcanzó el título de doctor en Diplomacia en la Universidad Nacional del Litoral. Desarrolló la docencia universitaria y se desempeñó, asimismo como perito traductor en alemán, inglés y francés. Fue profesor titular por concurso en la asignatura Derecho Internacional Público e Historia de la Diplomacia Argentina en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, fue profesor en la Cátedra de Sociología en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba y profesor titular por concurso en la Facultad Regional Córdoba de la Universidad Tecnológica Nacional. Entre los cargos de gestión universitaria se cuentan su desempeño como consejero titular por el Claustro de Profesores en la Facultad Regional Córdoba de la Universidad Tecnológica Nacional y decano *pro tempore* de la Facultad Regional Córdoba de la Universidad Tecnológica Nacional. Fue asimismo presidente de la Comisión Asesora para la interpretación de la ley de creación de la Universidad Tecnológica Nacional. Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República de Venezuela, de la Sociedad Brasileira de Derecho Internacional de Río de Janeiro, del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, con sede en Madrid. Caballero y Gran Cruz de Honor de la República de Cuba. Miembro de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional, del Centro de Estudios Económicos y Sociales del Tercer Mundo, de la Sociedad Suiza de Americanistas de Ginebra, de la Academia de Altos Estudios Jurídicos de Cuba, de la American Society of International Law de Washington, del Instituto Argentino de Derecho Internacional, del Instituto de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Internacional e integrante del primer Consejo Directivo. Participó en las

jornadas del Primer Congreso Internacional de Derecho del Mar, Puerto Alegre, Brasil, 1972, en el Primer Encuentro de Juristas e integrante de la Comisión Permanente para el estudio del Status de los Países sin Litoral Marítimo, con sede en Puerto Alegre, Brasil. Fue director del seminario de “Derecho del Mar”, dictado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972. Dictó conferencias en la Universidad de Columbia, Nueva York. Invitado por el Prof. Frank Tannenbaum, expuso el tema: “The national and international Policy of the Republic of Argentina”, 1961 y 1963, en el Museo de Etnografía de Ginebra, Suiza, 1964, “La Republique Argentine”, en el Instituto de Estudios Superiores de Montevideo “Criminales de Guerra”, etc. Entre los trabajos de su especialidad se destacan: *El castigo de los criminales de guerra*; *El conflicto de Corea y los principios jurídicos acerca de la agresión*; *El genocidio*; *El Continente Antártico*; *Homenaje a la República de Cuba*; *Las sanciones en el Derecho Internacional*; *Historia de los pueblos y ciudades del interior de la República*; *Educación integral*; *El Dr. Ramón J. Cárcano*; *Historia de la relaciones internacionales y de la política internacional de la República Argentina* e *Historia de las ideas sociales argentinas*, ambas tesis doctorales; *Elogio del Dr. Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén en ocasión de su fallecimiento*; *El triunfo de Caseros y su repercusión en Córdoba*; etc.

Julio Ariel Macagno

Nació en Las Varillas, provincia de Córdoba, el 8 de febrero de 1940, hijo de Ángel Macagno y Blanca Soledad Ferreyra. Casado en primeras nupcias con Rosa Nélide Biondo. Abogado, doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba; doctor en Ciencias Políticas, Sociales y Diplomacia en la Universidad Católica de Córdoba; licenciado en Ciencias Políticas, Sociales y Diplomacia. En 1972, fue designado delegado interventor en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y director del Instituto de Derecho Internacional Público de esa casa. Asimismo se desempeñó como decano de la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Fue vocal del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, vicepresidente de

la Comisión de Reforma Constitucional de la Universidad Católica de Córdoba, secretario académico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue miembro de importantes asociaciones y centros de estudios, tales como la Asociación Argentina de Derecho Internacional, la Asociación Argentina de Derecho Fiscal, el Instituto de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el Instituto de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Desde 1962, se desempeñó como profesor titular de Finanzas Públicas y Derecho Financiero, y en 1973 en la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue asimismo profesor titular de Ciencias Políticas y Sociales, en el período comprendido entre los años 1970-1978, profesor titular de Educación Cívico Militar, entre los años 1968-1970, profesor titular de Derecho Internacional Público e Historia de la Diplomacia Argentina, entre los años 1970-1978, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Presidente del Congreso de la Comisión Organizadora de la Quinta Conferencia de Facultades de Derecho de América Latina. Creó el Departamento de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Participó y dictó múltiples conferencias, congresos, jornadas, simposios, etc., de la especialidad: Derecho Internacional Público, Finanzas Públicas y Derecho Financiero, Derecho Constitucional, y Ciencias Políticas. En el ámbito científico escribió trabajos, folletos y artículos sobre Derecho Financiero, Desarrollo Económico, Finanzas Públicas, Derecho Internacional Público, Derecho Constitucional, Política Universitaria, Integración Latinoamericana e Historia Argentina, entre los que se distinguen: *El pensamiento jurídico-internacional de Joaquín V. González*, inédito, 1961; *Impuesto de sellos en la Provincia de Córdoba*, inédito, 1961; *Ideas económicas-financieras de Nicolás Avellaneda*, inédito, 1962; *Sucinta historia de las relaciones exteriores argentinas*, inédito, 1962; *La situación del extranjero en la República Argentina*, inédito, 1963; *La responsabilidad internacional del Estado*, inédito, 1964; *La Revolución y los problemas institucionales*, tesis, 1965; *Obligaciones no contractuales en el Derecho Internacional Público de la República Argentina. Fuentes. Doctrina. Normas*, inédito, 1966; *Los derechos internacionales del hombre y las organizaciones internacionales*, inédito, 1967; *La comunidad internacional*

del mundo actual, inédito, 1968; *Anteproyecto del Código Tributario de la Provincia de Córdoba*, 1968; *La capital del Estado Argentino*, 1969; *Diccionario de Derecho Internacional Público*, inédito, 1970; *Caracteres actuales del Derecho Internacional Público*, 1971; *La guerra frente al Derecho Internacional Público y las finanzas públicas*, 1971; *Aproximaciones al derecho internacional tributario*, 1971; *La importancia del estudio de las ciencias de la hacienda*, 1972; *El régimen financiero de los municipios*, 1972; *El sistema de coparticipación federal argentino*, 1972; *Cuestiones relativas a una reforma constitucional*, 1972; *Dictámenes sobre cuestiones tributarias*, 1972; *La enseñanza del Derecho Constitucional y las relaciones internacionales*, ponencia presentada en el Primer Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional (Universidad de Belgrano, Bs. As., 1972); *Introducción al Derecho Internacional Público*, 1973; *La Universidad argentina frente a la nueva ley universitaria*, publicación del Instituto Latinoamericano de Política y Relaciones Internacionales, 1974; *Lecho y subsuelo marinos, sus problemas*, 1975; *Dominio fluvial y lacustre. Régimen de los ríos internacionales. Ríos argentinos, cuestiones americanas y en especial las referidas a la República Argentina en la Cuenca del Plata*, 1975; *Los aspectos financieros del Plan Nacional de Desarrollo*, 1975; *Régimen jurídico de la plataforma continental*, 1975; *El Poder Judicial*, Depalma, 1979; *El derecho coactivo en el Derecho Internacional*, 1980; *La reformulación del Sistema Interamericano*, 1980; “Los objetivos de la Escuela de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales”, diario La Voz de Interior, 1971; “Los derechos argentinos sobre el Canal de Beagle”, diario La Voz de Interior, 1971; “Las relaciones internacionales en la actualidad”, diario La Voz de Interior, 1971; “La crisis monetaria internacional”, diario El Argentino de Córdoba, 1972; “El pensamiento americanista de San Martín”, diario La Voz de Interior, 1978; “Los grandes problemas de la República”, diario Los Principios, 1979; “Los propuestos ideológicos de la Segunda Guerra Mundial”, diario La Voz de Interior, 1979, etc.

Pedro Enrique Baquero Lazcano

Nació en la ciudad de Córdoba el 4 de agosto de 1935. Hijo de don Emilio Baquero Lazcano y de doña Dolores Carlota Ramona del Franco

Vidal. Abogado, graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 30 de abril de 1965. El 22 de diciembre de 1972 obtuvo el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la misma casa. Licenciado en Filosofía el 31 de julio de 1974 y alcanzó el grado de doctor en Filosofía el 11 de noviembre de 1980 en la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeñó como profesor titular de Derecho Internacional Público, por concurso desde 1990 e interino desde 1984 en la Universidad Nacional de Córdoba. Fue asimismo profesor titular de Filosofía de la Historia, por concurso desde 1983 renunciando en marzo de 1998, profesor titular interino de Política Internacional Argentina hasta 1975, en Universidad Católica de Córdoba, Escuela de Ciencias Política y Relaciones Internacionales, profesor de Postgrado en Universidad de El Salvador, Buenos Aires, en 1978. Es profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Ha publicado los siguientes libros: *Misión, crisis y futuro de las Naciones Unidas*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1977; *Instituciones humanistas de Derecho Internacional Público*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1979; *La declaración argentina de nulidad del laudo inglés sobre el Beagle*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba (Dirección General de Publicaciones), 1981; *Problemática jurídico internacional del río Paraná*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1982; *La concepción de la historia del pensamiento de León Bloy*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba (Dirección General de Publicaciones), 1983; *Jurisprudencia y Derecho Internacional Público*, (en colaboración con otros autores), Horacio Elías Editora, Córdoba, 1991; *El movimiento de la historia*, Horacio Elías Editora, Córdoba, 1991; *Reflexiones filosóficas sobre la historia y la sociedad*, Horacio Elías Editora, Córdoba, 1992; *Filosofía de la sociedad*, Lerner, Córdoba, 1996; *Tratado de Derecho Internacional Público profundizado*, Lerner, Córdoba, 1993 a 1996 (5 tomos); *El niño y la familia* (en colaboración), Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1980; *Discurso sobre la historia universal*, etc. Entre sus principales artículos, se destacan: “La barra de oro” (crítica al capitalismo financiero); “El Estado malefactor”; “El desplazamiento del poder político al poder económico”; “La política internacional de Arturo Illia”; “María, la esperanza y la juventud”; “Caracterización de la posmodernidad”; “Evangelización de la Cultura”; “El relativismo ético contemporáneo”, etc. Es miembro de la Sociedad Científica de Chile y Miembro invitado al Second Argentine Seminar in the Common Law, Tulane University, 1961, etc.

Ernesto Rey Caro

Nació en la ciudad de Córdoba el 11 de febrero de 1935. Cursó sus estudios secundarios en el Colegio Nacional de Monserrat. Egresó de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1958, con el título de abogado. En 1971 obtuvo el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Realizó estudios en el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad Libre de Bruselas y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Por más de veinte años, la asignatura Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, lo contó como catedrático. Asimismo se desempeñó como profesor titular de la disciplina en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Córdoba. Es profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba y se desempeña como director del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de esa casa. Es investigador de Categoría 1 del Ministerio de Educación de la Nación. Se ha desempeñado por más de tres décadas como magistrado del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Formó a través de sus clases, de sus libros, de sus artículos publicados en revistas especializadas, en la Dirección del Departamento de Derecho Público, gran número de discípulos. Ha pronunciado un sinnúmero de conferencias. Ha participado en numerosos simposios, seminarios, jornadas, congresos científicos, etc., en prestigiosas universidades europeas y americanas tales como las de Brasil, Chile, Uruguay, Ecuador, Paraguay, Venezuela, Costa Rica, República Dominicana, España, Francia, Austria, Bélgica, Italia, etc. Fue miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya; presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional; miembro de número del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional; académico *Honoris Causa* de la Academia Mexicana de Derecho Internacional; miembro de la American Society of International Law, de la Société Belge de Droit International, de la Société Française pour le Droit International; vicepresidente de la Sección Argentina del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional; presidente de Sección Córdoba del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI); vicedirector de la Filial Córdoba del Instituto Argentino-Chileno de Cultura; miembro correspondiente de la Sociedad Uruguaya de Derecho Internacional; miembro de la Lista de Árbitros para la Solución de

Controversias en el Mercosur; miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y de la Asociación Latinoamericana de Integración; académico correspondiente de la Academia Argentina de Asuntos Internacionales, etc. Es miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. De entre su prolífera producción intelectual sobresalen: *Esquema básico para un Curso de Derecho Internacional Público*; *La costumbre internacional y el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataforma Continental*; *Paso inocente y libertad de navegación en el ordenamiento jurídico del mar territorial de algunos Estados Americanos*; *La extensión del mar territorial*; *Las reservas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados*; *Diversidad conceptual del mar territorial*; *A 150 años del mensaje de Monroe*; *Aspectos del Derecho Internacional Marítimo en el Tratado sobre el Río de la Plata*; *La integración latinoamericana y la reforma de la Constitución Nacional*; *Las reservas de la República Argentina a la Convención sobre el Derecho de los Tratados*; *Regulación Jurídica del aprovechamiento de los cursos de aguas internacionales*; *La consulta previa en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos*; *La competencia legislativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas*; *El derecho de los cursos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional*; *Los conflictos con Chile y el Tratado General de Solución de Controversias de 1972*; *Reflexiones acerca de la soberanía argentina sobre el mar territorial con motivo de una reciente actitud de los Estados Unidos*; *La solución pacífica de controversias en la O.E.A. y en el Pacto de Bogotá*; *Mar Territorial y Plataforma Continental*; *Jurisdicción de la Nación y de las Provincias*; *Argentina y los aspectos actuales del derecho del mar*; *Convenio sobre la prevención de la contaminación de mar por vertimientos de desechos y otras materias*; *La protección Jurídico-Internacional del Medio Ambiente de Trabajo*; *Derecho Internacional Ambiental*; *Estudios de Derecho Internacional*; *América y la evolución del derecho de mar*; *Enfoque histórico-jurídico de la problemática del derecho de mar*; *El derecho internacional en las últimas décadas*; *La Antártida a los fines del siglo XX*; *La protección y preservación del medio ambiente de los cursos de aguas internacionales*; *Eficacia y falencias de los medios y procedimientos de solución*

de controversias en el Mercosur; Temas de Derecho Internacional Ambiental; La solución de controversias en los procesos de integración en América, Los órganos jurisdiccionales en el Mercosur, en Chile y el Mercosur en América Latina; Vélez Sársfield y la jurisdicción marítima argentina en Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield, Academia Nacional de Derecho de Córdoba; El Derecho Internacional en el pensamiento de Alberdi en Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba; El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur; etc.

Luis Savid Bas

Nacido el 18 de octubre de 1938. Es abogado, graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba el 18 de enero de 1963. Años más tarde, el 23 de diciembre de 1971 alcanzaría el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la misma casa de estudios. Obtuvo luego el doctorado en Derecho Comparado en la Facultad Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado de Estrasburgo (Francia). Profesor titular de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Es profesor emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Ha publicado: “La nueva estructura del derecho internacional”, de W. Friedman, nota bibliográfica, Derecho de la Integración N° 4, Instituto para la Integración de América Latina (INTAL-BID), Buenos Aires, abril de 1969; *Medios y sistemas para la integración latinoamericana*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Corrientes, julio de 1975; “América Latina y la integración”, Cuaderno de los Institutos N° 128, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1975, Dirección General de Publicaciones de la Universidad; “Mercosur. Proceso de Integración de América Latina”, Asociación Argentina de Estudios de Comercio Exterior, año 1, N° 21, trimestres 1992; *Los protocolos argentino-brasileros y la Asociación Latinoamericana de Integración*, Instituto de Integración Latinoamericana, Estrategia Latinoamericana para la Integración, La Plata, República Argentina, enero-febrero 1989; *Derecho Internacional Público - Ensayos I; América Latina en la comunidad internacional y el pro-*

ceso de integración regional, Córdoba, Advocatus, 1990; *Jurisprudencia y derecho internacional público* (en colaboración), Córdoba, Horacio Elías Editora, 1991; “Derecho comunitario. Consideraciones sobre los procesos de integración en América Latina”, Anuario Argentino de Derecho Internacional, V.A.A.D.I. 1992-1993; “Sistemas supranacionales”, Revista de la Facultad, N° 1, vol. II, Nueva Serie, 1993; “El problema habitacional y su incidencia en una política de población”, Tiempo de Córdoba, agosto 14 de 1980; *Aspectos actuales de la subjetividad internacional*, 1994. Entre sus trabajos de investigación sobresalen: *Los vicios de la voluntad estatal en los tratados de paz*, monografía de Cátedra Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1964; *Comunidad Económica Europea y Asociación Latinoamericana de Libre Comercio. Antecedente, estructuras y objetivos*, monografía de Cátedra Economía Política, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1964; *Tratado general de integración económica centroamericana. Antecedentes y contenidos*, monografía de Cátedra Economía Política, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1965; *La integración de América Latina, antecedentes. Aspectos económicos, políticos, jurídicos y sociales*, monografía de Cátedra Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1966; *La Antártida. Estudio histórico, geográfico, jurídico y político. La soberanía argentina en la Antártida. El Tratado Antártico*, monografía de Cátedra Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1967; *Integración Regional y Soberanía Nacional*, relato, miembro Comisión Relatora, II Congreso Ordinario A.A.D.I. Tucumán, 1973; *Integración Continental*, comunicación, Congreso Argentino de Ciencias Política, Córdoba, septiembre de 1973; *Coordinación de Programas de Investigación Interdisciplinaria*, Departamento de Estudios e Investigaciones de la Integración Latinoamericana, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1974; *Los tratados y la regularización jurídica del comercio internacional*, tesis doctoral; *Transferencia de competencias estatales a órganos de Integración*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1975; *La integración latinoamericana y el Tratado de Montevideo de 1989*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba,

Biblioteca C.E.I.I.A.L., 1982; *La participación de la Universidad Latinoamericana en los procesos de Unión Regional*, III Jornadas Universitarias de Integración Latinoamericana, 1984; *Adecuación a la realidad regional de los procesos de integración latinoamericana*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, 1993; *El rol de la Universidad en la integración de América Latina*, 1^{er} Congreso Latinoamericano de Cultura, San Juan, 1983; *La Integración latinoamericana. Adecuación a la realidad de la región*, C.E.I.I.A.L., Córdoba, 1983; *Análisis político de la integración*, VII Congreso Ordinario A.A.D.I., Rosario, 1983; *Integración Proceso de Unión Regional de América Latina*, 1^{as} Jornadas sobre Cuestiones Argentinas, Deán Funes, Córdoba, 1984; *Aplicación por la Administración de una ley contraria a los derechos fundamentales*, Servicio Jurídico, Comisión C.E.E., Octubre de 1981; (en francés) *Efecto directo de los acuerdos celebrados por la C.E.E. y los Estados de Portugal y Suiza*, Servicio Jurídico, Comisión C.E.E. en Bruselas, diciembre 8 de 1981; *Propuestas de vías de acción en el área educativa y cultural*, VIII Congreso Ordinario A.A.D.I., La Plata, 1985; *El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Pacto de Bogotá*, 1986; *Consideraciones sobre la vigencia del Tratado Antártico*, X Congreso Ordinario A.A.D.I.; etc.

Zlata Drnas de Clément

Nacida el 22 de mayo de 1947. Egresó con el título de abogada y notaria en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, en 1973 y 1974, respectivamente. En 1987, alcanzó el grado de Doctora en Derecho y Ciencias Sociales en esa casa de altos estudios, con una tesis titulada “*El derecho de libre determinación de los pueblos: colonialismo formal - Neocolonialismo - Colonialismo interno*”, calificada de sobresaliente. Entre los años 1978 y 1990 egresó con el título de traductor público de alemán, del curso de idioma ruso y francés, en la Escuela Superior de Lenguas de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesora titular por concurso de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Fue directora del Centro de Investigaciones Jurídicas.

cas y Sociales de esa casa. Profesora emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Docente-investigadora categoría 1 del Ministerio de Educación de la Nación. En el período 1990-1991 se desempeñó como directora de la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y como directora encargada de la reedición del Boletín de esa unidad académica.

Fue miembro titular de la Junta Electoral de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y vicedirectora de la Revista de esa casa. Posteriormente se desempeñó como miembro ejecutivo de esa Revista. Fue miembro del Instituto de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, hasta su cierre, el 13 de marzo de 1985. Fue miembro del Centro de Estudios e Investigaciones de la Integración Latinoamericana (CEIL), de la Asociación Argentina de Derecho Internacional como miembro asociada y a partir de 1985 es miembro titular. Es miembro titular de la Asociación Argentina de Análisis Político. Directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, del Instituto de Educación, del Instituto de Derecho Internacional Público, ambos de esa corporación, del Instituto Argentino-Chileno de Cultura (filial Córdoba), del Instituto de Medio Ambiente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, del Instituto Hispano Luso Argentino Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), miembro de la American Society of International Law. Es Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Durante el período 2003-2005 se desempeñó como directora de la Sección de Derecho Internacional Público de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (por elección de pares). Ha dictado numerosas conferencias, cursos de especialización y profundización en la disciplina, asistiendo con participación de trabajo, a jornadas, simposios, paneles y congresos locales, nacionales e internacionales de su especialidad. Es autora, co-autora, directora de 14 libros (uno de ellos premiado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales) y más de 100 artículos y publicaciones periódicas especializadas. Miembro de Comisiones Estatales evaluadoras de proyectos de investigación y evaluadora externa de CONICET, CONICOR, SECyT, CICyT, CONEAU, etc.

Arturo Santiago Pagliari

Egresó con el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1971, alcanzó el grado de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en esa casa de altos estudios. Profesor titular por concurso de la asignatura Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Es profesor encargado y dictante de los cursos Derecho y Sistema Interamericano y Curso Argentino Chileno “Juan Pablo II” en la mencionada unidad académica. Es miembro titular del Honorable Consejo Directivo de esa Casa en representación del estamento de profesores titulares. Es miembro fundador de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI). Presidente del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (España). Entre su vasta producción en el área de su especialidad sobresalen: *Medios y sistemas para la integración latinoamericana*, relato (coautor de la comunicación), A.A.D.I., III Congreso, Corrientes, julio de 1975; *América Latina y la integración*, Cuadernos de los Institutos N° 128, Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, 1975; *La Carta de las Naciones Unidas y los derechos y libertades fundamentales de la persona humana*, Ensayos I, Derecho Internacional Público, Córdoba, Advocatus, mayo de 1990; *Los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho como fuentes del derecho internacional público*, Ensayos I, Derecho Internacional Público, Córdoba, Advocatus, mayo de 1990; *El reconocimiento en el derecho internacional público*, Ensayos I, Derecho Internacional Público, Córdoba, Advocatus, mayo de 1990; *Las fuentes auxiliares y la equidad en el derecho internacional*, Ensayos I, Derecho Internacional Público, Córdoba, Advocatus, mayo de 1990; *Las fuentes no enumeradas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional. Los actos unilaterales de los Estados y los actos de las organizaciones internacionales*, Ensayos I, Derecho Internacional Público, Córdoba, Advocatus, mayo de 1990; *El asunto de la Isla de Palmas. Competencia territorial de los estados*, Jurisprudencia y Derecho Internacional Público, Horacio Elías Editora, mayo de 1991; *El derecho internacional público general, los sistemas particulares de derecho internacional y el derecho interno de los estados*, Universidad Nacional de Entre Ríos, Editores del Litoral, 1997; *El Estado: concepto, elementos, clases, inmunidad de jurisdic-*

ción, dominio reservado, formación, transformación y extinción de los estados, sucesión de estados, Ensayos II, Novecento, 2003; *El territorio del Estado: concepto, naturaleza, límites, modos de adquirir el dominio teritorial*, Ensayos II, Novecento, 2003; *La nacionalidad: concepto, adquisición, naturalización, legislación argentina, doble y múltiple nacionalidad, pérdida, nacionalidad de las personas jurídicas, apatridia*, Ensayos II, Novecento, 2003; *La protección diplomática: concepto, elementos, fines, naturaleza, fundamentos, renuncia, condiciones*, Ensayos II, Novecento, 2003; *Los extranjeros y el derecho internacional: derecho internacional de extranjería, admisión, expulsión, la situación jurídica de los extranjeros, derechos privados, derechos adquiridos, los derechos adquiridos a la luz del NOEI*, Ensayos II, Novecento, 2003; *La responsabilidad internacional de estado por actos ilícitos: los proyectos de artículos de 1996 y 2001, concepto de responsabilidad, origen, el hecho ilícito, elementos, circunstancias excluyentes de la ilicitud, contenidos de la responsabilidad internacional, modos de hacer efectiva la responsabilidad, disposiciones generales, conclusiones*, Ensayos II, Novecento, 2003; *Consideraciones sobre las fuentes con particular referencia los "principios de derecho"*, O.E.A., Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 2003; *La prohibición del uso de la fuerza*, O.E.A., Secretaría General, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Washington D.C., 2003; "Reflexiones sobre temas abordados en los laudos arbitrales Mercosur: etapas previas, cuestiones nuevas, contramedidas y sanciones", *Direito Internacional e da integração*, Florianópolis, Brasil, Boiteaux, 2003; "El derecho internacional público: funciones, fuentes, cumplimiento y la voluntad de los estados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Servicios Gráficos, 2004; "Los laudos arbitrales de los tribunales ad hoc de Mercosur: cuestiones de derecho invocadas y analizadas", *Jurisprudencia Internacional comentada*, Córdoba, Lerner, 2004; "TIJ: asunto de la controversia fronteriza terrestre, insular y marítima (El Salvador-Honduras, Nicaragua (interviniente)), sentencia de 11 de septiembre de 1992", *Jurisprudencia Internacional comentada*, Córdoba, Lerner, 2004; "La intervención de terceros en el proceso internacional: TIJ asunto de la controversia terrestre, insular y marítima (El Salvador-Honduras), demanda a efecto de intervención, sentencia de 13 de septiembre de 1990", *Jurisprudencia Internacional comentada*, Córdoba, Lerner, 1990; "Doctrina

jurisprudencial de los laudos arbitrales del Mercosur: laudo del tribunal ad hoc del Mercosur en la controversia sobre restricciones de acceso al mercado argentino de bicicletas de origen uruguayo y solicitud aclaratoria”, Cuaderno de Derecho Internacional N° 1, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la integración, Córdoba, Advocatus, 2004; “Condiciones, alcances y efectos de la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional”, Cuaderno de Derecho Internacional II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Córdoba, Advocatus, 2006; “Curso de Derecho Internacional Público, Córdoba, Advocatus, 2007, 734 págs.; *Estudios de Derecho Internacional: Libro homenaje al Prof. Dr. Santiago Benadava*, t. I, artículo sobre “Protección diplomática: los nuevos desarrollos en el proyecto de artículos (2006) de la Comisión de Derecho Internacional”, Chile, Librotecnia, junio de 2008; “Responsabilidad Internacional y protección diplomática”, Cuaderno de Derecho Internacional III, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración, Córdoba, Advocatus, febrero de 2009; *Temas de doctrina y jurisprudencia en el derecho internacional público*, Córdoba, Advocatus, noviembre de 2009; etc.

Graciela Salas

Nacida el 26 de febrero de 1948 en la ciudad de Mar del Plata, provincia de Buenos Aires. Egresó con los títulos de abogada y notaria en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. En 1982 alcanzó en esa casa de altos estudios el grado de doctora en Derecho y Ciencias Sociales, con una tesis titulada: “*El problema de la autonomía del derecho aplicable a los espacios polares*”. Entre los años 1975 y 1978 se desempeñó como secretaria académica del Instituto de Derecho Internacional Público de esa facultad. Fue coordinadora del Departamento de Estudios e Investigaciones de la Integración Latinoamericana. En 1983, fue designada profesora adjunta de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Se desempeña como coordinadora de la Maestría en Derecho Internacional Público y del Cur-

so de Postgrado “Mercosur: aspectos jurídicos, políticos y económicos” en la Secretaría de Postgrado de esa Unidad Académica. En el período 1995-1997 fue secretaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Ha obtenido varios premios y reconocimientos entre los que se destacan: Mención Especial de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, en el concurso “Alberdi, ayer y hoy”, por la novedad del enfoque del trabajo “Juan Bautista Alberdi, el integrador”, en 1984; Primer Premio en la primera edición el Concurso Asociación Argentina de Derecho Internacional, por el trabajo “El derecho internacional aplicable a la Antártida”, en 1987; Premio de Honor correspondiente al cuarto año, Comité de la Alianza Francesa de Córdoba, en 1990; Premio de la Universidad Nacional de Córdoba (Res. 277/91) por la destacada actuación académica en la categoría de profesores adjuntos, en 1993. Ha dictado numerosas conferencias y participó, asimismo, en importantes seminarios, jornadas, simposios, congresos y cursos de postgrado en su área de especialidad, el derecho internacional público. Entre su producción en el cultivo de su especialidad sobresalen: *Breve historia de la Antártida*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1981; *El Mar Argentino*, en colaboración con la Dra. Zlata Drnas de Clément, Anuario Argentino de Derecho Internacional, t. 1, Universidad Nacional de Córdoba, 1981; *Dos propuestas*, en colaboración con la Dra. Zlata Drnas de Clément, Anuario Argentino de Derecho Internacional, Universidad Nacional de Córdoba, 1981; *Tratados, textos y documentos internacionales*, en colaboración con el Dr. Ernesto J. Rey Caro, tres tomos, Universidad Nacional de Córdoba, 1982-1987; *Cooperación argentino-uruguaya*, en colaboración con la Dra. Zlata Drnas de Clément, Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, tomo 1, ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1983; *El Colegio de Abogados de Córdoba*, Municipalidad de Córdoba, 1988; *Nociones fundamentales de historia del derecho internacional y de las relaciones internacionales argentinas*, Córdoba, Elías, 1988; *El individuo y el Derecho Internacional*, Córdoba, Elías, 1990; “Prospectiva de las migraciones”, Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1991; *Casos Prácticos*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1994; *Universidad y Mercosur*, tomo del Seminario Internacional sobre Realidades y Perspectivas del Mercosur, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 1992; “Protección del abo-

rigen”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, vol. 2, n° 2, 1994; “Responsabilidad internacional por daño ambiental. Las provincias argentinas”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, vol. 2, n° 1, 1994; *Tratados y textos internacionales seleccionados*, en colaboración con el Dr. Ernesto J. Rey Caro, ed. Horacio Elías, Córdoba, 1994; *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, en colaboración con el Dr. Ernesto J. Rey Caro y la Dra. Zlata Drnas de Clément, ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1995; *El medio ambiente en las organizaciones internacionales*, Cuaderno del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, 1995.

Conclusiones

El Derecho Internacional ocupa un lugar cada vez más destacado en el mundo jurídico argentino. Sus normas -la costumbre, los tratados y los principios generales del derecho- integran el derecho positivo de nuestro país, como fuentes autónomas del derecho.

Ello se ha plasmado especialmente a partir de la reforma constitucional de 1994 al señalar el art. 75, inc. 22 de la Constitución que los tratados son *jerárquicamente superiores* a las leyes nacionales. Hasta 1992 la jurisprudencia de la Corte no lo admitía. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se han adelantado en esa visualización del Derecho Internacional, particularmente con los fallos “Ekmedjian vs. Sofovich” de 1992 y “Fibraca” de 1993, en base al principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ello ha impuesto al Estado argentino asignar primacía a un tratado internacional ante un conflicto con una norma interna.

Diversos son los motivos que explican la importancia creciente del derecho internacional, entre otros, la ampliación y diversificación de sus normas. Prácticamente, ningún área de actividad interna escapa a algún tipo de regulación internacional. Suele afirmarse que ya no existen ámbitos en los que pueda invocarse el dominio reservado de los Estados en sentido absoluto.

La proliferación de normas internacionales en lo que hace a su contenido material y la consecuente extensión cuantitativa de reglas jurídicas susceptibles de ser aplicadas en el orden interno de conformidad a la reforma constitucional, hacen que el derecho internacional haya pasado a tener un rol preeminente en la vida argentina, particularmente en el orden judicial, garante de la legalidad.

El Poder Judicial se ve enfrentado así a la tarea de interpretar y aplicar un conjunto cada vez más vasto de normas de derecho internacional y de discernir nuevas y complejas jerarquías normativas. En muchos casos, tal como lo estableciera la C.S.J.N., las normas internacionales tienen jerarquía constitucional e incluso supra-constitucional como lo consagrara en los casos “Priebke” de 1995 y “Simón” de 2005 -entre otros- al colocar al *jus cogens* en la cúspide del sistema normativo argentino.

La unidad sustancial que existe entre el derecho internacional y el derecho interno y la acción positiva de un poder judicial que a través de decisiones de alcance institucional, particularmente en el campo de los derechos humanos, ha concluido trasladando al ámbito interno valores fundamentales reconocidos en el derecho internacional.

Ese derecho internacional se ha multiplicado y seguirá creciendo acompañando los procesos de una sociedad internacional fuertemente interconectada.

Ello predice un crecimiento exponencial del Derecho Internacional en la vida interna y en las relaciones internacionales del país.

Ernesto Rey Caro, afirma: “*Resulta pues justificado sostener en cuanto a la asignatura cuya enseñanza se incluye en los planes de estudio de las Facultades de Derecho y Ciencias Sociales del mundo, el Derecho Internacional Público el contenido del ordenamiento jurídico internacional en el momento en que se imparte, debiéndose incorporar los resultados alcanzados por los estudiosos dedicados a la Ciencia del Derecho Internacional*”⁵.

En el año 2007 se cumplieron 150 años de la incorporación del estudio del derecho internacional en los planes de estudio de la carrera de

⁵ En España, Madrid, 1987. Citado por Ernesto REY CARO, “Contenidos básicos de los programas de Derecho Internacional Público a la luz de los cambios operados en el sistema internacional”, en Revista de la Facultad, vol. II, N° 1, 1994, pág. 171.

abogacía en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

Cabe agregar, que el origen de esta disciplina fue el Derecho Natural y de Gentes, incorporado en el plan definitivo, que el Deán Funes estructuró en 1813, el que fue autorizado en marzo de 1815 por el director supremo -lo cual significaba una importante innovación al incorporarse los estudios de Derecho Patrio y el Derecho Natural de Gentes, este último en el cuarto año-.

En tanto en 1887, o sea hace exactamente 123 años, al reformarse el nuevo plan de estudios, la materia pasó a ser denominada Derecho Internacional Público, quedando asignado su espacio entre las disciplinas que se enseñaban en el primer año.

Desde 1887 la materia se mantuvo entre primer y segundo año, y a partir de la aprobación del plan de estudio 207/99 del H.C.D. (año 2000), la asignatura debe ser cursada en el décimo semestre, o sea en el quinto año de la carrera.

El estudio científico de la materia Derecho Internacional Público en Córdoba prácticamente comenzó con el doctor Emilio Baquero Lazcano.

La cátedra Derecho Internacional Público se encuentra por su parte incorporada, desde el 13 de marzo de 1985, por ordenanza dictada por el Honorable Consejo Directivo N° 2/85 y hasta la fecha, en el Departamento de Derecho Público.

DISOLUCIÓN POR PÉRDIDA DEL CAPITAL SOCIAL Y CONCURSO ¹

por EFRAÍN H. RICHARD ²

SUMARIO: I. Introducción en torno a la disolución por pérdida del capital. II. Organización y planificación societaria. III. Desjudicialización de la crisis. IV. La pérdida del capital social. Respuestas imperativas de la ley y concurso. V. Soluciones societarias: reintegro, capitalización o liquidación. VI. Liquidación extrajudicial societaria. VII. Presunto resultado de liquidación para homologar acuerdos predatorios de sociedades concursadas. VIII. Aspectos y montos de la reintegración para evitar la liquidación de la sociedad. IX. Reflexiones finales.

Intentamos compatibilizar aspectos concursales de las sociedades con la legislación societaria para asumir la crisis de éstas, como lo hicimos el año pasado en comunicación sobre insolvencia.

La ley de sociedades tiende a asegurar el normal desenvolvimiento de las que a su amparo se formen, generando caminos imperativos ante circunstancias que amenazan su normal desenvolvimiento, cuyo apartamiento genera responsabilidad si se generaran daños.

Un sistema imperativo es el vinculado a la subsistencia del capital social con el que libremente dotaron el patrimonio de la sociedad sus constituyentes o los socios posteriormente.

Y ello para cotejarlo con la concursabilidad de una sociedad en cesación de pagos.

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día el 4 de mayo de 2010.

² Académico de número y director del Instituto de la Empresa

I. Introducción en torno a la disolución por pérdida del capital

La funcionalidad de la empresa impone una organización. Esta es normalmente la societaria cuando existen varios titulares, lo que impone la aplicación de las normas específicas en su nacimiento, vida y muerte (constitución, desenvolvimiento y liquidación al darse alguna causal de disolución).

La concursabilidad de las sociedades y la homologación de acuerdos predatorios nos ha llevado a trabajar sobre la “insolvencia societaria”³, y apuntar claves especiales ante la crisis económico-patrimonial en su desenvolvimiento.

En este ensayo apuntamos a la infrapatrimonialización de la sociedad, incluso la constitutiva, que importa afrontar la causal de disolución prevista imperativamente por el art. 94 ap. 5º Ley de Sociedades Comerciales (LSA).

1. La pérdida del capital social impone iniciar el proceso de liquidación, pues constituye una causal de disolución al constatarse en el balance esa situación, o antes. Se trata de las causales de inmediato conocimiento -que suelen referirse como que actúan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, generando la responsabilidad prevista por el art. 99 LSA para administradores y socios de no optarse por las soluciones que la misma ley ofrece en el art. 96 para no iniciar la liquidación de la sociedad: “En caso de pérdida del capital social, la disolución no se produce si los socios acuerden su reintegro total o parcial del mismo o su aumento”. Todo a contar de los propios actos de la sociedad: la presentación del proyecto de balance por los administradores y su aprobación por los socios, del que resulte como declaración de certeza y de verdad la pérdida del capital social.

³ Efraín H. RICHARD, *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007; *Perspectiva del derecho de la insolvencia*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2010. También pueden verse nuestros trabajos sobre aspectos de la insolvencia societaria en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar

La paradoja se plantea cuando administradores societarios, ante la crisis patrimonial, que revela la pérdida del capital social, proceden a presentar en concurso preventivo -no sería diferente la cuestión ante la apertura de un procedimiento de acuerdo preventivo extrajudicial- sin haber seguido aquel camino.

La sanción de responsabilidad -para algunos la irregularidad de la sociedad- que prevé el art. 99 LSC se refiere también a los socios, todos ante la tesis de irregularidad y sin duda a los que resuelven la confirmación de la presentación en concurso si antes o en la propia presentación aparece en la documentación contable la pérdida del capital social.

Dejamos de lado otra causal disolutoria que puede coincidir, pero opinable en cuanto a la constatación de su existencia: la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por problemas patrimoniales-financieros, sin perjuicio de hacer acotaciones laterales de tal supuesto. La causal por pérdida del capital social hace a la función de garantía del mismo, y la referida a la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social por causas patrimoniales hace a la función de operatividad del patrimonio social, aunque en muchos casos se advertirá su convergencia. Pero esta última es de constatación más dificultosa, mas no en el caso de presentación en concurso pues se está afirmando que la cesación de pagos impide el normal desenvolvimiento de la sociedad que así se recurre al procedimiento concursal.

2. Se impone traer a cuento el parámetro apuntado por el distinguido colega E. Daniel Truffat en *El derecho concursal en los tiempos de la "gran contracción"* ⁴, al expresar: *"Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que -al menos en el derecho argentino 'soplan nuevos vientos'. Y, de modo muy notable,*

⁴ En Comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, organizado por Stefania Pacchi y para el Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal en Montepulciano -Italia, septiembre de 2009-, donde asumió su presidencia la argentina Lidia Vaiser. Debemos agradecer a E. Daniel Truffat no sólo sus ideas y referencias, sino el alimentar la polémica respetuosa y constructiva que permite afrontar los problemas con mayor profundidad, descubriendo nuevas facetas, con metodologías y propuestas superadoras, con diálogo maduro que logra despejar iniciales perspectivas.

*ello ocurre en el ámbito societario y concursal... Este escenario novedoso... nos impone: **pensar el derecho**. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones... La 'concurzalidad' en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la **cesación de pagos**. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno -dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualquiera, bien puede desencadenar **en cata-rata** otras imposibilidades y así al infinito ⁵... Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del más fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los más débiles y la directa desaparición del baldado... Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo... Este (o sus propietarios) no podrán, o -al menos- no deberán, 'hacer negocio' de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera, entre otras medidas, en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un 'sacrificio compartido' sería un abuso. Pero un concurso que intente que todo el padecer recaiga exclusivamente sobre los hombros del vector infectado por cesación, concluirá en un fracaso... No es aquí el lugar para debatir sobre la necesidad de mecanismos de prevención y soluciones 'autocompuestas', básicamente de orden intrasocietario, en los que tanto ha trabajado algún sector de la doctrina argentina -cuyo bastonero ha sido, claramente, el maestro Efraín Hugo Richard ⁶-. Tales posturas, cuyo sentido común y sen-*

⁵ Efraín Hugo Richard, al analizar la situación de las empresas que prosiguen el giro sin patrimonio adecuado, señala: "... La demostración de la ineficiencia de un sistema lo constituyen las sociedades que actuando en cesación de pagos contagian ese estado a los que tengan vínculo con ella...", autor citado, *Relaciones de organización. Sistema societario*, pág. 171.

⁶ "... La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en

satez parecen indisputables, marcan algo así como un ‘código de buena conducta’ para las sociedades en crisis; como un ‘manual de operaciones’. Ahora cuando tales pasos no han sido seguidos, o han sido cumplidos de modo insuficiente, o cuando el daño era tan profundo que no había modo de llevar a cabo los pasos del auto rescate; sólo queda la técnica concursal”⁷.

II. Organización y planificación societaria

La organización o reorganización societaria hace pensar en administradores diligentes que, ante la crisis, formulan un plan de negocios y lo someten a consideración de los socios para superarla, incluso con la incorporación de nuevos socios, como los casos de fusión, sin perjuicio de otras vías, como la transformación o la escisión. Nada impide esa reorganización en cuanto no esté destinada a burlar a los acreedores o perjudicar a los empleados.

Llevando la cuestión a su punto, Daniel Vítolo⁸ expresa: “VI. Conclusión. Ha señalado... Richard que el hipergarantismo lleva a inadvertir las maniobras artificiosas en el seno de sociedades para mantener su operatoria calificándola como **normal** pese a estar en estado de insolvencia. Aquello que Provinciali -recuerda el doctrinario cordobés- señaló como ‘ció que segna el con fine tra fisiología e

torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de la vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, aumento por capitalización de pasivos, solución esta última que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso, como lo hace la ley concursal de Colombia, vinculando ambas legislaciones. La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios. Es una cuestión de derecho privado...”, autor citado, “Ensayo sobre axiología del derecho concursal”, en RDCO N° 235, marzo/abril 2009, pág. 315 (la cita es de pág. 379).

⁷ E. Daniel TRUFFAT, “El carácter imprescindible de la concursalidad frente al fenómeno de la insolvencia”, en libro del IIDC, *Cuarto Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal*, pág. 289.

⁸ Daniel VÍTOLO, “Responsabilidad de los directores al ingresar la sociedad en la zona de insolvencia”, L.L. 2005-A, 1207

patología nella vita del patrimonio', lo que es hoy habitual al señalar los informes generales previstos en el art. 39 del régimen concursal argentino, que el estado de cesación de pagos se produjo -en la mayoría de los casos- 'hace muchos años...' o al menos en un tiempo bastante más lejano que aquél que ha denunciado el concursado o el fallido; es decir que el patrimonio arrastraba una situación terminal dentro de la fisiología o funcionalidad de la sociedad; posición congruente con la de no requerir a los administradores societarios -como buenos hombres de negocios- la planificación de la funcionalidad societaria, para no perjudicar a terceros con los que contratan".

La reorganización concursal supone una crisis instalada, que ha llegado a generar un estado de cesación de pagos para la sociedad, que no han sabido o no han querido los administradores -y quizá los socios- afrontar en sede interna societaria, intentando que sea soportada por los acreedores en una decisión mayoritaria frente a la propuesta de acuerdo que formule la sociedad.

Las razones para elegir la segunda no son normalmente racionales en cuanto al principio de "conservación de la empresa" ni al análisis económico de la solución más eficiente y de menos costes de transacción, sino que responden a la idea de que el sacrificio no sea afrontado por los socios sino por los acreedores, sin perder posición aquellos en la sociedad, incluso beneficiándose con el mayor valor del patrimonio social frente a la quita y espera que asuman los acreedores.

Esas consideraciones nos llevaron a la cuestión sobre si la sociedad puede concursarse si se encuentran pendientes causales de disolución que no han intentado ser afrontadas por los socios, y de hacerlo si ello trae algunas consecuencias.

La legislación colombiana impide la presentación en concurso de una sociedad si no se han superado las causales de disolución ⁹.

⁹ Del 27/12/06 que establece el "Régimen de insolvencia empresarial", con visión de las normas societarias como preventivas, que resulta del art. 10 que impone que la solicitud de reorganización debe presentarse con la acreditación de "No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarla"; sobre ello puede verse nuestra comunicación

En España es clara la situación desde el punto de vista societario, “... impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se ve seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA), 1990, 5571)”. Beltrán señala para las sociedades anónimas españolas “Los efectos de la concurrencia de una causa legítima para la disolución se completan con la imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales cuando incumplan la obligación de convocar junta general o de solicitar, en su caso, la disolución judicial (art. 260.2, 4 y 5 LSA). ... el fundamento último del precepto estriba precisamente en la tutela de los acreedores sociales”¹⁰.

No obstante, la ley española publicada el 3 de julio de 2010 coordina normas y autoriza expresamente el concurso, como veremos. El tema lo habíamos llevado como centro de discusión al V Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil realizado entre los días 26 y 28 de mayo de 2010 en Huelva, motivando la presentación de un *thriller* para determinar la posibilidad de acciones ante situaciones semejantes.

1. Sobre la cuestión arroja luz un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (C.S.). En fallo del 20 de octubre de 2009 la Corte formula un *obiter dictum* sobre el punto, al acoger planteos de arbitrariedad contra la sentencia homologatoria en el concurso de “Sociedad Comercial del Plata S.A. y otros s/ concurso preventivo”, basado en la afectación del debido proceso y del derecho de propiedad, ordenando que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. El *obiter dictum* expresa: “El proceso concursal, como *ultima ratio* preventiva que procura remediar

“Axiología del Derecho Concursal” al II Congreso Colombiano de Derecho Concursal, organizado por el Capítulo Colombiano del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal (Valle de Leyva, Colombia, agosto de 2008 www.acaderc.org.ar).

¹⁰ Emilio BELTRÁN, “La disolución de la sociedad anónima”, en *Estudios de derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 34/5.

el estado de cesación de pagos, atendiendo coetáneamente la protección de la empresa y la satisfacción del derecho de los acreedores”. El calificar al concurso como “*ultima ratio* preventiva que procura remediar el estado de cesación de pagos”, reconoce que existen otros remedios para afrontar la crisis en forma preventiva.

Esa resolución de la Corte apunta a aventar la falta de transparencia en que suelen transcurrir los procesos de aprobación de la propuesta de acuerdo -normalmente no integrada y por tanto improponible¹¹- para la obtención de las mayorías necesarias para aprobar acuerdos calificados como predatorios y confiscatorios¹², pues se alejan de un esfuerzo compartidos, de la racionalidad de mirar la empresa. A través del voto de la mayoría, presenta, en torno a la propuesta de acuerdo abusiva, una concordancia con el precedente “Arcángel Maggio S.A.”¹³.

Sin duda está la posibilidad de las soluciones negociadas extrajudicialmente. Se atiende a los recursos societarios para afrontar la crisis que registra imperativamente la ley societaria específica, confirmando nuestra tesis, por lo que el concurso aparece -cuando no se ha intentado previamente aquél- como abusivo¹⁴ y enrarecido por la posibilidad de un negocio como señala un calificado autor¹⁵. No debe olvidarse

¹¹ Ntro. “Integración de la propuesta de acuerdo en concurso societario (en torno a reciente fallo señero)”, en Jurisprudencia anotada de RDCO N° 234, enero-febrero 2009, Abeledo-Perrot, pág. 79.

¹² Ntro. “Las liquidaciones societaria, la concursal y el argumento del resultado de esta última para homologar una propuesta abusiva”, en Zeus Córdoba, N° 353, año VIII, 18/8/09, t. 15, pág. 169, Doctrina; Zeus, 10/8/09, año XXXVI, Revista N° 15, t. 110, pág. 785. Doctrina.

¹³ Lo que apuntan Gabriela Boquin y Ricardo Augusto Nissen en “Un ejemplar fallo en materia de transparencia de los procesos concursales”, en El Cronista Comercial, del 21/10/09.

¹⁴ Ntro. *Insolvencia societaria*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, y nuestra comunicación al V Congreso Iberoamericano de Derecho Concursal, Montepulciano, Italia, septiembre 2009: “La crisis de la organización societaria” y los precedentes allí indicados, que puede verse en la referida página electrónica.

¹⁵ E. Daniel TRUFFAT, “El derecho concursal en los tiempos de la ‘gran contracción’” (en comunicación al Congreso citado en la nota anterior), apuntando: “*Hace años que con la colaboración de queridos amigos, venimos señalando que -al menos en el derecho argentino- soplan nuevos vientos. Y, de modo muy notable, ello ocurre en el*

que una quita implica un empobrecimiento de los acreedores -como señala la Corte- y un enriquecimiento para el patrimonio social, y por ende de los accionistas -particularmente los de control-.

El derecho societario contiene un verdadero sistema preconcursal y resulta paradójico que en los concursos de sociedades -en los que el informe general del síndico suele dar cuenta de que llevan varios años operando en cesación de pagos- no se advierta que los administradores han gestado un plan para afrontar la crisis y sometido a los socios para eliminar causales de disolución -pérdida del capital social y/o imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-¹⁶.

Afrontar las causales de disolución, importa una verdadera preconcursalidad privada, prevista en la legislación societaria.

Resaltando la cuestión y transfiriendo decididamente el sistema de preconcursalidad a la legislación societaria, se ha sostenido que “*Después de todo lo que se ha indicado, parece razonable pensar que la quiebra de una sociedad anónima -o limitada o comanditaria por*

ámbito societario y concursal... Este escenario novedoso... nos impone: pensar el derecho. Pensar en clave colectiva en pos de articular soluciones... La ‘concursalidad’ en tanto técnica jurídica es, básicamente, una regla de reparto de pérdidas frente al fenómeno insidioso de la cesación de pagos. Su norte es evitar la propagación de tal fenómeno -dado que la imposibilidad de cumplimiento de un sujeto cualesquiera, bien puede desencadenar en catarata otras imposibilidades y así al infinito-... Librado a las solas fuerzas del mercado, la impotencia patrimonial de un cierto sujeto irrogaría, una guerra de todos contra todos, la eventual satisfacción del mas fuerte, la absoluta falta de atención de los derechos de los mas débiles y la directa desaparición del baldado... Pero además, y el tema toma otro cariz en vía preventiva, cuando se está frente a un sujeto recuperable..., cuando está en juego la preservación de fuentes de trabajo... Este (o sus propietarios) no podrán, o -al menos- no deberán, ‘hacer negocio’ de tal contribución colectiva, pero sí recibirán de tal esfuerzo común la provisión de condiciones mínimas para superar el mal momento (o, al menos, lo recibirá la empresa, si la solución consistiera entre otras medidas en el cambio de titulares). Un concurso rehabilitatorio que no contemple un ‘sacrificio compartido’ sería un abuso”.

¹⁶ “El plan de empresa (o cómo asumir crisis tempestiva y extrajudicialmente)” en libro colectivo *Homenaje al Dr. Osvaldo J. Maffia*, Córdoba, Lerner, 2008, Instituto Argentino de Derecho Comercial y Fundación para la Investigación del Derecho Concursal y la empresa en crisis Pablo Van Nieuwenhoven. Coordinadores: E. Daniel Truffat, Marcelo Barreiro, Carlos Roberto Antoni Piossek, Ramón Vicente Nicastro, Cap. II, pág. 217.

*acciones- debería convertirse en una institución residual, ya que el sistema preconcursal previsto legalmente debería ser suficiente para impedir que la sociedad llegase a ser insolvente...”*¹⁷.

La meditación que fluye es que -ante la afirmación de la Corte- la sociedad que se concursara sin intentar los remedios societarios de bajo coste -asegurando la continuidad de la empresa y del empleo, aunque pueden comprometer parcialmente la titularidad de las participaciones sociales-, si intentara la homologación de un acuerdo de quita y espera se debería encontrar con una tacha inicial, metódica, de abusividad. Esa afirmación de la Corte impondrá nuevos análisis en torno a la preconcursalidad prevista en el derecho societario, con normas sobre reorganización, capitalización, funcionalidad y liquidación, evitando afectar al mercado y a terceros.

Ello no quiere decir que la sociedad no puede concursarse cuando no ha atendido la causal de disolución, pero debe generarse una expectativa dentro del juicio en torno a la abusividad de la vía elegida.

2. Como bien señala Dasso en reciente ilustradísimo libro¹⁸ que “... *la persecución de la eficiencia se ha centrado en el resguardo de la empresa, motor de la economía capitalista instaurada en el mundo, y el nuevo objetivo, focalizado en el diagnóstico temprano de sus dificultades en forma de intervenir antes que la crisis sea patología irreversible*”, desjudicializando los procedimientos e imponiendo una planificación o reestructuración, separando incluso al empresario (socios y administradores) de la empresa viable de ser necesario.

En todos los sistemas la organización de la empresa lo es fundamentalmente a través del uso de la técnica societaria.

¹⁷ Emilio BELTRÁN SÁNCHEZ, “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causa de disolución”, en Juan BOLAS ALFONSO (dir.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Consejo General del Notariado, 2000, pág. 133, especialmente pág. 154, parágrafo “5. Responsabilidad de los administradores por las deudas sociales e insolvencia de la sociedad”.

¹⁸ Ariel A. DASSO, *Derecho concursal comparado*, Buenos Aires, Legis, 2009, t. 1, 804 páginas.

No entendemos que pueda aceptarse -sino en el interés de los socios que quieren que la crisis sea soportada por los acreedores sin compartir con ellos los beneficios- que una sociedad recurra al concurso -o al APE- sin antes intentar las soluciones específicas de la ley societaria, al solo efecto de enriquecerse con una quita y espera, evitando el acceso de nuevos socios, ni puede aceptarse que se indique que la ley concursal argentina no impone un plan de empresa, lo que surge tanto de la ley societaria como de la concursal, que debería anticiparse en la presentación en concurso y explicitarse en la documentación que “integra” la propuesta de acuerdo.

Para esclarecer el panorama, lejos de señalar porcentajes ínfimos que se obtienen en liquidaciones, debería determinarse los resultados que sociedades concursadas resultantes de los balances de las sociedades que lograron homologar acuerdos de quita y espera. Daniel Vítolo en el último Seminario de Mar del Plata -octubre 2009- enunció las ganancias multimillonarias que se obtuvieron en muchos de ellos a poco de homologado el acuerdo (p. ej. APE de Multicanal S.A. que distribuyó en el inmediato balance a la homologación más de un mil ochocientos millones de dividendo).

III. Desjudicialización de la crisis

Las crisis económico financieras tratan de situaciones de desequilibrio que ponen en peligro la supervivencia de una organización ¹⁹, de una sociedad. Desequilibrios transitorios que pueden llegar a la permanencia del estado patrimonial. Nos permitimos apuntar que esos estados de “cesación de pagos” siempre son reversibles si no se agotaron los remedios societarios internos.

Lo “*dirimente es poner la cuestión en manos de los socios. Estos tal vez decidan la capitalización de la empresa o admitan su fusión por absorción con otro ente más saludable*” ²⁰. Claro que lo

¹⁹ Liliانا CICHERO, “Las crisis empresariales y el acuerdo preventivo extrajudicial homologado”, L.L. Actualidad, pág. 1 del diario del 15/3/01.

²⁰ Marcelo G. BARREIRO - E. Daniel TRUFFAT, “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se

ideal es hacerlo a través de la funcionalidad societaria, sin presentación en concurso.

Franco Bonelli²¹ afronta el supuesto de la continuación de la gestión social después de la pérdida del capital social, con la responsabilidad de los administradores.

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina²². El futuro impone a la doctrina tratar de organizar a los acreedores de una sociedad ante el desorden de la actividad de sus administradores.

En la perspectiva del derecho societario, el fenómeno de la reorganización puede ser encuadrado en la estructura normativa de la sociedad de capitales, con operaciones referidas al aumento de capital, participaciones u opciones para superar la crisis. A diferencia de la constitución de la sociedad, la fase de la reorganización afecta no sólo a los suscriptores del capital sino a una pluralidad de sujetos extraños a la sociedad, pudiendo llegar a quedar en sus manos las decisiones sociales²³. Se trata de usar de la “eficiencia” de los administradores societarios, ante la relativa eficiencia de todo sistema concursal cuando la crisis ya está entronizada y los incumplimientos se han generalizado, potenciando los daños al mercado.

1. Para evitar responsabilidad, los administradores deben canalizar la solución por la vía societaria, o sea por la capitalización -por los socios o

traslada a los acreedores”, *Doctrina Societaria y Concursal*, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205 y ss.

²¹ En *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffré, N° 135 de los Quaderini di Giurisprudenza Commerciali,

²² A. NIGRO, “Le società per azioni nelle procedure concursali”, en *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9°, Torino, 1993, pág. 209 ss.

²³ Fabrizio GUERRERA - Marco MALTONI, “Concordati giuiziali e operazioni societarie di ‘riorganizzazione’”, *Revista delle Società*, anno 53, 2008, págs. 22/3; A. D’ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concursali*, pág. 355; Lorenzo STANGHELLINI, *Creditori forti e governo della crisi d’impresa*, Fallimento, 2006, pág. 145 ss.

terceros-, conforme al plan que presenten los administradores para la subsistencia de la organización societaria. Pero ello puede pasar por otras formas múltiples de reorganización de la empresa y de la estructura jurídica.

Recuérdese que los socios tienen derecho de preferencia para incrementar proporcionalmente sus participaciones ante el aumento de capital e incluso el derecho de acrecer si otros socios no ejercitan su derecho. También puede ceder -de no existir prohibición expresa- su derecho a un tercero en la sociedad por acciones.

Claro que prioritariamente tiene el deber de reintegrar el capital si éste se hubiere perdido y se optare por no liquidar la sociedad. Se trata a toda costa de evitar que la sociedad siga contagiando en el mercado. Obviamente que de no desear reintegrar el capital social, la ley les brinda la posibilidad de recurrir al aumento de ese capital, con la intervención eventual de terceros, incluso a través de la solución normativa del art. 197 LSA.

2. Justamente sostuvimos en *En torno a informes del síndico en concurso de sociedades: el general*²⁴: “7. En caso de sociedades, debe informar si los socios realizaron regularmente sus aportes, y si existe responsabilidad patrimonial que se les pueda imputar por su actuación en tal carácter.. La cuestión supera -a nuestro entender- determinar si cuantitativamente desembolsaron lo que se comprometieron en el momento constitutivo o en la decisión de aumentar el capital, o sea de la suscripción del capital y se verificó la reintegración del mismo ante su pérdida.

El segundo párrafo debe conectarse a su responsabilidad por no haber dotado adecuadamente la sociedad que constituían, generando una nueva persona jurídica infrapatrimonializada para el cumplimiento de su objeto social. ¿O es que crearon un sujeto dañino para los terceros que contratarían, pues su patrimonio no era suficiente para cumplir las obligaciones que contraerían, no existiendo ningún plan de negocios razonable para asumir tal ‘aventura’?

²⁴ Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Abeledo-Perrot, Doctrina, 2010, págs. 242-657.

No se trata sólo de asegurar el aporte efectivamente comprometido, sino también el que era necesario para el normal desenvolvimiento de la sociedad y no perjudicar a terceros con una sociedad infrapatrimonializada, o sea comprometiendo aportes insuficientes para el cumplimiento del objeto social que ellos libremente habían fijado. Obviamente que ello constituye una causal de disolución que debió ser atendida en el caso de las sociedades concursadas.

Es fundamental que el síndico se refiera a qué previsiones adoptaron los administradores sociales desde que aparecieron dificultades, si las pusieron en conocimiento de los socios y qué dispusieron éstos para cumplir con las normas imperativas de las sociedades en torno a causales de disolución, su remoción o iniciación inmediata de la etapa de liquidación, con las responsabilidades consiguientes, tales la pérdida del capital social, que genera la obligación de reintegrarlo”. Eventualmente si el problema era de una infrapatrimonialización -constitutiva o funcional-, si se advirtió algún intento de capitalización por parte de los socios, terceros o acreedores ²⁵.

“La existencia de causales de disolución puede ser dirimente para determinar la obligación de los socios de reintegrar el capital social, reintegración que impondría asegurar su restablecimiento, con suficiencia para atender el pasivo, como obligación derivada de normas imperativas e inderogables de la ley específica” ²⁶.

Una sorpresa puede acaecer cuando se tenga que determinar el monto a integrar para remover la causal de liquidación. Sobre eso volveremos.

3. No hay duda de que la situación de insolvencia (cesación de pagos) de una sociedad impone conductas especiales en lo interno de esa organización técnica -incluso al advertirse la magnitud de la crisis- y su omisión genera efectos en torno de la responsabilidad de sus administradores y eventualmente de sus socios. Una falta de precisión en la conexidad

²⁵ Ntro. *Perspectiva del derecho de insolvencia*, citado.

²⁶ Ntro. “¿Reorganización societaria o concursal ante la crisis? (un *obiter dictum* de la Corte)”, en prensa para libro colectivo que editará el Instituto Argentino de Derecho Comercial. Es tema no abordado en los concursos la obligación de los socios a reintegrar el capital social ante su pérdida.

de las normas del derecho societario y el concursal, pueden haber permitido que se pensara sólo en soluciones del derecho concursal cuando una sociedad se encuentra en cesación de pagos, sin perjuicio de imponerse - a veces- la obligatoriedad de convocatoria a asamblea en lo interno. Correlativamente suelen no tratarse a fondo las soluciones societarias a la crisis, de característica privada y extrajudicial, de “bajo coste”, para la propia sociedad y para la comunidad. Nuestra posición ha sido siempre la de rescatar que en el derecho societario existen adecuadas soluciones para enfrentar preventivamente la crisis, incluso con soluciones ante la cesación de pagos o insolvencia. Las soluciones concursales o preconcursales serían adecuadas recién cuando aquellas fallaren. El punto supone una visión particular de los intereses en juego, y de la obligatoriedad de ciertos actos societarios como necesarios para evitar responsabilidades. Esos actos estarán vinculados a la planificación: constitutiva de los socios, a la patrimonialización o financiamiento para asegurar el cumplimiento del objeto social; y posteriores obligaciones funcionales de los administradores, y cuya omisión implica apartarse de deberes de información y control. En tal sentido, es omisivo recurrir, tempestiva o tardíamente -como es normal en nuestro país-, al concurso preventivo (o acuerdos preconcursales), imponiendo quitas y esperas a los acreedores, sin previamente haber intentado remedios societarios para la “reestructuración de la empresa”. Las quitas y esperas que aceptan o se imponen a los acreedores implican siempre un empobrecimiento de ellos y un enriquecimiento del patrimonio social en beneficio de sus socios. Recurrir a ello sin exponer un plan de negocios a acreedores e invitarles, como mínimo, a capitalizar sus deudas implica un abuso de derecho y del medio técnico societario.

4. La doctrina ha sido conteste, y el derecho comparado viene dando soluciones diversas, que ante las crisis los remedios deben aplicarse en la forma más rápida posible, evitando la profundización de esa crisis y su contagio ²⁷.

²⁷ Lo hacía Yadarola en el año 1925, “*Proyecto de ley de quiebras*”, publicado en la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, 1925, y reproducido en *Homenaje a Yadarola*, Córdoba, Editorial Universidad Nacional de Córdoba, 1963, t. I, pág. 335, lo

Las soluciones societarias a la crisis y la insolvencia se corresponden a una posición tratada por la doctrina italiana y española; quizá esta última encerrada por la rigidez de la nueva legislación societaria, verdadero procedimiento preconcursal, en cuanto a que sus plazos pueden resar creatividad o limitación a la planificación de los administradores para superar la crisis y su puesta en consideración de los socios.

Sin duda la solución intrasocietaria de la crisis tiene menores costes para la propia sociedad y para el Estado al generar un proceso privado, desjudicializado casi sin costes de transacción, que en muchos casos no es usado porque los socios avizoran que pueden perder poder, o que pueden obtener ventajas impensadas a través de la vía concursal. Es paradójico.

No existen estadísticas ni referencias de las sociedades -ni de sus correctos administradores- que asumen la crisis dentro de las normas específicas que regulan esas organizaciones. Hemos participado con éxi-

hizo nuestra legislación en 1983 y ahora lo remarca Osvaldo J. MAFFIA, “Francia. La ley del 26/julio/05 sobre salvaguarda de la empresa”, en *El Derecho*, martes 25 de octubre de 2005: “*conlleva la exigencia de intervenir cuando la situación de la empresa acusara una situación susceptible de comprometer la continuación de su actividad, vale decir, tempestivamente, por tanto antes de que se instalara el estado de insolvencia, tesitura político-legislativa que recoge la preocupación volcada en ese hito que fue el **Rapport Sudreau**, aun cuando anterior al mismo. ... Destacamos al pasar la claridad con que se expresa la primacía del mantenimiento de una empresa, postergando el amparo de los acreedores, posturas difíciles de conciliar fuera de las ‘expectoraciones entusiásticas’ - Ortega- que encontramos en nuestras ingenuas, pintorescas exposiciones de motivos. ... El nuevo régimen concreta una antigua idea que es de justicia unir al trabajo inteligente y perseverante de Roger Houin, y resume el gran tema del derecho concursal de las últimas décadas, a saber, la **prevención**. ... El **Rapport Sudreau** plantea con claridad y elocuencia el gran problema de aprehender cuanto antes las **dificultades** que sobrellevaba una empresa para permitir la intervención tempestiva, esto es, al surgir los problemas en medida tal que la empresa no alcanzara a neutralizarlos con sus medios normales, y esas dificultades pudieran comprometer la prosecución de su actividad. ... El tema específico de la nueva figura que nos ocupa, o sea la ‘salvaguarda de la empresa’, exhibe una extraña limitación si tenemos en cuenta las recordadas orientaciones en orden a **tempestividad**, lo cual presupone la ampliación subjetiva en orden a instancia (la experiencia de que el deudor demora cuanto puede su ocurrencia al tribunal es pandémica)”. Conf. ntro. *Justicia y derecho. Insolvencia societaria*: “El incumplimiento voluntario de ciertas obligaciones por un deudor en dificultades financieras puede llevar a la quiebra al acreedor previsor que se encontraba *in bonis*” en *Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho* pág. 631 y ss., Córdoba, Edición Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1999.*

to en esas negociaciones, integrando nuevos socios o acreedores a la propiedad del capital social, como así también participado en liquidaciones poco onerosas, que han satisfecho a los acreedores pese a no cobrar la totalidad de sus acreencias. Esas estadísticas permitirían hacer comparaciones de las superaciones logradas, inclusive con abiertos aumentos de capital o liquidando ordenadamente y con el menor daño a la sociedad, a los socios, a los acreedores y al mercado.

Paradójicamente se ha usado la técnica societaria para afrontar la crisis de Aerolíneas Argentinas S.A., con resultados aún muy inciertos, cuando lo que correspondía es precipitar un procedimiento concursal en trámite que hubiera permitido ejercer acciones de responsabilidad a actos dañosos contra el patrimonio social cumplidos desde el año 1992²⁸.

La cuestión debe ser afrontada conforme la legislación societaria específica, y solucionarse con los menores costes de transacción, en forma extrajudicial y minimizando el daño.

5. Tender a ultranza a mantener a la empresa, si no se tiene en claro su viabilidad y el bien jurídico protegido, puede ser sinónimo de proteger al empresario incapaz o fraudulento, como lo señalaba R. Franceschelli²⁹. La responsabilidad social de la empresa, como concepto ético debe restablecerse y no puede sustituirse por un criterio pragmático de respaldo al empresario incapaz de autoprogramación.

6. Descartada la liquidación societaria o por quiebra, debe enfrentarse el problema, o sea el antivalor: la incapacidad patrimonial generada por múltiples problemas que genera la insolvencia causal de disolución por imposibilidad sobreviniente, para asegurar la conservación de la empresa.

La conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios³⁰. Es una cuestión de

²⁸ Varios trabajos pueden verse en www.acaderc.org.ar, incluso conjuntos con la senadora nacional Dra. Liliana Negre de Alonso.

²⁹ “L’aprendistas stregone, l’elisir di lunga vita e l’impresa immortale” en *Giur. Comm.* 1982, t. I, pág. 575 y ss.

³⁰ “La conservación de la Empresa” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XXV, pág. 107 y ss. correspondiendo a mi comu-

derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente -con mayores costes- en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial ³¹.

Se justifica el principio de conservación de la empresa a través del método indirecto de conservar la sociedad, removiendo la causal de disolución a fin de que pueda seguir cumpliendo el objeto, forma de darse la empresa y su conservación, al entender que existen intereses superpuestos al de los socios y de sus acreedores, tales como los empleados, la organización del mercado, la riqueza nacional, la comunidad donde está inserta la empresa, etc.

Es como un problema ecológico: si es disvalioso el operar en estado de cesación de pagos, importando incluso una causal disolutoria de una sociedad, debe evitarse la contaminación a otros y reducirse el foco contaminante, que de actuar tarde ya no podrá ser “salvado”.

En momentos que la legislación y las posiciones, nacionales y extranjeras, marcan la tendencia a desjudicializar o privatizar el sistema del derecho concursal, o mejor dicho de prevención, parece adecuado reiterar nuestra posición con la aplicación de principios y normas del derecho societario, sin costes de transacción.

IV. La pérdida del capital social. Respuestas imperativas de la ley y concurso

Si se concursa una sociedad, será advertible de la documentación contable en su presentación, de la descripción de la situación y del infor-

nicación en ocasión de recibir el Premio Academia en el año 1981; “Los administradores societarios y la insolvencia” RDCO N° 203, pág. 553 y ss., entre otros que pueden verse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acaderc.org.ar; María I. MICELLI, “Los nuevos concordatos irrisorios. El delicado equilibrio entre la conservación de la empresa y la protección adecuada del crédito”, en *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, cit., t. II, pág. 631 y ss.

³¹ Recordamos en vigencia de la ley 11.687 el concurso preventivo de Francisco Porchietto S.A., en la ciudad de Córdoba, patrocinando por un distinguido jurista, donde se propuso esa solución, la que fue aprobada, y, con posterioridad, ante la liquidación adoptada por la asamblea de accionistas, una buena realización de bienes llevó al pago del 70%.

me general del síndico si administradores y socios han protegido o no a la empresa, pues sin duda la situación se agravó, y lo que hubiera podido afrontarse con una mera espera de un año -como era normal en décadas anteriores-, se plantea en una donación del pasivo a favor del patrimonio de la sociedad, o sea en beneficio directo de los socios que usaron peligrosamente de la técnica societaria.

De la confrontación entre una diligente gestión social y la presentación en concurso de esa sociedad, si de sus balances resulta la pérdida del capital social o si al homologar un concurso predatorio se funda su falta de abuso en lo irrisorio de la liquidación societaria, surgen varias preguntas:

- Advertida por los administradores la pérdida del capital social, por su propia determinación o por la confección de un balance del que ello resulte: ¿deben proceder inmediatamente a la liquidación?

- No procediendo a la liquidación, ¿dentro de qué plazo deben presentar la cuestión a los socios para que éstos procedan a ejercer la opción que les otorga la ley?

- Si apartándose de ese procedimiento se presentaran en concurso, ¿no es abusivo su proceder?

- ¿El continuar el giro social frente a la pérdida del capital social genera alguna responsabilidad a administradores y socios? Obviamente si el giro de los negocios les permite atender el pasivo no habrá daño, pero si no solucionan la situación deficitaria, ¿les será imputable la misma?

Estas son algunas de las muchas preguntas que debemos formularnos y que sin duda no quedarán contestadas en el devenir de este ensayo.

Sin duda la causal no opera *ope legis*, pero es de inmediata constatación por lo menos al aprobarse un balance del que resulte la pérdida del capital social. No opera de pleno derecho pues la ley otorga la posibilidad de removerlo, pero debe entenderse que si se continúa el giro sin atender la causal constatada y no se procede a removerla, será de aplicación inmediata la previsión del art. 99 LSA sobre responsabilidad de administradores y socios que colaboraran a ello.

V. Soluciones societarias: reintegro, capitalización o liquidación

El planteo puede formalizarse desde la noción del capital social, normalmente vinculado a la limitación de responsabilidad de los socios. Ob-

viamente que un adecuado capital social, su reintegración o su aumento son la solución (transitoria o definitiva) del problema.

1. Se plantea como un problema desde la legislación concursal -pero ¿por qué no desde la societaria?-, la transferencia del control de la empresa en crisis, de los accionistas que carecen ya de incentivo y de los administradores que responden a ellos, a los acreedores que ven comprometido en ello su capital de riesgo³². En función de ello los acreedores deberían organizarse en categorías, con intereses uniformes, para intervenir en la vida de la sociedad³³.

Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente, pero se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho³⁴, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera esa situación. La realidad es bien distinta en nuestro país, los accionistas desinteresados de invertir, apoyados por los administradores por ellos designados, actúan de otra manera: imponer a los acreedores quirografarios asumir la pérdida, enriqueciendo a los socios a través de quitas predatorias que casi hacen desaparecer el pasivo sin incrementar el patrimonio activo directamente.

Reiteramos: la conservación de la empresa estructurada societariamente es un problema de los administradores y de los socios³⁵. Es una cuestión de derecho privado. Obviamente que tal reorganización podría ser asumida directamente por la sociedad o, posteriormente en una propuesta de acuerdo preventivo extrajudicial o judicial³⁶, incluso cuando no lo hubieran logrado inicialmente por la vía prevista de capitalización de

³² Esta es la idea que desenvuelve en proyección de reforma de la legislación falencial LORENZO STANGHELLINI, "Proprietá e controllo del'impresa in crisis" en Rivista delle Società, anno 49°, 2004, settembre-ottobre fascicolo 5°, I Milano, Giuffré, pág. 1041 y ss. específicamente 1055. Esta idea se acerca a la que venimos desarrollando en torno a un derecho concursal societario, pero aplicando la legislación argentina vigente como veremos.

³³ Alberto MAZZONI, "L'impresa tra diritto ed economia" en Rivista delle Società, anno 53°, 2008, pág. 668, especialmente 666.

³⁴ STANGUELLINI, ob. cit., pág. 1079.

³⁵ Ver *supra* nota 30.

³⁶ Ver *supra* nota 31.

pasivo (art. 197 LSA). Esta última solución es cuidadosamente ignorada en la presentación concursal.

De no reintegrar el capital, los socios o asumiendo el aumento de capital por ellos y terceros, para que el balance restituya la cifra del capital social, deben tener por operada una causal de disolución y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

2. Adviértanse los sistemas que en situaciones semejantes permiten a los administradores emitir acciones sin autorización de los socios³⁷. La tutela de los acreedores ante la continuidad de la empresa en cesación de pagos, aumentando la posibilidad de pérdidas ante una prospectiva incierta, impone pensar en la responsabilidad de los administradores³⁸, señalándose la utilidad que revisten en general “*los remedios tempestivos e idóneos a la primera señal de crisis*”³⁹.

No son ajenas a esas tendencias las soluciones contenidas en la legislación societaria mexicana sobre el capital social, su consistencia y su capacidad para el cumplimiento del objeto social (forma de darse la idea de empresa). La norma de la legislación concursal mexicana, que apunta a los acuerdos concursales de aumento de capital, forma por demás equilibrada de solucionar los aspectos económico financieros de una infrapatrimonialización o infracapitalización material o sustancial, prevé en el art. 155: “En caso de que en la propuesta de convenio se pacte un aumento de capital social, el conciliador deberá informarlo al juez para que lo notifique a los socios con el propósito de que éstos puedan ejercer su derecho de preferencia dentro de los quince días naturales siguientes a su notificación. Si este derecho no es ejercido dentro del plazo señalado, el juez podrá autorizar el aumento de capital social en los términos del convenio que hubiere propuesto el conciliador”. Sin duda se refiere a un aporte de terceros o de la capitalización de deudas.

³⁷ Massimo MIOLA, “Il sistema del capitale sociale e le prospettive di riforma nel diritto europeo delle società di capitali” en *Rivista delle Società*, 2005-50-1199, fasc. 6, pág. 1310

³⁸ MIOLA, ob. cit., pág. 1310.

³⁹ MIOLA, ob. cit., pág. 1309.

La cuestión se encuentra resuelta en la ley societaria argentina.

En ese contexto resulta importante otorgar la preferencia a los socios. Claro que ello puede lograrse con mínimo costo en sede societario. Así resulta de las previsiones de la ley societaria argentina, asegurando la posición del socio ante el eventual aumento de capital, impuesto por el giro de los negocios o por la necesidad de evitar la disolución por pérdida total o parcial del capital social, o por la imposibilidad sobreviniente del patrimonio social para cumplir el objeto social -empresa-.

Pero la ley mexicana mantiene ese derecho, porque quizá los socios no quisieron capitalizar la sociedad en el contexto de la legislación societaria por la crisis que atravesaba la sociedad. Se dice que cuando existen dificultades, los socios ya no tienen interés de poner más dinero, pero tampoco se invita a los acreedores a participar en el negocio, y sí se requiere a éstos un sacrificio que al alterar la composición del patrimonio les enriquece directamente. Pero con un acuerdo el horizonte negocial puede ser excelente y reconsiderando la situación decidirse a mantener su posición societaria. No dudamos que en el caso no sólo tendrían derecho de preferencia, sino también de acrecer si alguno de los consocios no ejercitara su derecho.

Con ese ingreso de capital se satisfarán las obligaciones sociales que motivaron el concurso y cesará la situación de crisis, por lo que se habrá sobreseído la situación concursal con un bajo coste de transacción, aunque menor hubiere sido si lo hubieran adoptado con una simple asamblea societaria, sin recurrir a la judicialización de la crisis.

3. Como señaló la jurisprudencia ⁴⁰, “la suficiente capitalización de la sociedad al momento de su constitución y posteriormente, durante todo el desarrollo de la actividad empresaria es la mejor manera de evitar la insolvencia de la sociedad, atento que ésta cuenta con mecanismos para obtener la financiación interna” y -eventualmente- la capitalización del pasivo.

⁴⁰ Cámara del Trabajo y Minas 4ª Nominación de Santiago del Estero, República Argentina, 15/6/05, autos: “Salazar, Oscar E. c/ Florestal El Milagro S.R.L.”, L.L. NOA 2005-1446.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis aumentando la posibilidad de fracaso ante una perspectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión ⁴¹.

Pruebas contables como el *insolvency test* o el *balance sheet test* son las recomendaciones técnicas usadas en el mundo globalizado para determinar fehacientemente el estado de la sociedad, sea por pérdida de capital social o de patrimonio para asumir el pasivo corriente.

La doctrina italiana reitera que la reforma de la legislación concursal ha omitido una regulación orgánica de la crisis y de la insolvencia de la sociedad, perpetuando una laguna de la legislación concursal hace tiempo criticada por la doctrina ⁴², pero se asienta en la necesidad de que la cuestión se ponga en manos de los socios al determinar que la capitalización de la sociedad en crisis -sea la reconstitución del capital o la capitalización- o insolvente, requiere una decisión del órgano de gobierno, partiendo de la situación patrimonial determinada al tiempo de presentación en concurso preventivo conforme un balance extraordinario ⁴³. El tema

⁴¹ MIOLA, ob. cit., pág. 1310.

⁴² A. NIGRO, "Le società per azioni nelle procedure concursali", in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 9º, Torino, 1934, 209 ss.. Por supuesto que a la fecha existe una tendencia a enfrentarlo de otra forma, de lo que da cuenta la Comisión de este Congreso.

⁴³ "La ricapitalizzazione della società in crisi o insolvente richiede anzitutto, partendo della domanda di concordato preventivo o della dichiarazione di fallimento, l'elaborazione di un bilancio ordinario infrannuale o straordinario, redatto secondo criteri contabili consoni alle prospettive della ristrutturazione risultanti dal piano collegato alla proposta di concordato" (confr. G.E. COLOMBO, "Bilancio d'esercizio e consolidato", in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 7ª, Torino, 1994, 28 ss.; M. CARATTOZZOLO, *I bilanci straordinari*, Milano, 1996, pág. 579 ss.; P. AFAMENI, *Perdita del capitale bilancio straordinari*, Milano, 2004, págs. 23 ss. y 97 ss.. "Tale "piano" potrà preveder infatti, secondo i casi, la continuazione dell'impresa, la dismissione di latuni cespiti o rami d'azienda in funzione del suo risanamento e anche la totale cessazione dell'attività, nell'ottica di una liquidazione volontaria, prevedibilmente più profittevole, del patrimonio sociale..." Fabrizio GUERRERA - Marco MALTONI, "Concordati giuziali e operazioni societarie di riorganizzazione" en *Revista delle Società*, anno 53, 2008, pág. 18, especialmente pág. 62/3.

no es extraño en la doctrina mundial. Hace muchos años señalábamos la posición de Karsten Schmidt sobre este aspecto ⁴⁴.

Los administradores de esas sociedades, y los socios de control, ante la crisis no adoptan ninguna de las medidas o vías que les ofrece el sistema societario: no llaman formalmente a los socios a considerar cómo afrontar la crisis. No se expresa ello ni en asambleas ni en reuniones generales, y menos aún se les convoca para aumentar del capital social, reintegración de éste, reorganización de la empresa, venta de activos inactivos, y particularmente a una capitalización de pasivos por negociación con acreedores.

Con esta visión se construye un sistema de preconcursalidad desde el derecho societario.

Es deber fundamental de los socios capitalizar la empresa si la solución es continuar el giro social. No necesariamente con aportes propios.

⁴⁴ Lo hemos citado en numerosos trabajos, y lo volvió a hacer en su conferencia “Responsabilidad de los socios y administradores”, donde señalaba introductoramente “I. El objeto de la disertación. I. Un viejo tema... siempre nuevo. Hace cinco años en La Cumbre, en las sierras de Córdoba, en el gran “Segundo Congreso Iboamericano” di una conferencia sobre el tema “El derecho empresario y el derecho concursal”. Recuerdo vivamente las discusiones en ese Congreso y volveré más tarde brevemente sobre lo expuesto en aquel momento. Hoy me referiré a una parte especialmente importante en la práctica de este tema general y puedo prometerles, que no repetiré conceptos. Yo no **quiero** ser reiterativo, ni tampoco **podría** serlo. Es que hay muchas novedades para comunicar. Novedades de la legislación, pero también muchas más de la jurisprudencia. Mi conferencia se divide en cuatro partes. La primera parte, que es introductoria, ya comenzó. Se refiere a las bases. Siguen pasajes acerca de la responsabilidad de los órganos de dirección (Parte II: Responsabilidad de los Administradores) y de los socios (Parte III: Responsabilidad de los Socios). En una cuarta parte hablaré por separado de los problemas especiales de la responsabilidad del arrastre de la insolvencia y de la liquidación cuando falta masa (Parte IV). Se trata de los casos dramáticos, en los que el patrimonio de la sociedad no alcanza ni siquiera para la iniciación de un procedimiento concursal. Todo esto como una visión preliminar. Todavía nos encontramos en la primera parte”. Reitera la posición que venimos predicando sobre que las normas societarias son las que introducen las soluciones a la crisis económica de esa organización técnica de la empresa, y su abandono o apartamiento involucra responsabilidad de administradores y, a veces, de los socios. Lo repite en su libro *Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán. La ley alemana de insolvencia de 1994* en “Sobre el Anteproyecto de Ley concursal del 2001” -de España apuntamos- Madrid, Diles, 2002, pág. 34 y ss..

Aun cuando desistan de seguir aportando porque no quieren o porque han perdido interés en el proyecto económico de la sociedad-empresa, o no tienen capacidad económica para hacerlo. La solución está prevista en la ley de sociedades: pueden invitar a terceros a suscribir el aumento de capital necesario para la continuación del giro o la capitalización de las deudas, o sea que los acreedores acompañen a los accionistas no sólo en el riesgo sino en el éxito futuro del negocio.

De decidir los socios no capitalizar ejerciendo su derecho de suscripción preferente, ni invitando a terceros o a los acreedores a la integración, deben tener por operada una causal de disolución -normalmente imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social-, y asumir la liquidación con el menor costo posible, para que los acreedores cobren lo más posible.

Si fracasara la tratativa extrajudicial de esa capitalización, o la liquidación privada se considerara inviable, recién aparecería lógica la presentación en concurso, formalizada temporáneamente con ese proceso. Y esa capitalización de los créditos quirografarios puede ser la propuesta superadora para lograr el acuerdo. Reiteramos que quita y espera, impuestos en el acuerdo concursal importan enriquecimiento para los socios y empobrecimiento para los acreedores.

Es la solución societaria, vinculada al “esfuerzo compartido”, que no es excluyente de otras soluciones: la capitalización (patrimonialización) para superar las causales de disolución, cuando no la cesación de pagos.

La capitalización tiene múltiples matices⁴⁵, incluso para el reparto de derechos entre viejos y nuevos socios. Apreciar adecuadamente sus po-

⁴⁵ Por ejemplo: emitir con prima, o acciones de clase, con preferencias, determinando pactos de rescate, etc. ; las cláusulas o convenios de preferencia para la compra de acciones o cuotas sociales, son de validez indiscutida en el derecho argentino tanto como en el comparado, sea que estén contenidos en el estatuto o en pactos privados entre accionistas (confr. R. MANÓVIL, *Grupos de sociedades*, Buenos Aires, 1998, pág. 320; R. REGGIARDO, “Sobre la transmisión ‘entre vivos’ de acciones”, E.D. 205-844; M. VANHAECKE, *Les groupes de sociétés*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudende, 1962, pág. 76, N° 65; C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Paris, Sirey, 1962, págs. 51-52, N° 49 y 50; T. ASCARELLI, “Sui limiti statutari alla circolazione delle partecipacion azionarie”, en *Saggi di diritto commerciali*, Milano, A. Giuffré, 1955, pág. 359, espec. pág. 391, N° 18), y sea que comprendan a todos los

sibilidades depende del plan de negocios que formulen los administradores o los técnicos a que ellos se lo requieran.

Los resultados que prometa el plan de negocios permitirá a los socios analizar la conveniencia de reintegrar o aumentar el capital social. A su vez, la posibilidad de invitar a terceros a integrarse a la sociedad por el buen negocio que resulta el adecuado cumplimiento de su objeto, la rentabilidad esperada, lo que puede permitir atender o reorganizar el pasivo exigible. Hemos intervenido en negocios donde los nuevos inversores aceptaron capitalizar con prima de emisión los fondos suficientes para satisfacer el pasivo, por la seguridad de las utilidades que se generarían una vez extinguido.

Congruentemente como lo señalan Barreiro y Truffat en “Responsabilidad de administradores y representantes en la ley de quiebras: el deber fiduciario de la ley de sociedades, ¿se traslada a los acreedores?”⁴⁶: *“Ya no se trata tanto de que alguien responda por los ‘daños’ de la insolvencia sobre el patrimonio de un acreedor concreto (aunque esta hipótesis no es descartable) sino que -frente al desangelado fenómeno de la insolvencia- las cargas del daño se repartan equitativamente; siendo intolerable que el sacrificio de los acreedores permita a los socios tener una sociedad renacida. Si hay padecer deben sufrirlo todos, pero en especial los dueños. Si hay éxito deben gozarlo todos, pero en especial los acreedores”*. Hay daño y hay formas prioritarias de enfrentarlo en beneficio de la empresa conforme al “esfuerzo compartido”.

Nos apoyamos en la *absolute equity rule*⁴⁷ -recordada por Lorente- para sostener la necesidad de aplicar el art. 197 inc. 2 LSA, sobre capitalización del pasivo si es que los socios no quieren capitalizar, antes de

accionistas o sólo a cierta clase de ellos, en cualquier caso, es incuestionable la licitud del convenio (confr. M. BROSETA PONT, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Madrid, 1963 págs. 51 y 138). *In re* “Recupero Energético S.A. c/ Camuzzi Gas Pampeana S.A. s/ ordinario”, vocales: Heredia, Vassallo, Dieuzeide, Cámara Comercial: D., 2007-02-14.

⁴⁶ En Doctrina Societaria y Concursal, octubre 2005, t. XVII, pág. 1205.

⁴⁷ En las Segundas Jornadas Interdisciplinarias Concursales del Centro, Córdoba, 2005, que compartimos con Truffat, en las Jornadas Italoargentinas de Derecho, Córdoba, 2005, y luego en Barranquilla.

pensar en presentarse en concurso. Y que las propuestas son abusivas, incluso inconstitucionales⁴⁸ si junto a las quitas y esperas no hay una capitalización de la diferencia, pues en caso contrario hay un despojo a los acreedores en beneficio de los socios. Una propuesta de quita y espera sin esa contrapartida en la participación en el capital, o alguna forma de negocio participativo, es inconstitucional por violar el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

VI. Liquidación extrajudicial societaria

¿Y si la liquidación no satisficere la totalidad del pasivo, como presumimos en caso de insolvencia? ¿Podrá solicitarse la quiebra por parte de acreedores? Obviamente que sí, pero carecerá de resultado práctico y se incurrirá en altos costos si no existieren acciones de responsabilidad o de integración de activos. No sería aplicable la clausura del procedimiento por falta de activo y el pase de antecedentes a la justicia del crimen, pues justamente se ha liquidado conforme prevé la ley societaria. También se podría solicitar el concurso, o la conversión de aquella quiebra, pero se deberá tener en cuenta qué se tutela en tal caso.

Sin duda la liquidación de la sociedad debe sujetarse a un plan. En forma alguna corresponde el cese total de la actividad aun en casos de constatarse causales de inmediata acreditación -causales que operan *ipso jure*, de pleno derecho, u *ope legis*-, pues tal interpretación podría llevar a funestas consecuencias por pérdida de valor del patrimonio. Además,

⁴⁸ Comunicación al Primer Congreso Hispanoamericano de Derecho Concursal, Barranquilla, octubre, 2005, “Reforma concursal: ¿de ideas o de normas?” en el CD editado por el Congreso, y “Hacia la desjudicialización de las crisis: la conservación de la empresa”, comunicación en la Jornada Internacional de Derecho Concursal, Cali -Colombia- martes 18 de octubre de 2005, Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales, Carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana, y Cámara de Comercio de Cali, o ambos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar, y antes “Propuesta abusiva” para el Dial.com en agosto de 2005 y también en esa página electrónica de la Academia y artículos similares en prensa en Zeus, Córdoba y Santa Fe.

todas las causales pueden ser removidas por decisión de los socios, por ellos mismos o por intervención de terceros ⁴⁹.

En trabajo de Bernardo Carlino ⁵⁰ aparecen manifestaciones muy importantes: *“Final: el procedimiento liquidatorio es un plan de negocios ad-hoc. De igual modo puede analizarse la liquidación de la empresa: todo el proceso liquidatorio (Secc. XIII-Cap. I, LSC) debe responder a un plan, y aunque parezca impropio llamarlo de ‘negocios’, lo cierto es que el liquidador debe finiquitar los negocios pendientes, aunque ello signifique llevar a cabo algunas actividades propias de un administrador, sea para no malvender las existencias de bienes de cambio, para finalizar los procesos productivos en curso de ejecución, para no interrumpir abruptamente la provisión ya convenida a terceros y generar litigios, etcétera”*.

Boldó Roda expresó en el Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (La Falda, Rep. Argentina, 2007) sobre este punto: Una causal de disolución es la infrapatrimonialización, que al impedir el cumplimiento del objeto social genera responsabilidad de los administradores.

VII. Presunto resultado de liquidación para homologar acuerdos predatorios de sociedades concursadas

El supuesto valor liquidatorio de los bienes en un concurso suele usarse como límite de la abusividad de un acuerdo y justificativo para la homologación, en aplicación de un supuesto para el caso de no obtenerse las mayorías necesarias en todas las categorías (art. 52 inc. 2 ap. B, requisito iv LCQ) “que el pago resultante del acuerdo impuesto equivalga a un dividendo no menor al que obtendrían en la quiebra los acreedores disidentes”.

⁴⁹ RICHARD-MUIÑO, *Derecho societario* 2ª ed. citada, t. I, pág. 365 y ss., especialmente pág. 370, “la sociedad puede seguir actuando, lo que relativiza la imperatividad de la causal”.

⁵⁰ Bernardo CARLINO, “Genética del plan de negocios (más sobre la contribución de E. H. Richard)” en *Jurisprudencia Argentina, Newsletter* del 20 de marzo de 2009

Podríamos llegar a aceptar ese criterio en el concurso de una persona física, pero nunca en el de una sociedad, pues ello sería olvidar los principios del régimen societario, y la elección de ese medio de organización formalizado por los fundadores, mantenido por los socios actuales y al que se encuentran unguidos los administradores elegidos, socios o no.

Ya hemos referido que la ley societaria imperativamente impone ante la pérdida del capital social la disolución salvo la reintegración o aumento del capital, que devuelva un estado patrimonial que al formalizar un nuevo balance determine que el capital social estatutario se ha reconstruido.

Esa situación de impotencia económica de la sociedad frente a los acreedores potencia la responsabilidad de administradores y socios prevista en el art. 99 LSA, por el daño generado a los acreedores si existía una causal de disolución evidenciada o que debieron advertir.

VIII. Aspectos y montos de la reintegración para evitar la liquidación de la sociedad

Recurramos al reciente libro de Nissen -que mereció nuestra precipitada lectura y comentario- para el análisis profundo de esta cuestión. En *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada* ⁵¹, en el primero de los tres tomos, dedica muchas páginas a estos y otros supuestos conexos, a partir del análisis de los arts. 94 inc. 5, 96 y 99. Los párrafos que transcribiremos entre comillitas en este parágrafo sin otra referencia, pertenecen a ese libro -cuya lectura completa recomendamos-. No se trata de estar totalmente de acuerdo con sus apreciaciones, siempre serias y fundadas, pero representan un punto de partida insoslayable para el análisis escueto que aquí haremos de la cuestión en su conexión con el concurso y responsabilidad de administradores y socios.

⁵¹ Ricardo A. NISSEN, *Ley de sociedades comerciales. 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, 3ª ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2010.

1. Nissen expresa: "... b) Dicha causal disolutoria no se produce ipso jure, esto es, de pleno derecho, como expresamente prescribía el art. 369 del Código de Comercio..., requiere en principio, una decisión en tal sentido. c) La disolución de la sociedad afectada por tal circunstancia está sometida a una condición suspensiva para su efectivo acaecimiento y tránsito hacia la etapa liquidativa, que los socios no acuerden el reintegro total o parcial del capital social o su aumento... dejó sin resolver el plazo con que cuentan los socios para regularizar la sociedad a través de los procedimientos previstos por el art. 96..., así como omitió reglamentar el instituto del reintegro del capital social... pérdida... total del capital social, pues -ante este último supuesto- cualquiera de los socios o accionistas puede reclamar la liquidación de la sociedad cuando su órgano de gobierno no haya adoptado resolución al respecto, no obstante haberse constatado tal contingencia... (pág. 912) ... Lo verdaderamente importante, siguiendo a Halperin, es que la pérdida del capital social debe resultar del estado patrimonial no susceptible de variación en el curso de los negocios, pues de lo contrario la disolución estaría sujeta al resultado transitorio de un negocio desfavorable, sin tener en cuenta el resultado de las demás operaciones en trámite... es de sencilla constatación en los estados contables de la sociedad y basta al respecto recurrir al estado de evolución del patrimonio neto durante el ejercicio considerado, que incluye la cifra "capital" como rubro integrante de tal cuenta. Si a tenor de ese instrumento, especialmente requerido por el art. 64, II, ... se observa que las pérdidas del ejercicio o las pérdidas acumuladas no pueden ser absorbidas totalmente por las reservas (cualquiera que sea su clase, incluso por la que incorrectamente se denomina "resultados no asignados", que es -en puridad jurídica- una reserva facultativa), por los fondos de revalúos o por los aportes irrevocables efectuados por los socios, ni tampoco por el capital social, al que supera, la situación prevista por el art. 94, inc. 5... se configura expresamente, y obliga a los administradores o directores de la sociedad, así como al órgano de fiscalización, a convocar a asamblea de socios o accionistas, a los efectos de adoptar las medidas del caso (pág. 914)... pues los graves efectos que supone la continuidad empresaria por una sociedad carente de capital social torna inadecuado dejar librada la celebración de la asamblea... a fórmulas tan vagas y genéricas... (pág. 915).

Estimamos que resulta más adecuado a derecho, en beneficio de la seguridad jurídica y la protección de los terceros, la aplicación analógica de lo dispuesto por el art. 94 inc. 8..., en cuanto prevé la existencia de un término de tres meses... período durante el cual debe ser convocada y celebrada una reunión de socios o asamblea... Transcurrido dicho plazo y si la sociedad no se ha pronunciado en uno y otro sentido, la disolución se produce en este caso de pleno derecho... No es admisible ni se compadece con el parámetro de actuación que prevé el art. 59..., que los administradores nada hagan ante la constatación de que la sociedad ha perdido el capital social” (pág. 916).

Introducimos aquí algunas apostillas. Hemos cuestionado la calificación de las causales de disolución en las que operan de pleno derecho, *ipso jure* u *ope legis*, dentro de las que se señala el vencimiento del término. No nos parece una clasificación adecuada y así lo hemos sostenido ⁵². Aun en la causal de vencimiento del término la sociedad podría seguir operando -otro tema es la responsabilidad si ello generara daño-. Así parece valiosa la clasificación entre causales imperativas y voluntarias; y, en relación a las primeras, las de inmediata constatación o que deben ser declaradas. Todo en vista a la sanción: la responsabilidad.

No hay duda que la pérdida del capital social cuando se formaliza o debió formalizarse el balance, con tal revelación aparece como de inmediata constatación e impone la convocatoria a los socios.

Si hay “recomposición” o reintegración del capital social o su aumento, desaparece todo problema aunque hubiera alguna demora, pues ningún daño se ha generado manteniéndose la garantía de los acreedores.

Si la recomposición no se decide y continúa operando la sociedad, la cuestión de la responsabilidad se retrotrae a la fecha en que se acredite que administradores y socios conocieron o debieron conocer la situación si, como debemos presumir, hay acreedores insatisfechos o que resultan afectados por quitas y esperas en un proceso concursal.

⁵² Efraín H. RICHARD - O.M. MUIÑO, *Derecho societario*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 365 y ss.

2. Ahora veamos aspectos del reintegro asumidos por Nissen en su última obra: *“sólo tiene referencias en la ley 19.550: a) en el art. 96 como forma de superar la aludida causal disolutoria; b), y c) en el art. 244 in fine, como uno de los supuestos que requieren las mayorías especiales allí previstas, otorgando por remisión del art. 245, el derecho de receso para los accionistas que no votaron a favor de ese acuerdo en el art. 235, como tema de asamblea extraordinaria... La operación se reduce en consecuencia, a eliminar del activo del balance el rubro ‘pérdidas’, sin necesidad de entregar nuevas acciones a los accionistas”* (pág. 942)... *técnicamente el reintegro es una operación que no afecta el valor capital consignado en el balance de la sociedad, salvo que se realice parcialmente y por el remanente se resuelva reducir el capital, aunque en este caso, debe señalar que se trataría de dos operaciones distintas, reintegración parcial y reducción del capital* (pág. 944)... *el reintegro del capital social es sólo obligación que debe serle impuesta al accionista en proporción a sus respectivas tenencias* (pág. 950)... *frente a un acuerdo favorable al reintegro del capital social, los socios o accionistas pueden adoptar las siguientes conductas: 1)... ejercer el derecho de receso ... no existirá derecho del socio o accionista al reembolso del valor de su participación que ha perdido todo valor como consecuencia de las pérdidas sufridas por la sociedad... 2) Si el socio o accionista no ha ejercido el derecho de receso, aun cuando haya votado en contra, la decisión de la asamblea o reunión de socios que ha aprobado el reintegro del capital social es obligatoria para aquél y obliga al directorio a exigirse el correspondiente desembolso (art. 233 in fine, ley 19.550)... las soluciones previstas en el art. 193... para el suscriptor moroso en la integración... queda abierta la posibilidad de excluirlo, según lo dispone el art. 37...”* (págs. 252/253).

Apuntemos que la falta de integración del capital social en la operación de reintegración o recomposición, impondrá en su caso insistir en la liquidación, salvo que los otros socios asuman el derecho -obligación en el caso de no querer la liquidación- de realizar el aporte del socio incumplidor, asumiendo sus derechos sociales en el devenir de la sociedad.

Nissen usa la palabra “recomposición” (pág. 912).

Introduciendo en esta temática de recomposición del capital social ante la pérdida de éste y concurso sin asumir ninguna de las provisiones imperativamente impuestas por la ley (ni liquidar, ni reintegrar ni aumen-

tar el capital social), Nissen sin entrar en esa problemática pone el dedo en la llaga: “... en la práctica, el reintegro del capital social no es siempre objeto de especiales simpatías” (pág. 953).

Avizoramos que una presentación en concurso en tales circunstancias no será abusiva si antes se intentaron infructuosamente los dos remedios: reintegrar por los socios, aumentar el capital social por ellos o por terceros, específicamente por la capitalización de las deudas, y no por la quita predatoria de éstas. “*Por ello, las únicas maneras de aumentar el capital social para evitar la disolución de la sociedad son con el efectivo desembolso, por parte de sus socios o accionistas, de una suma que permita producir un reequilibrio entre capital y patrimonio y en la medida necesaria para que desvirtúe la causa de la disolución o mediante la capitalización de la deuda, en los términos del art. 197 ley 19.550... el aumento del capital social como alternativa para superar el estado de disolución por pérdidas debe ser lo suficientemente amplio como para absorberlas...*” (pág. 955).

3. Estas apreciaciones llevan a determinar que la “reintegración” no puede limitarse exclusivamente al monto del capital social. Ello podría ser correcto cuando los administradores actúen ante la mera pérdida del capital social, pero si el déficit indica otras pérdidas o sea una insuficiencia del patrimonio activo frente al pasivo mayor que el capital social, se impondrá equilibrar activo y pasivo y además renovar la dotación del capital, sólo así quedará “reintegrado” el capital social. Claro que nada impide que ello se logre mediante una capitalización del pasivo.

Sobre el punto, la jurista colombiana Luisa T. Acedo de Lepervanche expresa ⁵³: “*En efecto, la primera parte del citado artículo 264 prevé que, en caso de que el capital de una sociedad disminuya en más de un tercio, sin alcanzar los dos tercios del capital, los administradores han de convocar a los accionistas para que decidan si optan por reintegrar el capital, limitarlo a la suma que queda o liquidar la compañía.... A tal efecto debe hacerse una comparación entre dos elementos, identificados en el propio artículo 264: (i) el capital re-*

⁵³ En “La disolución de la sociedad anónima en el Código de Comercio de 1904 y su relación con el Código de Comercio vigente”.

gistrado de la compañía, y (ii) la disminución de dicho capital, que solamente puede entenderse como pérdida patrimonial.... Sin embargo, en todos los demás casos, la diferencia entre los activos y pasivos de una compañía, que conforma su patrimonio, no esta representada únicamente en el capital social, sino en otras partidas, como lo son el superávit ganado, la reserva legal, las reservas estatutarias, las utilidades no distribuidas, el superávit no realizado, la reserva para revalorización de valores y la reserva para revalorización de inmuebles; todas las cuales deben tomarse en cuenta, antes de ver si las pérdidas afectan al capital social en la proporción indicada. En consecuencia, la disminución o pérdida a que se refiere el artículo citado debe determinarse según los estados financieros, considerando todas las cuentas de patrimonio. ... El capital social con el que se compara la disminución de capital o pérdida patrimonial es el capital social registrado, y no un capital ajustado por inflación; pues el capital social que habría que reintegrar o limitar, según el Código de Comercio, es el que delimita la responsabilidad de los accionistas, es decir, el expresado en el valor nominal de las acciones, y no este valor ajustado por inflación. Todas las cuentas del patrimonio, entre las cuales figura la reserva legal y cualquier otra reserva, son cuentas preservadoras del capital social, y, por lo tanto, con anterioridad a aplicar el artículo citado, es decir, antes de considerar afectado el capital social, deben tomarse en consideración aquellas cuentas”.

En conclusión, sobre el aspecto del reintegro debemos señalar que éste debe ser del monto que restablezca en el patrimonio social un patrimonio neto igual al capital nominal, o sea que pueden absorberse reservas legales y facultativas anteriores, pero no se trata simplemente de aportar un monto igual al capital nominal original, pues de esa forma no se solucionaría el problema si el patrimonio pasivo es superior al activo.

4. Si los administradores han sido diligentes y actúan tempestivamente ante la crisis, es posible que la mera aportación del monto nominal original permita ese reintegro, pero si se ha generado un alto pasivo -superior al activo- será necesario un desembolso mucho mayor para no asumir la liquidación, impuesta imperativamente por la ley de no procederse a esa “reintegración” o al aumento de capital. Obviamente que además de removerse la causal de pérdida del capital social, debería asegurarse una

situación patrimonial que haya eliminado la crisis y la eventual imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social, otra causal de disolución.

Obviamente que la pérdida y su cuantía, en el caso de concurso de la sociedad sin haberlo afrontado, resultará de la documentación con la que los administradores societarios acrediten en la presentación a ese trámite la existencia de la “cesación de pagos” como estado patrimonial, de cuyas propias manifestaciones resultará su profundidad, la falta de tempestividad en afrontarlo y las responsabilidades consiguientes. Los accionistas o socios podrán asumir las responsabilidades previstas en el art. 99 L.S. al ratificar la presentación en concurso, apartándose de la liquidación de la sociedad sin optar por la reintegración ni el aumento de capital, por los daños que se puedan generar, obviamente entre otros acreedores -con especial atención a los nacidos con posterioridad a la pérdida del capital social o a la cesación de pagos-.

Nuestra preocupación es que los administradores de sociedades que nunca tienen responsabilidad por tal, y los socios de sociedades con responsabilidad limitada, crean que pueden hacer cualquier cosa con ese maravilloso instrumento de organización que es la sociedad comercial, y se vean de repente sujetos a acciones de inoponibilidad o responsabilidad. No se trata de responsabilizarlos por el riesgo empresarial, pero sí por no asumirlo oportunamente y no actuar en la forma que prevé la ley de sociedades, que no puede ser soslayada ni aun en los procedimientos concursales.

Por otra parte, también podrán pensar en la promoción de acciones de responsabilidad contra los administradores, indubitablemente los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos, pero quizá también los anteriores ante la desatención de los negocios sociales objetivamente relatados por la primera instancia y la apelación fiscal.

5. Nuestra preocupación se refiere a que los administradores societarios nunca asumen responsabilidad por el riesgo empresarial, pero sí la tendrán por no asumir la pérdida del capital social en la forma que la ley societaria se los impone.

Ante la negativa o imposibilidad de los accionistas y no deseando liquidar la sociedad, se abre la solución prevista del art. 197 L.S.- de capitalizar el pasivo, o sea en ciertos casos traspasar la sociedad o su control a los acreedores. Esta es también una previsión del art. 42 LCQ.

Este tipo de capitalización, si bien no genera fondos elimina en forma inmediata ese pasivo del balance y lo transfiere al activo, desapareciendo la causal de disolución por pérdida del capital social. A su vez, al eliminar el pasivo corriente modifica la estructura patrimonial permitiendo que todo el flujo de caja se dirija al cumplimiento del objeto social, removiendo así la segunda causal de disolución que normalmente se presenta.

La capitalización del pasivo trae un beneficio inmediato a los accionistas, directores o terceros que hayan garantizado una obligación capitalizada, pues se liberarán de esa obligación de garantía, fórmula que no está gravada por impuestos a las ganancias, que en cambio se aplica sobre quitas y esperas concursales, al entender claramente que el empobrecimiento de los acreedores importa una ganancia para los socios de la deudora.

Al no existir normas claras que impidan la continuación de la empresa en crisis -en nuestro país la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento del objeto social- aumentando la posibilidad de fracaso ante una prospectiva incierta, la tutela de los acreedores resulta de imputar responsabilidad de los administradores sociales, por no haber actuado debidamente, generando daño por su específica acción u omisión ⁵⁴.

6. En España era clara la situación desde el punto de vista societario. *“La regulación legal de la disolución de la sociedad anónima comienza por una enumeración de las circunstancias por las que ‘se disolverá’ (art. 260 LSA). En este punto, se aprecia ya una importante diferencia con lo establecido por el Código de Comercio. En este último cuerpo legal, la disolución se concibe como una institución que debe entrar en juego únicamente por voluntad de la propia sociedad anónima manifestada en un acuerdo de la junta genérica (v. art. 168 C.Com.)... La Ley de Sociedades Anónimas no eliminó esta concepción de la disolución; pero amplía su campo de acción. ... se advierten importantes novedades: se incluye expresamente la paralización de los órganos sociales como un supuesto de imposibilidad de realizar el fin social; desaparece el supuesto de pérdida íntegra*

⁵⁴ MIOLA, ob. cit., pág. 1310.

*del capital, por la razón que a continuación expondremos.... Al lado de ello, la disolución va a servir también para otras finalidades. En primer lugar, para impedir que una sociedad de capital pueda funcionar cuando la única garantía de los acreedores sociales, constituida por la correspondencia entre capital y patrimonio, se vea seriamente comprometida: si el patrimonio social no alcanza, al menos, la mitad de la cifra del capital social, la sociedad debe desaparecer o poner fin a tal situación (art. 260.1.4º LSA). En segundo lugar -tras la Ley de Reforma y Adaptación- la técnica de la disolución se utiliza también para reprimir la infracción de determinadas normas imperativas consideradas como esenciales para la existencia de la sociedad: la sociedad debe extinguirse si contraviene la norma que prevé la existencia de un capital social mínimo... la disolución adquiere un perfil **sancionador**. Esas consideraciones explican el **carácter imperativo** de las normas sobre disolución...”*⁵⁵.

Siguiendo con Emilio Beltrán al referirse a “La imposibilidad manifiesta de realizar el fin social”, nuestra equivalencia de “cumplimiento del objeto social”, expresa: “*Hipótesis típica de imposibilidad manifiesta de conseguir el fin social es la **infracapitalización material**, es decir, aquel supuesto en que la sociedad carece, en el momento constitutivo o con posterioridad, de los fondos suficientes para el ejercicio de la empresa que constituye el objeto social (sobre el concepto y las clases de infracapitalización, v. C. Paz-Ares, en ADC, 1983, 1588-1595). En efecto, si los fondos sociales son manifiestamente insuficientes para el desarrollo del objeto social y los socios no proceden a su adecuación (v.gr. aumentando el capital social, eliminando o modificando alguna de las actividades de su objeto) la sociedad se encontrará en una situación de imposibilidad de realizar el fin social (confr. C. Paz-Ares, ob. cit., 1608, 1611; J.C. Sáenz, El objeto social, 343; J. Massaguer, en RGD, 1990, 5571)”*⁵⁶.

Beltrán señala para las sociedades anónimas españolas: “*Los efectos de la concurrencia de una causa legítima para la disolución se*

⁵⁵ BELTRÁN, Emilio, “La disolución de la sociedad anónima”, *Estudios de derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1991, págs. 34/5.

⁵⁶ BELTRÁN, “La disolución...” cit., págs. 100/101.

completan con la imposición a los administradores de la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales cuando incumplan la obligación de convocar junta general o de solicitar, en su caso, la disolución judicial (art. 260.2, 4 y 5 LSA). ... el fundamento último del precepto estriba precisamente en la tutela de los acreedores sociales”⁵⁷. Es interesante el fallo que relata, antes de la nueva legislación correspondiente al Tribunal Supremo del 13 de febrero de 1990, ‘interpretando generosamente los preceptos legales sobre responsabilidad de los administradores por daños en la gestión, había estimado que éstos eran responsables frente a los acreedores sociales por el hecho de que la sociedad no pagara sus deudas, ya que no habrían tomado precauciones y garantías para respaldar las obligaciones de la misma (v. gr., solicitar la suspensión de pagos o la quiebra)’... ”. La ley se limita a señalar que la responsabilidad surge cuando los administradores no convoquen la junta en el plazo de dos meses... El segundo presupuesto de la responsabilidad plantea menos problemas, por su más exacta determinación. Si la junta convocada por los administradores, motu proprio o a solicitud de algún accionista, no llega a reunirse válidamente o no adopta el acuerdo de disolución, los administradores tienen la obligación de solicitar la disolución judicial en el plazo de dos meses”.

En el Boletín Oficial del 3 de julio de 2010 -mientras concluíamos este ensayo-, se publicó la nueva ley de sociedades española en cuyos arts. 360 a 367 se trata esta cuestión, imponiendo la disolución por pérdida o el concurso si fuera la sociedad insolvente, otorgando a los administradores un plazo de dos meses para que los socios adopten la decisión similar de liquidar si no se opta por la capitalización, imponiendo la presentación en concurso en el mismo plazo en caso de no adoptarse esa decisión o en el caso de no reunirse la junta desde esta fecha. La responsabilidad de los administradores se registra sobre ese incumplimiento. O sea que se compatibiliza con la posibilidad de concurso, como forma de proteger a la empresa, pero no a los socios -a nuestro entender-. Debiendo compatibilizarse la forma de actuar de los administradores con el plan de reorganización que pergeñen.

⁵⁷ BELTRÁN, “La disolución...” cit., págs. 138/9.

7. Por último, extractamos de Nissen ⁵⁸ las referencias sobre la sanción a aplicar en el caso que no se proceda ni a liquidar la sociedad ni a reintegrar el capital social: “*cuando la sociedad ignora el acaecimiento de la causal disolutoria, la doctrina y la jurisprudencia no es pacífica en cuanto al status de la sociedad*”. Nissen sanciona con la “irregularidad” de la sociedad y los efectos patrimoniales sobre los socios, con sólida argumentación (pág. 985 y ss.). Nos permitimos ante ello insistir en la responsabilidad de administradores y socios de control, pues la irregularidad en tal supuesto podría generar la responsabilidad de accionistas independientes, solventes, que no tuvieron acceso a la información respectiva. El art. 99 LSA es sin duda la sanción. De todas formas destacamos que tenemos coincidencia en que la omisión de afrontar la causal disolutoria genera responsabilidad.

Y ello podría acaecer si se ha soslayado el anterior tratamiento, cuando se convocare a asamblea para ratificar la presentación en concurso formalizada por los administradores acompañando documentación de la que resulta esa pérdida del capital social.

La continuidad de la actuación de la sociedad sin afrontar la eliminación de las causales de disolución, genera la responsabilidad de administradores, que “puede serle extensiva a los socios si lo consintieron o beneficiaron con ello” ⁵⁹. Resulta así la necesidad de que los administradores respondan a la sociedad más que a los accionistas, particularmente ante la crisis, pues deben tutelar el patrimonio para satisfacer a los acreedores y a los demás intereses afectados por el giro empresarial. Seguir contratando con terceros en ese estado significa violar el deber de lealtad. Lo que implica actuar con dolo (art. 931 C.C.).

IX. Reflexiones finales

Con estos análisis traemos algunos temas al análisis interdisciplinario de los miembros de la Academia:

⁵⁸ NISSEN, “La pérdida del capital social como causal de disolución de las sociedades comerciales” citada.

⁵⁹ Horacio ROITMAN y colaboradores, *Ley de sociedades comerciales. Anotada y Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2006, t. II, pág. 491.

La conservación de la empresa como expresión, significa mantener un patrimonio funcional para el cumplimiento del objeto, y lo es a través de la técnica de organización (societaria por medio de la normal y diligente actuación de sus órganos).

La funcionalidad y la legislación societaria tienen hoy normas y recursos que permiten reencauzar las crisis patrimoniales. Son fundamentales las previsiones en torno a cómo debe procederse cuando se detecten o produzcan causales de disolución, facilitando la remoción de las vinculadas a aspectos patrimoniales las de aumento o reintegración del capital social, solución que debería anticiparse a la apertura de cualquier concurso.

La capitalización del pasivo es la forma societaria de afrontar la crisis. Un acuerdo expropiatorio -sin indemnización- de quita y espera para ser constitucional debería ir unido a que los acreedores compartieran el patrimonio social, como una forma de compensación.

A la comunidad, al país, a los trabajadores, a la economía en general, es indistinto quiénes sean los titulares del capital social. No puede aceptarse que se enriquezcan quienes se marginaron del sistema privado societario para solucionar el problema, eventualmente asumiendo tempestivamente un sistema concursal o preconcursal, imponiéndose el esfuerzo compartido en salvaguarda de la empresa, convergiendo en el capital social todos los interesados -u otorgando otros beneficios participativos-, sin excluir de posibles beneficios futuros a los acreedores.

Resulta necesario reconstruir la concepción integral del sistema jurídico, con método de empresa propio de las relaciones de organización y no individualista propio de las relaciones de cambio, donde la libertad, autonomía de voluntad y capacidad jurídica individual de generar personas jurídicas o centros de imputación, debe equilibrarse con la funcionalidad regular de esas instituciones. La libertad entraña responsabilidad y la obligación de reparar el daño que se cause, y la eficiencia del sistema jurídico y judicial está vinculada a esos objetivos, tanto para disuadir como para equilibrar rápidamente las relaciones afectadas.

La tesis sustentada es una invitación a retomar esas ideas, que permitirían salvaguardar la empresa y las actividades productivas, haciendo confiable el crédito y evitando se atesten los tribunales de procedimientos que hubieran podido afrontarse privada y oportunamente.

En una visión congruente con las previsiones de la “Responsabilidad social corporativa”, deberíamos disponer estadísticas del éxito de las soluciones societarias para afrontar sus crisis patrimoniales, dentro del referido *obiter dictum* de nuestra Corte.

Con gusto escucharemos los aportes u observaciones.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FALLO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA RELATIVO A LA CUESTIÓN DE LAS PASTERAS URUGUAYAS ¹

por ZLATA DRNAS DE CLÉMENT ²

SUMARIO: a. Distinción entre categorías de obligaciones. b. Consecuencias del comportamiento ilícito.

Argentina demandó a Uruguay el 4 de mayo de 2006 ante la Corte Internacional de Justicia/CIJ ³, solicitando *i.a.* “en la cuestión de fondo ⁴, que la Corte diga y juzgue que el Uruguay “*ha faltado a las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de 1975 y de otras reglas de derecho a las que el Estatuto reenvía (...)*” ⁵.

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 18 de mayo de 2010.

² Académica de número y directora del Instituto de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales

³ Un día después que Uruguay iniciara reclamaciones contra Argentina ante el Mercosur por violación al derecho de libre circulación

⁴ Expresión utilizada en contraposición al pedido argentino de adopción de medidas conservatorias provisionales, presentado en el mismo momento.

⁵ Argentina, en la *Demanda* de 4 de mayo de 2006, solicitó en la *cuestión de fondo*, que la Corte diga y juzgue que el Uruguay: - ha faltado a las obligaciones que le incumben en virtud del Estatuto de 1975 y de otras reglas de derecho a las que el Estatuto reenvía, incluyendo pero no exclusivamente: a) La obligación de tomar todas las medidas necesarias para la utilización racional y óptima del río Uruguay; b) La obligación de informar a la Comisión Administradora del Río Uruguay (CARU) y a la Argentina; c) La obligación de sujetarse a los procedimientos previstos por el Capítulo II del Estatuto de 1975; d) La obligación de tomar todas las medidas necesarias para preservar el medio acuático e impedir la contaminación y la obligación de preservar la biodiversidad y las

Como puede observarse, la demanda argentina se ha referido a *todo* el Estatuto del río Uruguay y a *otras “reglas” de derecho* a las que el Estatuto reenvía, demanda ampliada en las conclusiones de su *Memoria*, de 15 de febrero de 2007 al solicitar a la Corte que constate que, al autorizar unilateralmente la construcción de las plantas e instalaciones conexas en violación al Estatuto, Uruguay cometió hechos internacionalmente ilícitos que comprometen su responsabilidad internacional. Sin embargo, la CIJ sólo consideró “obligaciones sustantivas” en su sentencia de 10 de octubre de 2010 sobre el fondo del asunto a los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto (v. párrafo 169 de la sentencia). No consideró sustantivos a los art. 1 (Cap. I Propósitos y definiciones), 7 a 13 (Cap III Navegación y Obras), 27 (Cap VII Aprovechamiento de las aguas), ni al Cap. XV Solución Judicial de las Controversias). Tomaremos como eje del desarrollo de este breve trabajo el articulado señalado.

Con relación **al artículo 1**, en el párrafo 173, la Corte observó que el artículo 1^o contribuye a la interpretación de las obligaciones sustantivas pero no confiere, en sí mismo, derechos u obligaciones específicas a las Partes.

En lo que hace a los **artículos 7 a 13**, debe tenerse en cuenta que la Corte no se ocupa del relevante artículo 13 y que luce como el más pertinente del Cap. III para el caso, en tanto expresa que las normas estable-

pesquerías, incluyendo la obligación de proceder a un estudio de impacto ambiental completo y objetivo; e) Las obligaciones de cooperación en materia de prevención de la contaminación y de la protección de la biodiversidad y de las pesquerías; - por su comportamiento ha comprometido su responsabilidad frente a Argentina; - debe cesar en su comportamiento ilícito y respetar escrupulosamente en el futuro las obligaciones que le incumben; - debe reparar integralmente el perjuicio causado por el no respeto de las obligaciones internacionales que le incumben.

⁶ “Artículo 1.- *Las partes acuerdan el presente Estatuto, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 7 del Tratado de Límites en el Río Uruguay de 7 de abril de 1961, con el fin de establecer los mecanismos comunes necesarios para el óptimo y racional aprovechamiento del Río Uruguay, y en estricta observancia de los derechos y obligaciones emergentes de los tratados y demás compromisos internacionales vigentes para cualquiera de las partes*”. Observamos la expresión “las partes acuerdan que el presente Estatuto” (todo el Estatuto) con el fin de establecer los mecanismos para el óptimo y racional aprovechamiento del río. Además, el propio Estatuto en este artículo vincula el Estatuto con otras normas de derecho internacional pertinentes, relación que la Corte en su sentencia desecha.

cidas en los artículos 7 a 12 se aplicarán a todas las obras a que se refiere el artículo 7, sean nacionales o binacionales, que cualquiera de las Partes proyecte realizar, dentro de su jurisdicción, en el río Uruguay fuera del tramo definido como río y *en las respectivas áreas de influencia de ambos tramos*” (el resaltado nos pertenece).

La percepción de la CIJ de que los artículos 7 a 12 del Estatuto⁷ son meramente “procedimentales” sorprende, en tanto la Corte contradice el Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional en materia de responsabilidad internacional del Estado por hecho ilícito (considerado en varias oportunidades por la propia Corte manifestación de norma consuetudinaria internacional), el que establece que:

- “*todo* hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional” (art. 1- el resaltado nos pertenece-);
- “hay hecho internacionalmente ilícito cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) es atribuible al Estado (...), b) constituye una violación de una obligación internacional del Estado” (art. 2). Debe observarse que el Proyecto de la CDI no hace distinción alguna en materia de responsabilidad por el “tipo”, “naturaleza” o “categoría” de obligación, como lo hace la Corte al diferenciar violación de obligaciones procedimentales de la violación de obligaciones sustantivas.

⁷ Los arts. 7 a 12 del Estatuto se refieren a: -la obligación de comunicar a la Comisión Administradora del río Uruguay (CARU) (la que se expedirá sobre si la obra puede causar perjuicio sensible a la otra parte) toda obra que implique modificación o alteración de las existentes o cualesquiera obras que puedan afectar la navegación, el régimen del río o la calidad de sus aguas; -la obligación de notificar a la otra Parte el proyecto (incluyendo aspectos esenciales y datos técnicos) si se estima que puede causar perjuicio sensible o en el ámbito de la CARU no se alcanzó decisión al respecto; -al derecho de la otra Parte a realizar o autorizar la obra proyectada si la Parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido; -al derecho de la Parte notificada a inspeccionar las obras que se estén ejecutando para comprobar si se ajustan al proyecto presentado; -el deber de comunicar y precisar en plazo determinado los aspectos de la obra o del programa de operación que estima podrán causar perjuicio sensible a la navegación, señalar las razones técnicas que lo llevaron a esa conclusión y las modificaciones que sugiere al proyecto o programa de operación; -al deber de las Partes de someter el diferendo al procedimiento de solución de controversias del Cap. XV una vez transcurrido el plazo establecido sin que se llegue a un acuerdo entre las Partes.

- “*el Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) a ponerle fin a ese hecho si continúa; b) a ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen*” (art. 30) (el resaltado nos pertenece) ⁸.

- “1. El *Estado responsable* de un hecho internacionalmente ilícito está obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho *en la medida en que ese perjuicio no pueda ser reparado mediante restitución o indemnización*. 2. La satisfacción puede consistir en un *reconocimiento de la violación*, una *expresión de pesar*, una *disculpa formal* o cualquier otra modalidad adecuada. 3. La satisfacción no será desproporcionada con relación al perjuicio y no podrá adoptar una forma humillante para el Estado responsable” (art. 37) (los resaltados nos pertenecen).

Decimos que la Corte ha contrariado esas previsiones en tanto en su dictamen dispuso: que la “República Oriental del Uruguay ha violado las obligaciones de naturaleza procedimental que le incumben en virtud de los artículos 7 a 12 del Estatuto del río Uruguay de 1975 y que la constatación *por la Corte* de esa violación constituye una satisfacción apropiada (parágrafo 282.1 de la sentencia-dictamen). Antes de tratar las obligaciones consideradas sustantivas por la Corte, deseamos considerar dos cuestiones de ese dictamen:

a) la distinción entre obligaciones de procedimiento y sustantivas, que no existe en el Estatuto del río Uruguay, ni en el Proyecto de la CDI;

b) las consecuencias del comportamiento ilícito uruguayo reconocido por la Corte.

⁸ La no repetición ya se halla implícita en toda endonorma y la obligación de cumplirla. Además, el art. 29 del proyecto de referencia recuerda la obligación del Estado responsable de cumplir la obligación violada.

a. Distinción entre categorías de obligaciones

Criticamos la división metodológica construida por la Corte en obligaciones procedimentales y sustantivas por ser totalmente ajena a la estructura del Proyecto de la CDI referido, como también al propio Estatuto de 1975. La Corte induce a error al lector de la sentencia al expresar en el parágrafo 79 “(...) existe un vínculo funcional (...) entre las dos categorías de obligaciones previstas en el Estatuto de 1975 (...)”. Ello, atento a que el Estatuto no hace referencia alguna a categorías y menos a una división entre obligaciones de procedimiento y sustantivas⁹, categorías que ha creado la Corte a pedido de Uruguay, al receptor las argumentaciones uruguayas presentadas en la *Dúplica*, entre ellas: “*d) - Si la Corte estimaba, no obstante las pruebas en contrario, que Uruguay violó las obligaciones procedimentales que le incuben respecto de Argentina, dictara una sentencia declaratoria en tal sentido, lo que constituiría forma adecuada de satisfacción*”. El fallo de la Corte es prácticamente un eco de ese petitorio. Obsérvese que, a más de responder a la división de las obligaciones por su presunta naturaleza solicitada por Uruguay, también ha hecho lugar a la parte final de lo solicitado al declarar que la sentencia que declara la violación de sus obligaciones internacionales por parte de Uruguay constituye “adecuada satisfacción” (aspecto que consideraremos más adelante).

Es de observar que el uso unilateral del recurso compartido -consecuencia de la falta de información, consulta, negociación- ha tenido un trato totalmente diferente por la CIJ en la sentencia de 27 de septiembre de 1997, en el *Asunto relativo al Proyecto Gabèkovo-Nagykaros (Hungría/Eslovaquia)* considerando la Corte que la disposición unilateral del recurso natural compartido constituía violación a obligación

⁹ El que el art. 27 del Estatuto haya hecho referencia a “procedimiento previsto en los arts. 7 a 12”, sólo indica que la normativa ha previsto un mecanismo con etapas, plazos, entidades pertinentes, etc. Ello es confirmado por la formulación del art. 13 el que expresa: “Las normas establecidas en los arts. 7º a 12 se aplicarán a (...)”. “Art. 27. *El derecho de cada parte de aprovechar las aguas del río, dentro de su jurisdicción para fines domésticos, sanitarios, industriales y agrícolas, se ejercerá sin perjuicio de la aplicación del procedimiento previsto en los arts. 7º a 12 cuando el aprovechamiento sea de entidad suficiente para afectar el régimen del río o la calidad de sus aguas*”.

sustantiva y no meramente procedimental (CIJ *Reports 1997*, para 85). Llama la atención que la Corte, en el caso de las pasteras uruguayas no haya hecho referencia alguna a ese precedente, a pesar de su notoria pertinencia al caso.

El forzamiento “metodológico” resultante en la distinción entre obligaciones procedimentales y sustantivas y su no pertinencia ha sido percibido por los propios jueces de la CIJ, tanto por los que han votado en disidencia, como por varios de los que acompañaron el voto de la mayoría pero han expresado su opinión por separado.

La Corte ha considerado que todo el contenido regulatorio de los art. 7 a 12 es procedimental, inclusive el art. 9¹⁰.

Tal como lo señaláramos en trabajo anterior¹¹, el juez Skotnikov no compartió con la Corte -a pesar de haber votado con la mayoría- la posición sentada en el parágrafo 154 de la sentencia que consideraba que *la pretendida ‘obligación de no construir’* sólo existía durante el período de negociación pero no entre el fin de la negociación y el fallo de la Corte, ya que no figuraba expresamente en el Estatuto de 1975, ni surgía de sus disposiciones. Según la Corte, el art. 9 sólo preveía prohibición durante la puesta en marcha de las obligaciones procedimentales establecidas en los arts. 7 a 12 del Estatuto. Skotnikov, muy por el contrario, entendió que la obligación de no construir era consecuencia de las previsiones del Estatuto y de su objeto y propósito: la utilización óptima y racional del río y, en particular, del objetivo de impedir toda acción unilateral sobre el recurso natural compartido. Si al final del período de negociación no se arribaba a un acuerdo entre las partes, la parte que tenía interés en llevar adelante el proyecto tenía la opción de abandonar el proyecto o requerir a la CIJ (de conformidad al art. 12 del Estatuto de 1975) que resuelva la disputa. Entendió el referido juez que, bajo ese esquema de cosas, no habría perjuicio para ninguna de las partes como tampoco para el curso de agua compartido. En cambio, de interpretarlo de modo diferente, se llegaría a la absur-

¹⁰ “Art. 9. Si la parte notificada no opusiere objeciones o no contestare dentro del plazo establecido (...) la otra parte podrá realizar o autorizar la realización de la obra proyectada”. Este artículo también ha sido considerado procedimental por la Corte.

¹¹ “Algunas consideraciones en torno al fallo de la CIJ sobre las pasteras uruguayas (sentencia de 10/04/2010)”, Revista de Derecho Ambiental, Abeledo-Perrot, 2010-3.

da conclusión que los Estados han acordado cláusulas contrarias al objeto y fin del tratado. No hay nada de “óptimo y racional” -señala el juez- en permitir que una parte dañe al co-riberaño y al propio río e incurra en costos financieros construyendo obras para luego tener que derribarlas.

En el párrafo 269, la Corte ha expresado que *“considera que su determinación de la conducta ilícita uruguaya con relación a sus obligaciones procedimentales constituye per se una medida de satisfacción para Argentina. Como las violaciones uruguayas a las obligaciones procedimentales ocurrieron en el pasado y ya han cesado, no hay razón para ordenar el cese de la violación”*¹².

Tal como lo señaláramos en trabajo anterior¹³, varios jueces -los que votaron en disidencia o emitieron opinión o declaración separada- señalaron no compartir la afirmación mayoritaria que entendía que la violación a las obligaciones correspondientes al “uso” y no disposición unilateral del río (obligación de no construir o ejecutar el proyecto) habían cesado al fin de la etapa de negociación. Especialmente, resulta destacable la opinión individual que acompaña el juez Skotnikov:

“(...) 2. Sin embargo, no puedo aceptar la lógica de la mayoría según la cual, después del final del período de la negociación, Uruguay, en lugar de llevar su diferendo con la Argentina a la Corte, de conformidad con el artículo 12 del Estatuto 1975, estaba libre de llevar adelante la construcción. El párrafo 154 de la sentencia, expresa: ‘[L]a Corte observa que la obligación de ‘no construir’, que se pretende recae sobre Uruguay entre el fin del período de negociación

¹² 269. *La Cour considère que la constatation du comportement illicite de l'Uruguay en ce qui concerne ses obligations de nature procédurale constitue en elle-même une mesure de satisfaction pour l'Argentine. Les manquements de l'Uruguay aux obligations de nature procédurale ayant eu lieu par le passé et ayant pris fin, il n'y a pas lieu d'en ordonner la cessation.*

¹³ “El fallo de la CIJ sobre las pasteras del río Uruguay: Lejos de la concepción de recurso natural compartido (sentencia de 20/4/2010)”, en *Anuario XIII del CIJS*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, 2010 (en prensa).

y la decisión de la Corte, no está expresamente señalada en el Estatuto de 1975 y no surge de sus previsiones'. Por mi parte, respetuosamente, sostengo que la 'obligación de no construir' surge de las disposiciones del Estatuto y de su objeto y fin".

3. Las previsiones de los artículos 7 a 12 del Estatuto están claramente dirigidas a prevenir la acción unilateral, acción contraria a las disposiciones del Estatuto, y con ello a impedir causar daño a los derechos de las Partes, mientras al mismo tiempo se protege el curso de agua compartido. De allí, las obligaciones de informar, de notificar y de negociar. Es por lo tanto solamente lógico que, si todavía no hay acuerdo después de que las negociaciones hayan concluido, la parte que presenta el proyecto tiene la opción de abandonar el proyecto en su conjunto o solicitar a la Corte, de acuerdo con el artículo 12 del Estatuto 1975, para que resuelva el conflicto. Bajo este esquema de cosas, no se inflige ninguna lesión a los derechos de cualquier parte y el río compartido sigue protegido.

4. Por el contrario, de la interpretación de la Corte, se infiere que las Partes, al celebrar el Estatuto del río Uruguay, han acordado permitir que tal lesión ocurra, con la posibilidad de que ello sea rectificado más adelante por una decisión de la Corte. No se puede presumir que las Partes han convenido tal arreglo, puesto que es incompatible con el objeto y el propósito del Estatuto de 1975, según lo definido en el artículo 1 ("utilización óptima y racional del río Uruguay"). No hay nada de "óptimo y racional" en incluir en el Estatuto una posibilidad de causar daño al río y de incurrir en pérdidas financieras, primero construyendo los nuevos canales u otro trabajo (con violación de obligaciones sustantivas del Estatuto) y luego destruyéndolos.

Destaca asimismo Skotnikov que el pronunciamiento de la Corte priva de todo significado y propósito al art. 12 del Estatuto, el que establece de modo imperativo:

. 12. Si las Partes no llegaren a un acuerdo, dentro de los ciento ochenta días contados a partir de la comunicación a que se refiere el artículo 11, se observará el procedimiento indicado en el Capítulo XV.

Recordó el juez de nacionalidad rusa, además, que el propio Uruguay lo entendió así (obligación de no construir hasta la adopción de la decisión de la Corte), conforme lo expresado por la Presidente de la delegación uruguaya en la CARU, Martha Petrocelli, en su testimonio de 12 de diciembre de 2005, ante la Comisión de Ambiente del Senado uruguayo, al declarar que los trabajos no deberían haber sido llevados adelante, ya que Uruguay debió haber referido el problema a tribunal internacional para establecer qué daño se había producido como consecuencia del rechazo de su proyecto ¹⁴.

De modo similar, el juez *ad hoc* Vinuesa, en voto disidente, ha observado que la sentencia sostiene en el párrafo 145 que, sólo durante las negociaciones, las partes estaban vinculadas por la obligación de no construir como consecuencia de la obligación de negociar de buena fe, sin embargo, la mayoría de los jueces de la Corte no logró explicar cómo el efecto directo de la falta de buena fe en las negociaciones por parte de Uruguay se transformaba en derecho a construir mientras se esperaba el fallo de la Corte, interpretación contraria al texto del art. 12, al contexto del Estatuto y a su objeto y fin. El referido juez, en el parág. 29 de su Opinión Disidente, señala que la Corte ha dejado el caso en una situación de “limbo”, permitiendo que las Partes unilateralmente aprovechen el recurso natural compartido como si fuera de su exclusiva pertenencia. Por nuestra parte, observamos que la interpretación que ha hecho la Corte de los arts. 7 a 12 (obligaciones sólo procedimentales) y concluir que el com-

¹⁴ *DECLARATION OF JUDGE SKOTNIKOV 8. Uruguay itself understood the “no construction obligation” to extend until a decision of the Court. Ms Petrocelli, President of Uruguay’s delegation to CARU, stated the following in her testimony before the Environment Committee of the Uruguayan Senate on 12 December 2005: “The President: One of the arguments put forward is that if consultation had taken place, the answer would have been no. That is an awkward point. What would have happened if the answer had been no? Ms Petrocelli: The works would not have been carried out. We would have had to refer the matter to an international tribunal to establish what damage was caused by a decision to reject”. (Pronunciamento original en inglés).*

portamiento ilícito de Uruguay terminó al fin de la etapa de negociaciones (parágrafo 157), consolida al infinito el derecho al uso unilateral del río por parte de Uruguay y el funcionamiento de Botnia (construida sin autorización de la CARU, sin consulta a Argentina, en inobservancia de obligaciones ambientales, con generación de crisis socio-políticas en Argentina y Uruguay); todo ello en contravención con el Estatuto y normas del derecho internacional general.

Pero lo que es aún más llamativo es que la división en procedimentales y sustantivas es contradicha por la propia Corte en el parágrafo 81 de la sentencia al señalar:

“81.(...) La Corte considera que las obligaciones de informar, de notificar, de negociar, constituyen un medio apropiado, aceptado por las partes, para alcanzar el objetivo que las mismas se han fijado en el art. 1 del Estatuto de 1975”¹⁵. Estas obligaciones se revelan aún más indispensables cuando se trata, como en el caso del río Uruguay, de un recurso compartido que únicamente podrá ser protegido por medio de una cooperación estrecha y continua entre los ribereños” (el resaltado nos pertenece)¹⁶.

¹⁵ El texto de la sentencia en español que obra en la página web del Ministerio de Relaciones Exteriores de Argentina, por error, expresa “1974”. Consulta efectuada el 15 de mayo de 2010 (http://www.mrecic.gov.ar/portal/sentencia_2010.pdf).

¹⁶ “81. (...) *La Cour considère que les obligations d’informer, de notifier et de négocier constituent un moyen approprié, accepté par les Parties, de parvenir à l’objectif qu’elles se sont fixé à l’article premier du statut de 1975. Ces obligations s’avèrent d’autant plus indispensables lorsqu’il s’agit, comme dans le cas du fleuve Uruguay, d’une ressource partagée qui ne peut être protégée que par le biais d’une coopération étroite et continue entre les riverains*” (texto francés que da fe). Debe observarse que el texto traducido al inglés, publicado por la CIJ, agrega un término (“procedural”) que no existe en el texto francés que da fe. Así, el texto inglés de la CIJ expresa: “*The Court considers that the **procedural** obligations of informing, notifying and negotiating constitute an appropriate means, accepted by the Parties, of achieving the objective which they set themselves in Article 1 of the 1975 Statute. These obligations are all the more vital when a shared resource is at issue, as in the case of the River Uruguay, which can only be protected through close and continuous co-operation between the riparian States*”.

b. Consecuencias del comportamiento ilícito

Tal como lo señaláramos precedentemente, tanto en el dictamen como en el párrafo 269 de los Considerandos de la sentencia, la Corte entendió que *“su determinación de la conducta ilícita uruguaya con relación a sus obligaciones procedimentales constituye per se una medida de satisfacción para Argentina”*.

Recordamos que la CDI en su proyecto sobre responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos ha establecido que la violación de una obligación internacional genera responsabilidad y que quien debe responder, sufrir las consecuencias de la violación de la endonorma y reparar (*i.a.* dar satisfacción) es el infractor y no la Corte.

Con relación a las consecuencias del acto ilícito, destacamos -como lo hiciéramos en trabajo anterior- lo manifestado por el juez *ad hoc* Vinuesa, con relación a la “satisfacción” como modo de reparar reiteradas violaciones al Estatuto. En el parág. 32 de su Opinión Disidente hizo presente que las violaciones a los arts. 1, 7 a 12 y 27 no podían ser remediadas por el mero reconocimiento de la violación en tanto la construcción de la pastera continúa siendo violatoria de la prohibición del uso unilateral del río:

“32 (...) This violation of Article 1, as well as Articles 7 to 12 and 27, may not in principle be remedied just through the mere recognition of such a violation. Assuming, for the sake of argument, that the violation of substantive obligations as described above remains inchoate during the construction process, including the site selection process, it still means that after the construction of the mill it is still violative of the Statute for a riparian State to use the river waters as its own.”
(texto inglés original).

Asimismo, recordó el referido juez en el párrafo 33 de su opinión disidente que Uruguay seguía considerando el establecimiento de nuevas pasteras en el área; que la violación a las normas del Estatuto eran voluntarias y deliberadas; que resultó evidente la mala fe uruguaya durante las negociaciones; que la falta de disposición de cumplir las obligaciones procedimentales del Estatuto fue manifestada públicamente. Entendió por ello -entre otras razones- que se daban las “condiciones especiales” para no presumir la buena fe como lo hiciera la Corte en el parág. 278. Ade-

más, en para. 34 hizo presente que Uruguay violó las obligaciones del Estatuto en repetidas oportunidades, tanto con relación a ENCE como con Botnia y también con la autorización del puerto.

En lo atinente a las violaciones denominadas sustantivas por la Corte y en particular, a los **artículos 35, 36 y 41** del Estatuto ¹⁷, cabe recordar que la Corte por mayoría dictaminó que “*la República Oriental de Uruguay no ha violado sus obligaciones sustantivas bajo los arts. 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay*” (parágrafo 282.2).

La Corte consideró como cuestiones preliminares de este tópico a la “carga de la prueba” y la “evidencia de expertos”. Con relación a ellas, expresó:

*“162. (...) La Corte considera que, de conformidad con el principio bien establecido **onus probandi incumbit actori**, corresponde primariamente a la parte que reclama probar los hechos que invoca (...)”.*

*“164. La Corte entiende que, si bien, **el enfoque precautorio puede ser relevante en la interpretación y aplicación de las cláusulas del Estatuto, de ello no surge la inversión de la carga de la prueba.** (...) (N)o hay nada en el Estatuto de 1975 que indique que el mismo impone la carga de la prueba de manera idéntica a ambas partes”.*

¹⁷ “Art. 35. Las partes se obligan a adoptar las medidas necesarias a fin de que el manejo del suelo y de los bosques, la utilización de las aguas subterráneas y la de los afluentes del río, no causen una alteración que perjudique sensiblemente el régimen del mismo o la calidad de sus aguas”. “Art. 36. Las partes coordinarán, por intermedio de la Comisión, las medidas adecuadas a fin de evitar la alteración del equilibrio ecológico y controlar plagas y otros factores nocivos en el río y sus áreas de influencia”. “Art. 41. Sin perjuicio de las funciones asignadas a la Comisión en la materia, las partes se obligan a: a) Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales; b) No disminuir en sus respectivos ordenamientos jurídicos: 1. Las exigencias técnicas en vigor para prevenir la contaminación de las aguas, y 2. La severidad de las sanciones establecidas para los casos de infracción. c) Informarse recíprocamente sobre toda norma que prevean dictar con relación a la contaminación de las aguas, con vistas a establecer normas equivalentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos”.

“166. Las partes (...) difieren sobre la autoridad y confiabilidad de los informes presentados como parte de la evidencia (...).”

“168. En cuando a la independencia de [los] expertos, la Corte no halla necesario entrar en una discusión general sobre los méritos, la confiabilidad y la autoridad de los documentos y estudios presentados por los expertos y consultores de las Partes. Solamente, necesita ser consciente del hecho de que, sin perjuicio del volumen y complejidad de la información fáctica presentada, es responsabilidad de la Corte, luego de haber prestado cuidadosa atención a toda la evidencia presentada por las partes, determinar cuáles son los hechos relevantes, ponderar su valor probatorio y sacar conclusiones de ello. En consecuencia, y de acuerdo con su práctica, la Corte hará su propia determinación de los hechos (...) y aplicará las reglas pertinentes del derecho internacional (...).”

Varios jueces en sus opiniones disidentes y separadas han criticado esta posición de la mayoría por poco seria y no acorde a las responsabilidades de tan alto Tribunal y recordaron que el art. 50 del Estatuto de la Corte, brinda oportunidad al Tribunal para designar especialistas para que hagan una investigación independiente o emitan un dictamen pericial objetivo y debidamente fundado. Esa práctica fue seguida en los casos del *Canal de Corfú* y *Jan Majen*. Ello, hubiese parecido esperable atento a que la propia Corte hace referencia al “volumen” y “complejidad” de la información probatoria recibida y la necesidad de un dictamen sobre cuestiones técnicas. Sólo un dictamen de especialistas independientes que, *in situ* hubiesen tomado muestras, hubiera permitido ponderar y contrastar las argumentaciones de las partes de modo imparcial.

En lo que hace al fallo de la mayoría de la Corte, nos eximen de mayores consideraciones las expresiones de los propios jueces.

Los magistrados Al-Khasawneh y Simma expresaron en su voto disidente: *“La Corte ha evaluado la prueba científica de una manera metodológica equivocada (...). Los Jueces no hemos estado en situación de determinar la evidencia sometida por las partes (...). Los hechos con un componente científico complejo requieren a la Corte ir más allá de sus métodos tradicionales (...). La Corte debió haber*

designado sus propios expertos (...). El uso de los “expertos fantasma” por la Corte no es una práctica aceptable en los conflictos con un componente científico complejo (...). La Corte ha perdido una excelente oportunidad para demostrar su capacidad de acercarse de modo científico a conflictos complejos en forma adecuada”.

El juez Yusuf en su Declaración manifestó: “1. (...) Soy de la opinión que la Corte debió recurrir al asesoramiento especializado, de acuerdo con el artículo 50 de su Estatuto, para una comprensión más profunda de las complejidades científicas y técnicas de las pruebas presentadas por las Partes, particularmente con respecto al impacto posible de las descargas de efluentes de la pastera de Orion (Botnia) en los recursos vivos, en la calidad del agua y en el equilibrio ecológico del río Uruguay. 2. Las Partes en el presente caso han sometido a la Corte extenso material técnico y científico de gran complejidad relacionado con las descargas del efluente, calidad del agua, las sustancias químicas, la capacidad del río de recibir los contaminantes, sus características hidrodinámicas y geomorfológicas, y los parámetros usados para determinar la existencia de la contaminación. Además, proporcionaron voluminosos datos, recopilados por sus expertos y consultores respectivos (...) relacionados con una amplia gama de campos científicos y técnicos incluyendo la hidrología, la hidrobiología, la morfología del río, la química de agua, las ciencias de suelo, la ecología y la silvicultura. 3. Además, en las defensas escritas y orales, las Partes presentaron muchas aserciones contradictorias y presentaciones divergentes en términos de colección de datos y metodologías científicas para su interpretación. Así, por ejemplo en lo que concierne al flujo del río, los datos hidrodinámicos que presentaron las partes resultaron muy difíciles de comparar porque fueron derivados de la supervisión en diversas estaciones, en diversas profundidades, y diversas fechas. Algo similar sucedió, con respecto a la calidad del agua, en que las Partes utilizaron diversas técnicas de muestreo en diversas localizaciones y profundidades (...)”.

El juez Cançado Trindade en su opinión separada ha señalado: “(...) La Corte de La Haya (CPJI y la CIJ) a menudo ha aplicado los principios generales del derecho en su jurisprudencia constante (...). Lo ha hecho en calidad de “fuente” normativa autónoma del derecho internacional. Sin embargo, el Tribunal de La Haya (...) no ha

considerado necesario insistir más sobre ellos, o resaltar su importancia, en la presente Sentencia en el caso de las Plantas de celulosa, en la que ni siquiera se ha referido a los principios generales del derecho ambiental internacional (tales como los de prevención y de precaución). Por mi parte siento el deber de hacerlo, sobre todo en el presente caso, ya que, además, ambas partes contendientes, Argentina y Uruguay, han invocado expresamente tales principios en el procedimiento contencioso ante esta Corte” (parágrafo 46). Agregó más adelante: “En resumen, el derecho aplicable en el presente caso de las plantas de celulosa, a mi entender, no es sólo el Estatuto de 1975 del Río Uruguay, sino el Estatuto con los principios generales del derecho pertinentes, lo que abarca los principios de derecho ambiental internacional. Estos últimos son, en particular, los principios de prevención, de precaución y de desarrollo sostenible, con su dimensión temporal, junto con la dimensión temporal a largo plazo, subyacente en la equidad intergeneracional. El Tribunal de Justicia de La Haya, también conocido como Corte Mundial, no es simplemente un tribunal internacional más, sino que es la Corte Internacional de Justicia y, como tal, no puede pasar por alto la aplicación de los principios de derecho” (parágrafo 220).

El juez *ad hoc* Vinuesa ha expresado en su opinión disidente: “Dada la complejidad científica del caso, considero que la Corte debió haber hecho uso de lo dispuesto en su Reglamento, encaminado a permitir al Tribunal de Justicia obtener una comprensión más clara de las pruebas técnicas. Este enfoque hubiera permitido a la Corte llegar a conclusiones relativas a las obligaciones sustantivas del Uruguay con certeza científica” (parágrafo 92). Agregó: “En conclusión, la búsqueda de un dictamen pericial para resolver cuestiones de hecho a la luz de la complejidad de las pruebas habría sido totalmente coherente con la práctica de la Corte. El artículo 50 del Estatuto fue concebido precisamente para casos como el actual. La Corte podría y debería haber pedido una opinión de expertos para evaluar la evidencia científica y los hechos presentados por las Partes (...)” (parágrafo 95). Cerró su voto señalando: “(...) Quiero expresar mi decepción con el enfoque de la Corte cuando trata a las obligaciones sustantivas en el marco del Estatuto de 1975. A mi entender el Tribunal debería haber tenido en cuenta no sólo el impacto real de los vertidos de la pastera Orion (Botnia), sino también los efectos

acumulativos a largo plazo de los vertidos a la luz de la vida útil de 40 años de la planta. Las descargas de Orion (Botnia) a lo largo de su vida no son una mera expectativa, sino una certeza por venir (...)" (parágrafo 98). "Como la Corte ha dicho en el pasado: 'el ambiente no es una abstracción, sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la salud de los seres humanos, incluidas las generaciones venideras' (Legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares, Asesor conclusiones, ICJ Reports 1996 (I), p. 241, para 29), y también que: El Tribunal es consciente de que, en el ámbito de la protección del medio ambiente, la vigilancia y la prevención son necesarias a causa del carácter a menudo irreversible de los daños al medio ambiente y de las limitaciones inherentes al propio mecanismo de reparación de este tipo de daño. A lo largo de los siglos, la humanidad, por razones económicas y de otro tipo, ha interferido constantemente con la naturaleza (...)" (parágrafo 99).

Hemos mantenido los textos originales de los magistrados por su contundencia y claridad y por poner en evidencia que el caso de las pasteras no ha sido "resuelto" por la Corte, más bien ha sido un simple capítulo en la seguramente larga y desigual contienda ambiental, la que no se agota en esa dimensión, ya que enerva también los derechos soberanos y la integridad territorial de Argentina.

SISTEMAS DE GARANTÍAS Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ¹

CARLOS J. LASCANO ²

SUMARIO: I. Introducción. II. Posible tensión con los principios constitucionales. III. Las normas de defensa de la competencia del Mercosur y las disposiciones del derecho penal especial argentino. IV. Las denominadas “consecuencias accesorias” aplicables a las personas ideales. V. Recientes proyectos en Argentina. VI. Garantías procesales para la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas. VII. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos tiempos en la vida económica de los distintos países y en el tráfico comercial internacional, la actuación de empresas -muchas de ellas multinacionales- organizadas preponderantemente bajo la forma de sociedades o asociaciones con personalidad jurídica, incursiona en diversos delitos socio-económicos que Schünemann agrupa bajo el rótulo de “*criminalidad de la empresa*”.

Los espacios de impunidad que suelen originarse por diversas razones han suscitado la justificada inquietud de encontrar nuevas soluciones que la dogmática penal tradicional -basada en categorías del delito más apropiadas para la protección de los clásicos bienes jurídicos individuales- difícilmente podía brindar, tanto en lo referente al derecho material como al proceso penal (en este último, respecto del ámbito de la prueba).

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 15 de junio de 2010.

² Académico de número y coordinador de Derecho Penal del Instituto de Ciencias Penales.

Se plantea así una evidente tensión entre un derecho penal edificado sobre los cimientos de la responsabilidad individual de las personas físicas, y los requerimientos político-criminales propios de la delincuencia empresarial, que postulan castigar con penas no sólo a los directivos de las corporaciones y a los ejecutores materiales de los delitos cometidos en el ámbito de los negocios, sino a las propias personas jurídicas en cuanto tales.

En nuestros días asistimos a un proceso que algunos llaman de “*erosión*” del antiguo aforismo “*societas delinquere non potest*” que se había impuesto en el derecho penal de la Europa continental y los países de Iberoamérica que siguen ese modelo.

Dicho fenómeno se manifiesta en el Viejo Mundo donde triunfa el paradigma opuesto en países como Holanda, Suecia, Noruega, Portugal, Francia, Dinamarca, Irlanda y Finlandia, entre otros; probablemente en un futuro próximo lo sea en España.

Por ello, reflexionaremos sobre los siguientes interrogantes:

1. Si frente a la escisión de los elementos del tipo delictivo que se verifica en la actuación empresarial de los entes colectivos debe mantenerse incólume la fundamentación dogmática de aquel adagio latino consagratorio de la imputación penal individual, o si, por el contrario, es preciso admitir la responsabilidad penal de las personas ideales o morales.

2. Cuáles son las consecuencias jurídicas específicas apropiadas para las personas jurídicas que incursionan en delitos socio-económicos; cómo debe ser caracterizada su naturaleza jurídica (penas, medidas de seguridad, medidas administrativas o consecuencias accesorias) y de qué manera pueden ser más eficaces político-criminalmente para el resguardo de los bienes jurídicos en juego, sin menoscabo de las garantías y principios derivados del Estado de derecho consagrado por la Constitución y los pactos internacionales de derechos humanos.

II. Posible tensión con los principios constitucionales

Analizaremos las razones orientadas a explicar la posible compatibilidad entre la responsabilidad penal de las personas colectivas y los principios emergentes de la Constitución.

a) Uno de los principales defensores de la responsabilidad penal de los entes colectivos en la doctrina española contemporánea, José Miguel

Zugaldía Espinar, luego de mostrarse en desacuerdo con el recurso exclusivo a sanciones administrativas para neutralizar el accionar delictivo de las personas jurídicas, admitiéndolo sólo para conductas puramente contravencionales y reservando las sanciones del derecho penal -por su carácter fragmentario- para los ataques graves a las bases mínimas de convivencia social, afirma que, en atención a que los *principios constitucionales de legalidad y culpabilidad* rigen en todo el ordenamiento punitivo -sea de personas físicas o jurídicas- la imposición de cualquier sanción -se la llame pena, medida de seguridad o sanción administrativa- a la persona colectiva, exige determinar cómo y cuándo ésta puede realizar acciones u omisiones (principio de legalidad) y convertirse en culpable (principio de culpabilidad). Por ello, la clase de sanción que se elija para la corporación no puede evitar la redefinición de las categorías dogmáticas clásicas de la teoría jurídica del delito.

b) Bernd Schünemann entiende que si la corporación sólo puede actuar a través de los hechos de sus órganos o representantes que originan la sanción, el imperativo de la norma penal se dirige -en definitiva- a la persona física cuya conducta se imputa a la empresa, la cual -por tener una personalidad propia- viene a ser castigada por el hecho de otro, su representante, cuyo comportamiento infractor de la norma no podía evitar por carecer de capacidad de acción.

Similar conclusión se puede apreciar cuando la multa impuesta a una empresa incide en el recorte de los dividendos a repartir entre los accionistas de la sociedad anónima

Por lo tanto, sostiene Schünemann que en ambas situaciones se podrían lesionar los principios de culpabilidad y proporcionalidad, por la inidoneidad de la sanción a la empresa para la adecuada protección del bien jurídico.

Dicha objeción constitucional no podría ser superada válidamente con el recurso de considerar a las sanciones específicas contra las empresas en sí mismas como de naturaleza no penal, como en el caso del art. 15, párrafo 4º del Reglamento N° 17 del Consejo de la Unión Europea sobre infracciones a la libre competencia o del párrafo 30 del Código de Contravenciones al Orden de Alemania, porque la cuestión no depende de la denominación que se les asigne a tales medidas, sino de su contenido y efectos, ya que si éstos son similares en lo esencial a las penas aplicables a las personas individuales, ambas deben regirse por las mismas garantías.

Tampoco puede obviarse la afectación del principio de culpabilidad postulando un “*concepto social de culpabilidad*” en base a que la persona colectiva implicada no habría satisfecho las exigencias sociales por un “*defecto de organización*” consistente en una infracción del deber de vigilancia del órgano, similar a la culpabilidad por el acto previo (*actio libera in causa*).

Tal posición -sostenida por Tiedemann- constituye el “*único intento serio*” de conciliar las sanciones a personas colectivas con el principio de culpabilidad, pero -según Schünemann- carece de base sólida porque no puede fundamentar una culpabilidad propia del ente corporativo, sino que se pierde en una regresión infinita pues siempre a la persona jurídica se la hace responsable por la conducta reprochable de otra persona, su representante, por cuyo intermedio actúa en las relaciones socio-económicas.

Sin embargo, para Schünemann la circunstancia de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en pugna con el principio de culpabilidad no impide que encuentre en el Estado de derecho la legitimación específica para una multa a la entidad colectiva añadida a la sanción individual, esto es, acumulativa -por haber creado la corporación una actividad empresarial socialmente dañina o riesgosa- en el *estado de necesidad de prevención del bien jurídico*, que se desencadena por la actitud criminal de la entidad y no se solventa con una sanción penal exclusivamente individual.

c) Adán Nieto Martín sostiene que el modelo vicarial de transferencia de responsabilidad -según el cual el comportamiento del agente individual se imputa a la empresa sin que ésta pueda alegar que ha realizado todo lo posible para impedir la infracción- es inobjetable desde la perspectiva constitucional del principio de culpabilidad, pero tampoco existen razones de esa índole que hagan preferible un modelo basado en la propia culpabilidad de la empresa o en su *defecto de organización*.

Dicho autor tampoco acepta que la responsabilidad de las personas jurídicas se enfrente al principio de personalidad de las penas, pues sociedad y personas naturales son una misma realidad. Por el contrario, afirma que las objeciones constitucionales tienen que ver con los principios de *non bis in idem* y proporcionalidad, debido a que persona física y persona jurídica son sancionadas a la vez: “*El administrador-socio recibe dos sanciones diferentes, la privativa de libertad, y en su caso multa ‘personal’ por el delito realizado, y una ‘multa encubierta’ a través de la responsabilidad del ente*”.

A su juicio, lo único que permite evitar la conculcación del *non bis in idem* es el distinto fundamento de la sanción: *“mientras que la pena sirve a la no comisión de hechos delictivos mediante la prevención general y especial, la sanción a la persona jurídica sirve motivando a las personas individuales que forman el colectivo para que adopten medidas de autorregulación con el fin de prevenir e investigar hechos delictivos”*.

III. Las normas de defensa de la competencia del Mercosur y las disposiciones del derecho penal especial argentino

José Daniel Cesano entiende que si la Constitución argentina -a partir de la reforma de 1994 y la incorporación de los tratados que enumera el art. 75, inc. 22, 2ª cláusula- reconoce expresamente el principio de culpabilidad, resulta obvio que la posibilidad de construir una responsabilidad penal de los entes ideales que emana del Protocolo de Defensa de la Competencia del Mercosur”, suscripto en Fortaleza (Brasil) el 16 de diciembre de 1996, *“estaría tensionando, abiertamente, el sistema de prelación normativa que surge del principio de supremacía”*.

Igualmente, si se ha introducido en forma expresa el principio de personalidad de la pena según la cual ésta *no puede trascender de la persona del delincuente* (art. 5º, inc. 3 CADDHH), ello *“impide que a través de la sanción penal de la persona jurídica se castigue indirectamente a personas físicas que no hayan cometido un entuerto en forma penalmente responsable”*.

Sin embargo, es atinado el interrogante que se plantea Cesano cuando expresa: *“Qué sentido tiene que nos opongamos a que, en el derecho comunitario, se admitan estas formas de responsabilidad si, en nuestro propio derecho penal especial, encontramos ejemplos de ello”*.

El mismo autor responde que dentro de la *“jungla del derecho penal económico”*, como gráficamente la denomina Schünemann, en esta materia nuestro derecho se caracteriza por su *“promiscuidad”*: *“Es que, y de allí que utilicemos este calificativo, junto a un nutrido núcleo de disposiciones que intentan solucionar la problemática derivada de este tipo de delincuencia con instrumentos de imputación propios*

del derecho penal convencional (por ejemplo: las cláusulas del actuar en lugar de otro o autoría mediata), rechazando, así, la responsabilidad del ente ideal, se observan algunas leyes que, directamente, establecen la imputación penal de la persona jurídica (así: en el ámbito de los delitos aduaneros, el artículo 888 de la ley 22.415; o en relación al régimen penal de defensa de la competencia que establece la ley 25.156, su artículo 47)". Agregamos el régimen penal cambiario (art. 2º, inc. "F", ley 19.359) y la ley 20.680 sobre abastecimiento, art. 8º.

La admisión en tales leyes especiales de la responsabilidad penal directa de las personas colectivas, en tensión con el sistema de garantías de la Constitución argentina, habla de una apresurada e improvisada política criminal en esta materia.

Por ello, frente a una base normativa tan fragmentaria y heterogénea, en nuestra jurisprudencia existen fallos divergentes: los cuantitativamente minoritarios que -a partir de obstáculos constitucionales- son contrarios al reconocimiento de responsabilidad directa de la persona colectiva en aquellas leyes que así lo permiten; en cambio, los mayoritarios admiten tal posibilidad, para lo cual sólo reparan en la estructura lingüística de las normas que aplican.

IV. Las denominadas "consecuencias accesorias" aplicables a las personas ideales

El Código Penal español de 1995 ha establecido en el art. 129, bajo la ambigua denominación de "*consecuencias accesorias*", un repertorio de sanciones que se caracterizan por incidir directamente sobre la empresa en sí misma.

Son notorias las discrepancias de los autores a la hora de determinar la verdadera naturaleza jurídica de estas sanciones, pues "*se discute si se trata de una pena, de una medida de seguridad o de otro tipo de consecuencia con naturaleza diferente (...). La opinión que gana mayor cantidad de adeptos es la que estima que se trata de verdaderas penas y que su aplicación debe revestir las mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual*".

Adán Nieto Martín las considera “sanciones penales” a los efectos de la aplicación de las garantías constitucionales -por ejemplo, en lo concerniente al proceso penal, personas físicas y jurídicas deben gozar de idénticos derechos- lo que no impide que, al igual que ocurre en los distintos ámbitos del *ius puniendi*, puedan existir singularidades. En tal sentido afirma: “*si, según la opinión más extendida, la culpabilidad deriva de la dignidad de la persona, no creo posible que en relación a las personas jurídicas pueda tener iguales contenidos*”.

En el Código Penal argentino no tenemos ese tipo de consecuencias jurídicas aplicables a las personas colectivas. Únicamente existe una referencia a éstas con relación a la pena accesoria de decomiso, en el tercer párrafo del art. 23 C.P.

En el Título XIII (arts. 67 y 68), en el Anteproyecto de Código Penal de 2006 -como lo explica su exposición de motivos- “*se regula el sistema de sanciones a la persona jurídica, tendiente también a procurar una mayor eficacia represiva en el ámbito de los delitos económicos y de los negocios. Un sistema de respuesta para las personas jurídicas que posibilite neutralizar y, en algunos casos, reparar las lesiones colectivas que producen gravísimos daños económicos y sociales. Se regula así un catálogo de consecuencias que apuntan básicamente a la prevención y reparación de los daños causados, que consisten en: multa, cancelación de la personería jurídica, suspensión total o parcial de actividades que en ningún caso podrá exceder de tres años, clausura total o parcial del establecimiento que en ningún caso podrá exceder de tres años, pérdida o suspensión de beneficios estatales, publicación de la sentencia condenatoria a su costa, prestaciones obligatorias vinculadas con el daño producido, comiso, suspensión del uso de patentes y marcas por un plazo de hasta tres (3) años, suspensión de hasta tres (3) años en los registros de proveedores del Estado. Su aplicación queda supeditada a la circunstancia que la entidad o persona jurídica haya tenido oportunidad de ejercitar el derecho de defensa y, obviamente, a la comprobación de un delito. Queda establecido que a esos efectos resulta suficiente que se haya demostrado el hecho típico y antijurídico*”.

A diferencia del art. 129 del C.P. español, el Anteproyecto argentino no ha adoptado un sistema de *numerus clausus*, pues en su redacción no incluyó una cláusula como la de aquél en el sentido que las consecuencias se aplicarán “*en los supuestos previstos en el Código*”; además, en la

Parte Especial no realizó una conminación específica. Al tratarse de una sanción administrativa, la técnica utilizada puede afectar el principio de legalidad -aplicable también al derecho penal administrativo- en la medida en que no se adscriba a cada tipo delictivo alguna (o varias) de las sanciones que se establecen en el art. 68.

Cesano sostiene que la sanción a la corporación está condicionada a un doble presupuesto: a) De índole *sustantivo*: que exista un delito cometido por una persona física que haya actuado “*en nombre, en representación, en interés o en beneficio de una persona jurídica de carácter privado*” (art. 67, 1^{er} párrafo); aun cuando, por cualquier motivo, ese autor (en el sentido amplio de la expresión) no resultase condenado, siempre que -en este último caso- *el delito, igualmente, se haya comprobado* (art. 67, párrafo 3^o); b) De naturaleza *procesal*: que la persona jurídica sea, efectivamente, parte en el proceso penal, con todas las garantías que le corresponderían al imputado; como una proyección del principio acusatorio, la imposición de tales sanciones estará supeditada a la previa petición del órgano acusador (fiscal o querellante).

V. Recientes proyectos en Argentina

Las comisiones de Legislación Penal y de Justicia de la Cámara de Diputados de la Nación -mediante dictamen 1331-D-09- han considerado el proyecto de los diputados Vega, Morandini, Sesma, Pinedo, Lusquiños, Gorbacz, Augsburguer, Pérez, Delich y Aguad, por los que se modifica el Código Penal en materia de delitos contra la administración pública, habiendo tenido a la vista los proyectos de los diputados Bullrich, Varisco, Gil Lozano, Sánchez y Solanas.

Allí se aconseja incorporar como art. 268 (6) del C.P., el siguiente texto: “*Cuando los hechos delictivos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX y IX bis de este título hubiesen sido realizados por, en nombre, en beneficio de una persona jurídica, o ésta hubiere sido utilizada como instrumento, se impondrán las siguientes sanciones conjunta o alternativamente: 1. Multa equivalente al monto del dinero desviado de la entidad pública cuando pueda ser calculado o hasta el 20 por ciento del giro de facturación de la empresa en el año fiscal inmediato anterior al hecho; 2. Suspensión total o parcial*

de actividades que en ningún caso podrá exceder de 10 años; 3. Suspensión para participar en licitaciones, obras, servicios públicos o cualquier otra actividad vinculada con el Estado que en ningún caso podrá exceder de 10 años; 4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad; 5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales; 6. Auditoría periódica; 7. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica”.

El 10 de mayo del corriente año el Poder Ejecutivo Nacional presentó en la Cámara Baja un proyecto de modificación del Código Penal, incluyendo el “actuar en lugar de otro” y la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto aquellas “*que revistan el carácter de empresas públicas creadas por ley*”, como “*las entidades privadas que revistan el carácter de asociaciones civiles, comerciales, fundaciones, sociedades, cooperativas, mutuales o cualquier tipo de ente asociativo, entidad o corporación*”.

De acuerdo a lo expuesto entre los fundamentos de la iniciativa, se busca constituir una herramienta para enfrentar a la llamada delincuencia organizada de “cuello blanco”, contribuyendo a “generar seguridad, confianza y previsibilidad en la acción económico-financiera del país y en su sistema de penas y sanciones orientadas a la protección contra todas aquellas conductas altamente lesivas para los bienes jurídicos en cuestión”.

El proyecto contempla que las personas jurídicas “*serán responsables penalmente por los actos u omisiones realizados por sus órganos de representación, mandatarios, supervisores u otros autorizados de hecho o de derecho en el ejercicio de la actividad empresarial organizada cuando la conducta pudiera redundar en el interés, beneficio o se realice con recursos facilitados por las mismas, o cuando la comisión del delito se haga posible por el incumplimiento de deberes de dirección y supervisión legalmente establecidos*”. En el texto que se incorporaría al Código Penal como art. 35 ter, tales actos u omisiones serán considerados como realizados directamente por las personas jurídicas, aun cuando el acto jurídico determinante de la representación o del mandato sea ineficaz o aparente, fijando que “*las sanciones a personas jurídicas podrán aplicarse aun en el caso de quienes hubieren actuado en su nombre, representación, interés o beneficio, no resultarán condenados, siempre que el delito se haya comproba-*

do". En el art. 76 quinquies se prevén las sanciones aplicables a las personas jurídicas, la mayoría de las cuales han sido tomadas del Anteproyecto de 2006.

Por si todo ello fuera poco, en la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación se estudia un proyecto de reformas a la ley penal tributaria donde se prevé como sujeto activo a la persona jurídica, de modo tal que cuando la evasión haya sido en nombre o beneficio de una empresa o una sociedad haya sido usada como instrumento para ese delito, la firma estará sujeta a sanciones, como multas o suspensión o quita de la personalidad jurídica.

VI. Garantías procesales para la aplicación de sanciones penales a las personas jurídicas

El sistema penal y los procedimientos penales reflejan el equilibrio entre la eficacia en materia penal, a través del *ius puniendi* del Estado, y las garantías del debido proceso y el juicio imparcial en un Estado de derecho protector de los derechos fundamentales del hombre frente a la omnipotencia estatal.

Tradicionalmente, se ha considerado que sólo puede revestir el carácter de imputado en un proceso penal la persona física contra la cual se dirige la pretensión punitiva; ello es consecuencia de la falta de capacidad de acción, de culpabilidad y de idoneidad para responder a los fines de la pena que caracterizan a la persona ideal. De tal modo, el aforismo *societas delinquere non potest* -de origen liberal- se proyecta en el ámbito procedimental, determinando la imposibilidad de perseguir penalmente a quien, por definición, resulta inmune al reproche penal. Sin embargo, actualmente las exigencias propias de la dogmática jurídica penal económica procesal reclaman una flexibilización de las notas determinantes de aquel concepto de imputado, o, al menos, de la configuración de su particular estatuto jurídico.

No sólo la creación de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas -donde resulta más cómodo imputar a estos entes colectivos que empezar un costoso proceso de investigación para determinar cuáles individuos dentro de la empresa cometieron materialmente los hechos delictivos- exige la formulación de una adecuada regulación procesal para

garantizar el derecho de defensa y el debido proceso, ya que tal requerimiento debería regir igualmente en los sistemas que sólo admiten como sujeto activo del derecho penal a las personas físicas, para poder imponer con legitimidad sanciones administrativas o consecuencias accesorias a las corporaciones.

Nuestra legislación carece de normas adjetivas específicas que determinen el modo en que debería llevarse a cabo el enjuiciamiento criminal de las personas de existencia ideal y que permitan también individualizar a los sujetos susceptibles de asumir una concreta representación en tal sentido. En consecuencia, la práctica judicial no halla fundamento en texto positivo alguno, afectando de esta forma las garantías de legalidad, defensa en juicio y debido proceso. Ello ocurriría si -por aplicación del art. 23, tercer párrafo, del C.P.- se impusiera la pena accesoria de decomiso a una persona de existencia ideal cuando ésta se hubiera beneficiado con el producto o el provecho del delito cometido por alguno de sus órganos, miembros o administradores, condenados en un proceso penal en el cual no se hubiera brindado a la persona jurídica la posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

La única referencia a la persona jurídica como sujeto de un proceso penal está contenida en el primer párrafo del art. 8º de la ley de abastecimiento 20.680: *“Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubiesen sido cometidas en beneficio de una sola persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores...”*. Ello se explica -según lo ha expresado correctamente David Baigún- *“como un reconocimiento del derecho (al ente ideal) de defenderse por la potencial acusación de que hubiera recibido un beneficio como un resultado de la infracción cometida”*.

VII. Conclusiones

Pese a las profundas divergencias, todas las corrientes científicas del derecho penal moderno coinciden en que la mayor parte de los elementos estructurales del delito responden a contenidos psíquicos y espirituales que sólo pueden darse en relación a la persona individual. De tal modo, la acción como conducta humana y la culpabilidad no pueden ser

vinculadas a un ente ideal, salvo construyendo un paralelismo puramente terminológico que no responde a los principios rectores de tales categorías esenciales. Lo mismo ocurre con las consecuencias del delito, pues la pena -aunque se le adosen finalidades preventivas generales y especiales- tiene un sustrato retributivo que la diferencia de otras consecuencias jurídicas no penales.

Cuando el hombre actúa por medio de ciertas entidades concebidas como sujetos ideales, la responsabilidad sigue siendo individual, sin perjuicio de que el Estado pueda establecer a su vez consecuencias que afecten a las personas jurídicas, como manifestación de una política de prevención que tiende a la regularidad en el funcionamiento de dichos entes.

Concordamos con Mercedes Pérez Manzano en que resulta preferible intentar fundamentar la intervención jurídica frente a las personas jurídicas al margen de los principios e instituciones del derecho penal clásico, como hace Schünemann, pero sin olvidar evidentemente la Constitución, que es el marco jurídico de cualquier sanción.

Esta conclusión tiene como consecuencia la imposibilidad de fundamentar no sólo penas en sentido estricto, sino también medidas de seguridad, pues la imposibilidad de realizar una acción o conducta conlleva la del hecho antijurídico y la del juicio de peligrosidad, porque por definición nunca se podrá afirmar la probabilidad de que la corporación cometa por sí misma delitos.

En tal sentido, sólo sería admisible un sistema de consecuencias para las personas ideales que, por lo demás, no fuera accesorio ni subsidiario a la responsabilidad individual, sino independiente del mismo; independencia que no excluye que sea complementario y no sustitutivo de la sanción por el hecho individualmente cometido en el marco de la persona jurídica y en su beneficio. Es que, como bien lo plantea Adán Nieto, *“ninguna sociedad bien organizada puede abandonar la responsabilidad individual y constituye un grave error pensar que la instauración de la responsabilidad colectiva viene a suplantar o sustituir la responsabilidad individual”*.

Enrique García Vitor, pese a oponerse a la responsabilidad penal de la persona jurídica en sí misma, fue un firme defensor de aplicarle sanciones o medidas de seguridad de naturaleza administrativa o civil. Igualmente, sostuvo que la dogmática jurídico-penal proporciona los instrumentos para punir los delitos que se cometen en el seno de las personas jurídicas, por sus representantes, alcanzando a los ideólogos.

Su certera conclusión final era la siguiente: *“No todo debe descansar en el derecho penal. Un adecuado control administrativo sobre la forma de funcionamiento de las corporaciones y empresas será, seguramente, más eficaz para prevenir el delito y la grave repercusión social de éste, que la intervención del excepcional medio de control social que es el derecho penal”*.

BREVE ESTADO DEL ARTE DE LA ÉTICA JUDICIAL EN LA PROVINCIA DE CÓRDOBA ¹

por ARMANDO S. ANDRUET (H)²

SUMARIO: I. Aclaración. II. La razón del tema en este ámbito. III. Algunos aspectos relevantes. IV. La construcción de la ética judicial por la magistratura. V. Muestreo de resultados deontológicos: 2004-2010.

I. Aclaración

Atento a que la presente actividad ha sido cumplida en el ámbito de una reunión privada de la Academia y como tal, no ha sido leída sino expuesta en manera directa, hemos querido mantener sustancialmente el mencionado esquema expositivo que, como tal, puede adolecer de ciertos

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 27 de julio de 2010. Entre la fecha de presentación de esta comunicación en la respectiva reunión privada de la Academia y la fecha en que se revisa el original para su remisión a la imprenta, se ha producido el triste suceso del fallecimiento del Dr. Rogelio Ferrer Martínez, acontecimiento que ha ocurrido el día 3 de marzo de 2011. Como indicaremos *infra*, el Dr. Rogelio Ferrer Martínez fue el presidente del Tribunal de Ética Judicial desde el primer momento que se puso en marcha, esto es año 2004. Su esfuerzo, voluntad y comprensión junto a interminables conversaciones que sobre estos temas hemos tenido y que en lo personal siempre nos nutrieron de nuevos aportes y mejoradas visiones, nos imponen en lo personal el no poder soslayar su fallecimiento y en el ámbito académico que le era tan natural a su persona y en el deontológico que gustosamente aceptó al final de su vida, rendirle pues, un modesto tributo académico en su memoria, para que ella, justamente sea conservada por quienes no lo han conocido y por los otros, que lo conocieron pero acaso no supieron, que en estos territorios también navegó con la maestría de un experimentado navegante.

² Académico de número, académico tesorero.

déficits; pero hacer los ajustes a una parte del texto implicaría revisar todo el conjunto. Pues por ello, hemos preferido mantener dicho formato con ligeras modificaciones propias de un discurso expuesto. Lo único que nos hemos permitido, es anexas algunas cuestiones al pie de texto y que prioritariamente está dispuesto para quienes quieran profundizar en algunos de los aspectos que han sido señalados.

II. La razón del tema en este ámbito

Estimados colegas académicos, antes de cualquier otra cuestión quiero expresarles mi sincero agradecimiento por la disposición en acompañarme en esta modesta exposición a propósito del estado del arte de la ética judicial en la provincia de Córdoba; que en realidad hay que señalar, es uno de los avances más innovadores que el Poder Judicial de la Provincia ha puesto en marcha en los últimos diez años y que como tal, todavía se mantiene bajo un perfil de cierto desconocimiento para muchos ciudadanos, sean ellos propios o ajenos al Poder Judicial.

De todas maneras, todos nosotros conocemos que las transformaciones en la historia de las instituciones, nunca son juzgadas sobre la inmediatez de los sucesos en los cuales ellas suceden, sino primariamente por la huella que tales institutos van dejando en la tradición, la cultura y las prácticas del *ethos* al cual ella corresponda³.

Quiera mi presentación ser un adecuado vehículo para la adecuada información y motivación para que nada menos que la comunidad académica más conspicua de la Córdoba universitaria, se ocupe reflexivamente de estos temas; que a veces y para no pocos, siguen teniendo el mismo sinsentido que ya muchos años atrás no pocos filósofos se encargaron de sostener⁴ y con poco discernimiento, sus cultores contemporáneos poco impuestos de discursos propios repitieron con desembozada impertinencia.

³ Vide Norbert ELÍAS, *El proceso de la civilización*, México, F.C.E., 1993; Guillermo BAUER, *Introducción al estudio de la historia*, Barcelona, Bosch, 1944.

⁴ No podemos dejar de recordar las sutiles observaciones de David Hume a este respecto. Por todos ellos, bien se puede consultar a Alfred AYER, *El positivismo lógico*, México, F.C.E., 1986.

Debo también adelantar que siendo el tema del cual comentaré, algo tan propio a la vida de las personas y de las instituciones, como es, la conducción prolija y respetuosa en dicho accionar con los otros y también, el potenciar las mejores prácticas profesionales para que sean igualmente transferidas imitativamente a los demás; es una cuestión en las cuales, la mayoría de las personas podemos estar de acuerdo y tenerlas por definición acendradas en nuestra práctica personal y profesional con independencia de cuál sea nuestro oficio y/o profesión.

Lo que voy a intentar hacer entonces, es describir una situación, comentar una historia, relatar un estado del arte⁵ en el cual la magistratura y la ética en la provincia de Córdoba se encuentran en una etapa de una evidente inflexión. Y como es conocido, todo momento donde se cruza un punto de inflexión sobre diversas variables, los resultados pueden ser definitivamente la superación positiva de lo que antes era por lo que aparece como novedoso o que finalmente, el viejo esquema no logre ser desplazado y por lo cual, lo que se avecinaba en el punto de inflexión, tendrá una regresión de envergadura tal, que posiblemente quede retrogradado de tal modo, que oriente a que al fin de cuentas, quede sepultado por el polvo de la historia.

Sin duda que el temor de que ello pueda ocurrir, aun cuando pueda parecer lejano en la provincia de Córdoba, no es de idéntico tenor en otras magistraturas de la República Argentina o de la misma justicia nacional⁶. Por todas estas cuestiones, es que hemos creído conveniente traer -hasta preventivamente- a este ámbito científico las relaciones del binomio ética-jueces, y no hacer insistencia con los temas propios de la filosofía jurídica o política y de los que los volúmenes del Instituto de Filosofía del Derecho de esta corporación muestra con relevancia la preocupación que también nos genera.

⁵ Se conoce así, cuando se quiere hacer una referencia a los conocimientos que se tienen hasta el momento presente sobre el tema en cuestión. Obviamente que no se trata de que efectivamente se conozca todo lo existente, sino que haya una visión más o menos completa de ello, la cual es suficiente para poder hacer una ponderación integral del problema.

⁶ En este último ámbito ha habido posiciones de la mayor relevancia, que han mostrado no sólo ignorancia frente a estos temas, sino lo que es más grave: una profunda resistencia a las innovaciones y proyecciones que desde ellas se puedan hacer.

Cabe agregar también, y ello con una alegría que no puede dejar de ser compartida por todos nosotros, porque es la obra dinámica de la Corporación, que ella ha tomando en los últimos lustros, una presencia en las realizaciones no sólo teóricas de la ciencia jurídica, sino particularmente en las que tienen una evidente prestancia de la ciencia jurídica desde su realización operativa o práctica; y que también hay que decirlo, en muchas ocasiones ellas tienen un auténtico reclamo desde la comunidad profesional y también académica. Por otro costado, también sería una posición un tanto elusiva de mi parte, atento a mi no menor involucramiento con la vida judicial de la provincia de Córdoba por la función de vocal del Tribunal Superior de Justicia y que ha tenido, dicho Cuerpo, un rol protagónico para el sostenimiento del mencionado tema de la ética judicial⁷.

III. Algunos aspectos relevantes

Debo iniciar recordando, porque no son cuestiones del todo conocidas y en realidad no tienen por qué saberlo, que a finales de la década del 80 se comienza a generar un movimiento importante en toda Latinoamérica, a partir de las llamadas Cumbres Judiciales Iberoamericanas, y en las cuales se instaba a la generación propositiva de la existencia de estándares aceptados de ética judicial.

Tales consideraciones, como no podía ser de otra manera, también llegaron a la República Argentina y por lo que se apuntó más arriba, no por la mano de los iusfilósofos que en rigor tenían una posición de resistencia a estos temas, sino fundamentalmente por las instituciones intermedias generadas desde los mismos poderes judiciales. O sea entonces, hay que destacar que un tema de evidente connotación de filosofía práctica, no fue articulado por dicha comunidad científica, sino por las mismas instituciones profesionales que a la vez, lo veían como de interés atender,

⁷ Corresponde indicar que fue el Tribunal Superior quien puso en marcha la Comisión de: i) Creación del anteproyecto, luego, ii) aprobó el código respectivo y finalmente generó la iii) Oficina de Ética Judicial. *Vide* los siguientes acuerdos respectivamente: i) N° 652, Serie A, del 10/10/02; ii) N° 693, Serie A, del 27/11/03; iii) N° 953, Serie A, del 16/9/08.

por las presentaciones que la comunidad internacional judicial hacía en las Cumbres Iberoamericanas Judiciales⁸.

Los mencionados temas en realidad se instalaron en una manera orgánica y con una voluntad al menos pretendidamente de permanencia en los primeros años del actual milenio⁹. Sin perjuicio de que existieron algunos movimientos que anunciaron algo en tal sentido mediando la década del año 90, pero que en realidad como lo que no tenían todavía esos poderes judiciales era una adecuada consistencia ni metodológica ni epistémica en la materia, estuvieron a punto de ser ellos los ejecutores de una causalidad eficiente para que la profecía del inadecuado momento de inflexión se generara y con ello, una sepultura del tema de la ética judicial¹⁰. Esto es sin dejar de reconocer, que la voluntad de esos poderes judiciales seguramente que fue la mejor y los modelos que tomaron, muchos de ellos existentes en Europa eran igualmente valiosos, sin embargo lo que no existía era un *ethos* judicial moral que como tal, se pudiera llegar a empoderar del mencionado tópico y con ello, la natural frustración.

Cabe de todas formas indicar, que si bien los países europeos que tienen códigos de ética, pueden ser considerados un número menor y particularmente cuando lo colocamos en la perspectiva de finales del año 90 del siglo pasado; lo cierto era, que se trataban de poderes judiciales que al menos en dicho tiempo -que eran para esos poderes judiciales realmente críticos- habían logrado seguramente no sólo por ello, por lo menos durante un buen tiempo, nuevas fortalezas o coberturas para la judicatura en tiempos de natural desasosiego. El caso más notorio en este esquema es el de Italia que había sancionado su Código deontológico para la magistratura en el año 1994, cabe agregar que el *Movimiento Manipulite* vino entre otras cosas, enfundado en los temas de ética judicial¹¹.

⁸ Particularmente en este punto no se puede desconocer el papel principal que cumplió la por ese tiempo todavía joven Junta Federal de Cortes y Tribunales Superiores de Justicia (JuFeJus) que como tal, lograría con el tiempo, ser la voz firme de las magistraturas provinciales en el concierto de la República Argentina y que al menos en este punto, tuvo gestiones que no pueden ser desconocidas o debilitadas.

⁹ Código de Ética Judicial para Córdoba del año 2003 y de Santa Fe para el año 2003.

¹⁰ Código de Ética Judicial de Corrientes, Formosa y Santiago del Estero.

¹¹ Vide Carlo GUARNIERI - Patrizia PEDERZOLI, *Los jueces y la política. Poder Judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.

Por otra parte, tampoco era una cuestión totalmente desconocida para el ámbito de América Latina, puesto que también existían ya muchos países que tenían el mencionado instrumento¹²; pero al paso de lo dicho hay que señalar que en muchos de esos países la mencionada existencia ha sido claramente una etiqueta que ha sido propuesta por algún tipo de interés operativo, pero que como tal, quedó frustrado posteriormente. Ello explica que recién luego de sancionado el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, es donde muchos de los países que ya tenían códigos, tomen una preocupación por volverlo más activo y operativo.

De todas maneras no se puede dejar de señalar, que el hecho de que un Poder Judicial pueda tener dentro de su patrimonio normativo la existencia de códigos de ética judicial, no significa que los jueces sean por tal suceso mejores personas o que esté asegurado un comportamiento prevalente. En realidad, la vieja máxima del intelectualismo ético socrático se vuelve a presentar con renovada energía: conocer el bien *-rectius*: conocer la ética judicial porque está registrada en un código- en modo alguno significa que lo bueno *-rectius*: mejores prácticas profesionales- tenga que ser cumplido.

Obviamente que no se puede desconocer que en ciertos poderes judiciales europeos, la cuestión de los códigos de ética judicial resultaba ser una materia que estaba muy lejos de ser aprobada por la magistratura. Al respecto, recuerdo haber conversado académicamente estos temas con profesores y jueces alemanes, y claramente ellos, no piensan ni siquiera por equivocación, que los jueces deban tener códigos de ética; simplemente piensan que los jueces deben ser éticos, así de simple. En el fondo subyace una tesis anterior, si los asuntos que los jueces resuelven son antes que jurídicos: morales, no se puede explicar en rigor de verdad, que a los jueces las cuestiones de la ética -judicial- y a veces también la general, les resulten indiferentes¹³.

¹²Por caso, Guatemala desde el año 2001; Honduras, año 1993; Panamá, año 2002, entre otros.

¹³En rigor, concluimos y para decir una palabra de un tema que la filosofía jurídica ha formulado en varias ocasiones, las malas personas no pueden ser jueces. Vide la discusión generada al respecto en Jorge MALEM SEÑA, “¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?”, Revista Doxa N° 24, 2001, Alicante, pág. 379 y ss. El mismo tema puede ser enfrentado desde una pregunta diferente, tal como lo hace Ángela Aparisi Miralles,

En la República Argentina, se genera en tres provincias, a mediados de la década de los años 90 la promulgación vía acordada de sus tribunales superiores la existencia de instrumentos normativos de ética judicial, esto es: códigos de ética judicial. Provincias que ustedes van a sonreír cuando sepan cuáles son, porque no son precisamente sin hacer ningún demérito de ellas, las que mayor prestigio han tenido, en particular en los tiempos en que ello ocurría; pues por caso basta con recordar que la justicia provincial de Santiago del Estero, con independencia de la existencia de dicho Código, fue intervenida en su Poder Judicial en tiempos de la vida democrática de la República Argentina, sólo por indicar un suceso grave en la vida institucional como es, el haber impuesto el estado de excepción precisamente en el ámbito del Poder Judicial.

No hay duda alguna, que con tales cartas de presentación que tenían los códigos de ética en la República Argentina, se habían generado climas de predisposición negativa. A ello se suma los no menores sucesos que a finales de los años 90 habían acontecido políticamente, en donde el esfuerzo que la Junta Federal de Cortes de la República Argentina que había llamado a un concurso nacional para la formulación de una propuesta de un Código Modelo de Ética Judicial para la República Argentina y que había sido adjudicado, luego quedó implicado en un entuerto de confusión inexplicable que fue principalmente avivado, por funcionarios de segundo grado y de inevitable mediocridad moral y personal¹⁴.

Con todo ello por delante entonces, era difícil abonar una tesis de que valiera la pena invertir tiempo y esfuerzo para las cuestiones de ética judicial. Felizmente, dicho hecho, en particular el que nos ocurrió a nosotros y que moralmente tanto nos afectó, no llegó a desalentarnos para no avanzar en la propuesta de mejoramiento de la ética judicial. Obviamente que nuestra incorporación posterior al Tribunal Superior de Justicia de la provincia, nos daría más herramientas para avanzar en esta temática;

indicando: ¿Es posible ser íntegro profesionalmente sin serlo personalmente? (vide, *Ética y deontología para juristas*, Pamplona, EUNSA, 2006, pág. 233).

¹⁴No podemos ocultar que los triunfadores de dicho concurso nacional fuimos nosotros. El trabajo fue publicado en la Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional N° 25, enero-julio 2000, Buenos Aires, págs. 79/116. El premio del concurso nunca se cumplió por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el agravio moral tampoco nunca se reparó.

aunque también hay que decirlo: ello sólo pudo ser posible, porque la magistratura de la provincia de Córdoba ya estaba madura para ello.

Comenzada entonces la década del 2000, hay dos provincias que se suman al mencionado proceso evolutivo deontológico; seguramente que siempre impulsadas dichas tendencias, por las Conferencias Iberoamericanas y también la Unión Internacional de Magistrados. Se habían dictado instrumentos normativos y se estaban gestando otros, que incuestionablemente orientaban ese resultado; en este sentido, se dicta en Taipei (1999) el Estatuto Universal del Juez, el Estatuto del Juez Iberoamericano en Canarias (2001), los Principios sobre Conducta Judicial (Bangalore, 2002) y que concluirían en la aprobación del Código Iberoamericano de Ética Judicial (Santo Domingo, 2006); todos ellos son instrumentos muy importantes para juzgar la vinculación entre el ejercicio de la jurisdicción y la ética profesional de los jueces.

De esta manera, en el año 2002, la provincia de Santa Fe¹⁵ y que como conocemos es la más homóloga a la nuestra en no pocas cuestiones, sanciona su Código de Ética Judicial que como tal, si es tomado comparativamente con los anteriores, muestra sin duda alguna, una clara y ostensible mejora no sólo legislativa sino de un trabajo de meritución de cada una de las conductas deseables o virtudes judiciales que como tal, son las reclamadas en cumplimiento a los magistrados. En el año 2003, Córdoba se suma a ese proyecto de propagación codificadora deontológica y se designa una Comisión de Elaboración y Redacción de un anteproyecto de dicho instrumento deontológico¹⁶ y que permitiría que luego fuera aprobado por el Tribunal Superior de Justicia¹⁷. En este punto es importante señalar que una de las mayores fortalezas que dicha Comisión como tal tuvo, fue que recogía los aportes que se podían hacer desde la misma magistratura, puesto que había representantes por el mismo Poder Judicial, otros por el Colegio de Abogados de Córdoba y también otros que lo hacían por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia y finalmente se sumaban también los que provenían como aportes desde la Federación de Colegios de Abogados de Córdoba.

¹⁵ Aprobado por Acta N° 10 de la Corte Suprema de Justicia del 20/3/02.

¹⁶ Acuerdo Reglamentario N° 652, Serie A, 10/10/02.

¹⁷ Acuerdo Reglamentario N° 693, Serie A, 27/11/03.

Huelga señalar que esa paleta diversa de interlocutores, sin duda que permitió obtener un resultado deontológico que en primer lugar, era parte de una formulación que naturalmente se asociaba al mismo *ethos* de la judicatura de la provincia de Córdoba y en realidad hay que señalar, que gran parte de los defectos que a veces se pueden generar en la presente materia, es creer que los modelos deontológicos pueden ser migrados de una geografía y por tanto de una cultura jurídica a otra, sin dificultad alguna.

En esa línea se puede apuntar y sin intentar siquiera hacer una hermenéutica de dicho suceso, lo cierto es que la matriz local y propia de la magistratura cordobesa fue la medida de generación de dicho Código y por lo tanto, se intentó en todo momento evitar al menos dos cosas: la primera que éste no tuviera en su matriz interna y construcción externa, ningún síntoma que se pudiera articular de tachadura de modelo corporativo y hegemónico, puesto que si por algo la mayoría de las veces es juzgado un Poder Judicial -y no sin tener una cuota de razón-, es de tener un fuerte carácter endogámico. Y en segundo lugar, revisar y valorar la totalidad de tantas buenas prácticas que la magistratura local tiene antes de cualquier tipo de formulación ética y por lo cual, señalar que un código no inicia una era de ponderación ética de la magistratura, sino en el mejor de los casos, es el momento en donde se recogen instrumentalmente dicho acervo de buenas prácticas cumplidas inveteradamente por la mayoría de los magistrados.

Tal aspecto fue naturalmente muy importante para que, concluida la labor de la comisión generadora del anteproyecto y dictado el proyecto de aprobación y puesta en vigencia del mismo, la magistratura local no formulara reparos respecto a su insistencia sino que, por el contrario, un conjunto de reuniones y discusiones que se implementaron posteriormente para un mejor proceso de socialización contaran con un importante conjunto de adhesiones y con ello, el sometimiento de la magistratura al nuevo instrumento si bien no fue voluntario tampoco, apareció como una irrupción fuerte y violenta.

Posteriormente a su aprobación se procedió a la constitución del Tribunal de Ética Judicial, que para la actualidad lleva tres renovaciones. Cabe agregar y a los efectos de mostrar algunas de las diferencias que lo separan de su próximo de la provincia de Santa Fe, que en rigor de verdad hay que destacar que es la provincia de Córdoba la única que no sólo cuenta con un Tribunal de Ética Judicial -como también lo tiene Santa Fe-,

pero que sin embargo allí, no se puede hacer un control de la cantidad de resoluciones que ha dictado ni tampoco de la frecuencia y continuidad que el mencionado tribunal como tal tiene, con lo cual, para los detractores de los temas deontológicos ello es demostrativo de la inconveniencia de la puesta en marcha de estos temas.

Cabe señalar, en este orden de cuestiones, que no se nos escapa en modo alguno, que la integración de los Tribunales de Ética Judicial, como tribunales independientes de lo jurisdiccional -como en realidad deben ser-, es una de las cuestiones de mayor complejidad, toda vez que encontrar perfiles de personas que puedan mostrar un historial sin mácula y que, además, tengan el ánimo de asumir responsabilidades en dicha materia, que como tales, no son en modo alguno las más sencillas y risueñas, no es seguramente una cuestión menor y fácil.

Desde este punto de vista, la provincia de Córdoba y la magistratura en su conjunto, tuvieron la posibilidad de buscar entre sus magistrados jubilados a uno de sus mejores exponentes como fuera el Dr. Rogelio Ferrer Martínez¹⁸, quien ocupó la presidencia de dicho Tribunal de Ética Judicial por tres períodos, y quien habiendo fallecido recientemente y dejado dicho lugar, seguramente que habrá de implicar mucha dificultad una cobertura de igual tenor. Sirva entonces el presente escrito, como un homenaje a este querido Maestro de la función jurisdiccional, al que aprendimos a conocer al haber sido ya más de tres décadas atrás su alumno en la Cátedra de Derecho Procesal Civil y luego -quizás veinte años atrás- su empleado, cuando él ocupaba la presidencia del Tribunal Superior de Justicia y nosotros cumplíamos nuestra labor como agente en la Relatoría Civil del máximo tribunal local.

¹⁸ En el ámbito de la magistratura, el Dr. Rogelio Ferrer Martínez ingresó al Poder Judicial como escribiente en 1951 y de allí en más, realizó una carrera ininterrumpida de ascenso en responsabilidades jurisdiccionales, hasta alcanzar un sillón en el Tribunal Superior de Justicia desde 1984 hasta 1990, y habiendo ocupado la presidencia de dicho cuerpo, durante 1986. Posteriormente, en 2004 fue convocado para ser el presidente del Tribunal de Ética Judicial y ocupó ese cargo hasta su fallecimiento. La vida académica tampoco le fue ajena, en la Universidad Católica de Córdoba, ocupó inicialmente la Cátedra de Derecho Natural y luego ejerció durante varios años la titularidad de la Cátedra de Derecho Procesal Civil. No se puede dejar de anotar que fue decano de dicha Facultad con gran recuerdo de una gestión altamente constructiva.

Volviendo ahora sobre la importancia de los presidentes en particular y de los miembros en general de los Tribunales de Ética Judicial, no hay ninguna duda, que gran parte de la discontinuidad que la provincia de Santa Fe ha tenido en dicha materia obedece a que, definitivamente, no es sencillo encontrar en cualquier provincia los perfiles que son deseados para dicho cargo. Caber agregar que nos consta, no ya de Santa Fe, sino de la propia República de Perú, en donde existe desde el año 2004 un Código de Ética, el que sin embargo no puede entrar en vigencia porque no se pueden individualizar los miembros que puedan ocuparlo, lo cual habla de un estado de gravedad de cosas que es incuestionable; mas también, dice de la responsabilidad de quienes prefieren demorar una situación antes que sea ella, una auténtica comidilla burlona de la ética judicial.

Cabe señalar también alguna otra diferencia con la provincia de Santa Fe respecto de la integración de los miembros de dicho Tribunal, en esa provincia está compuesto mediante un magistrado jubilado, un abogado jubilado y un ministro de la Corte provincial que como tal lo preside. Se advierte sin duda alguna, que el peso de la responsabilidad decisional pasa por su presidente, y que si bien ello es naturalmente así, en este supuesto es potenciado por la evidente fase de control que tiene sobre los restantes. Por el contrario, en el caso de Córdoba se optó por un camino definitivamente más equilibrado. Son cinco miembros -en todos los casos jubilados- y tres de ellos provienen de la magistratura y dos del foro local; a ese efecto, se respetan espacios institucionales desde donde provienen cada uno de ellos, a saber: los magistrados, uno es por el Tribunal Superior de Justicia y los otros dos por la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la provincia; por los abogados, uno por el Colegio de Abogados de la provincia de Córdoba y el restante, por la Federación de Colegios de Abogados de la provincia. La elección del presidente depende de la votación de sus propios miembros.

Con la mencionada integración se puede advertir que se ha intentado dejar a total cuidado, que el Tribunal Superior de Justicia ningún grado de interferencia tiene sobre el Tribunal de Ética y por lo cual, éste asume toda la transferencia de competencia deontológica que existía en el alto cuerpo para canalizar eventualmente por la vía disciplinar los mencionados capítulos.

En ese marco no menos problemático, cabe destacar que el Tribunal de Ética Judicial, no se confunde con el mencionado Tribunal Administrativo o de Sumarios Administrativos -tal como se nombra- en el ámbito del

Poder Judicial. Tal aspecto, sin duda, es una de las mayores dificultades que se presentan a la hora de tener que plantear la existencia de tribunales deontológicos, puesto que por definición no resulta del todo fácil de admitir que más allá de los defectos administrativos y que quedan atrapados por el derecho disciplinar de la institución judicial, lo que existe es un conjunto de prácticas que son de un tenor diferente y que no tienen por qué ser deformadas como fallas disciplinarias o administrativas puesto que su núcleo ontológico en que se está cumpliendo con una conducta que deviene primariamente impropia para el comportamiento que un estándar corriente y razonable de la magistratura al menos, pondría bajo un manto de incertidumbre en su realización¹⁹.

Quizás ello pueda ser mejor entendido si se tiene a la vista que la instancia deontológica acorde a lo previsto en la regla 5.1, concluye o con una recomendación (5.1.1) y que es definitiva no se le debe atribuir otra consistencia que la de una orientación para que la persona que resulta recomendada, tenga un alejamiento, cese u abstención de aquella conducta o situación que aparece al menos *prima facie*, como de una entidad cuestionable o dudosa. Puede también, si la situación por el contrario tiene algún grado que pueda ser reconocido por el Tribunal de Ética como de una mayor complicación, que exista además de la misma recomendación indicando el mencionado cese la realización activa de la situación o conducta, que sea elevada la mencionada causa al conocimiento del Tribunal Superior de Justicia para que, atento a la mayor gravedad que ha sido anunciada por el Tribunal de Ética, pues que proceda a instruir la investigación por la vía disciplinaria (5.1.2) o eventualmente formule la denuncia ante el Jurado de Enjuiciamiento si la gravedad así lo autoriza.

Como se podrá indicar con precisión luego, pero ahora al menos hay que destacar, que se han dictado aproximadamente 150 resoluciones y posiblemente no superen el 30% las que han tenido algún tipo de recomendación, adelantándose que la mayoría de ellas han sido del tipo simple; con lo cual se quiere poner en evidencia que ha primado en todo momento -tal como corresponde a todo tribunal- un criterio de mucha

¹⁹ Puede consultarse a tal efecto, el excelente artículo de Domingo SESIN, "Responsabilidad disciplinaria de los jueces", en *La responsabilidad judicial y sus dimensiones*, Buenos Aires, Ábaco, 2006, t. I, pág. 653 y ss.

responsabilidad tanto por parte de quienes pueden llevar adelante la denuncia y que el Tribunal de Ética no se ha convertido en una especie de camándula de abogados dispuestos a perturbar el estado de tranquilidad que los magistrados precisan para cumplir con su función sino que, en realidad, han advertido la importancia de un instrumento que colabora para que la sociedad tenga la confianza que todo ciudadano debe tener en sus jueces²⁰, por los actos morales que ellos cumplen, sean en el espacio de lo público de su función, como de los privados con trascendencia pública. No se han visto situaciones en donde pueda decirse que los abogados se han abusado de la instancia deontológica.

Las denuncias se pueden generar tanto por abogados litigantes como por ciudadanos, aunque directamente -de oficio- el mismo Tribunal de Ética puede advertir una situación que resulta alarmante y por ello provocar una investigación al respecto. La totalidad de las vías indicadas han sido utilizadas, o sea que ha habido particulares que han denunciado, magistrados que lo han hecho a otros colegas, el Tribunal Superior que ha formulado un número considerable de denuncias de situaciones que conoce por la competencia general de la superintendencia de dicho poder del Estado y también han habido casos de tanta repercusión, que el Tribunal ha decidido intervenir de oficio. A los efectos de involucrar de mayor manera al ciudadano en la temática de la ética judicial, existe un micro sitio en la web del Poder Judicial -www.justiciacordoba.gob.ar- en el cual, se puede encontrar un modelo de denuncia, para que las personas no expertas en la materia puedan rellenar los espacios con el supuesto fáctico a ser denunciado; de tal manera que ningún ciudadano pueda decir que no sabe cómo denunciar.

Cabe precisar que no se ignora que en sociedades como la nuestra, donde el espíritu querulante y denunciativo sin razón tiene una presencia importante, la puesta en marcha de tanta comodidad -por decirlo de alguna manera- a la instancia de la denuncia podía desembocar en una situación irrefrenable en donde las disputas personales y los naturales rencores por resoluciones adversas, pues que trajeran una retahíla de denuncias asentadas en tales hechos. Felizmente, la praxis desmiente ese su-

²⁰ Vide Carlos ROSENKRANTZ, "Confianza en el derecho", en *Confianza y derecho en América Latina*, México, F.C.E., 2009, pág. 100 y ss.

puesto y evidencia una cuota de natural responsabilidad de los ciudadanos y abogados.

El Código de Ética -esto también es bueno decirlo- no tiene ningún grado de instancia de apelación. La resolución que es dictada tiene la característica de ser irrecurrible. Esto, indudablemente que cierra, al menos desde nuestras instancias propiamente procesales, un circuito que desde la misma teoría procesal prudentemente cree que toda resolución debería tener, como es, al menos una referencia posterior de reanálisis y consideración.

Sin embargo, la voluntad del espíritu del Código en esta materia ha sido justamente, la de evitar hacer de una resolución deontológica una cadena de instancias procesales, sobre la base no menor, que la resolución que se dicta y tal como se ha dicho, lo único que implica es una recomendación para que el magistrado implicado considere que la conducta por la cual se lo ha denunciado, a juicio del tribunal resulta impropia e incompatible con el ejercicio de la magistratura y por ello debe abandonar o cesar en ella, y si el agotamiento es deontológico no resulta imprudente, que no se le apliquen las formas procesales de toda otra resolución que con independencia del fuero en donde se cumpla, es de tipo jurisdiccional. No hemos tenido, y esto habla con un crédito favorable a la magistratura local, ningún tipo de instancia recursiva o de declaración de inconstitucionalidad por parte de los recomendados o por alguna otra persona a este esquema procesal del Tribunal de Ética.

Cabe también señalar que las mencionadas denuncias, tienen un régimen muy particular para su conformación procesal; ello se funda en la no menor suposición que cada causa deontológica tiene una entidad diferente. Motivo por el cual no hay un trámite previsto en forma definitiva bajo el ropaje acaso de un juicio ordinario, abreviado o ejecutivo, sino que la causa se recibe y el tribunal pondera acorde a la gravedad, entidad, trascendencia u otras razones, el tipo de trámite adecuado para esa causa. Esto ayuda a comprender la materia procesal propia al *factum* de que se trata; ello se explica no sólo en la individuación del supuesto fáctico al trámite sino porque al ser la supuesta conducta impropia de naturaleza moral se impone que existe un mayor énfasis para su cese, y además darle también al Código una función de naturaleza preventiva. Los códigos, los tribunales deontológicos tienen ese marco, fundamentalmente preventivo.

Hasta aquí hemos realizado si se quiere, una exposición de tipo descriptivo acerca del Código de Ética Judicial de la Provincia de Córdoba. En lo que sigue, haremos algunas aportaciones desde la materia operativa de lo que significa para una magistratura el asumir los temas de la ética judicial con un compromiso de vitalidad y no meramente desde la teoría.

Otra cuestión que es interesante de señalar, está en presentar la manera mediante la cual, el Código ha sido implementado a la magistratura local; y que en realidad podía tener dos formas de ser operativizado: sometimiento voluntario u obligatorio. El camino seguido ha sido el último de los indicados. No podemos ahora repasar las razones aprobatorias o no, que se dan para cada uno de estos modelos y que parecen ellas casi inacabables; mas lo que no podemos soslayar es una afirmación que mucho se repite dentro de los poderes judiciales como es que los magistrados en realidad están sometidos sólo a la ley, y nada más que a ella.

Tal tesis llevada al campo que ahora nos importa, implicaba la no vinculatoriedad del Código de Ética, por dicha ausencia normativa y con ello, la natural resistencia a la misma por la magistratura. Y si bien ello era una hipótesis posible, tal como se ha indicado, la magistratura local ha estado a la altura de un compromiso moral en su ejercicio y aun cuando puedan tener resabios de molestia por el Acuerdo del Tribunal Superior de Justicia, mediante el cual se impone el mismo a la totalidad de magistrados, jueces y funcionarios del Poder Judicial y al respectivo instrumento mediante el cual, el Ministerio Público de la Provincia extiende el mencionado Código a dicho ámbito penal, pues lo cierto es que no ha habido cuestionamiento jurisdiccional alguno²¹.

Quizás porque quien lo haga, tenga que asumir en su espalda la responsabilidad de haber destruido el esfuerzo por hacer un salto de calidad en la magistratura y optimización de transparencia institucional en el cual, salvo quien sea, la magistratura local está claramente imbuida y dispuesta a custodiar.

²¹ Acuerdo N° 745, Serie A, 21/12/04.

IV. La construcción de la ética judicial por la magistratura

La proposición del tema es desde ya complicada, porque no se puede soslayar que existe una gran cantidad de supuestos intelectivos que se dan como resueltos en la práctica judicial diaria, pero sin embargo no es del todo claro que siempre sea así. Por lo pronto, todos nosotros presuponemos que hay una relación armoniosa entre la ética y los poderes judiciales o entre ella y la comunidad de magistrados, cuando en realidad -y en una apreciación que puede ser equivocada- se trata de una relación altamente dificultosa o, lo que podríamos decir, de un equilibrio inestable que se rompe con un soplido y por ello nos lleva siempre a estar en un estado de mucha inquietud.

En realidad, nos parece que la forma en que se ha sorteado dicha tensión hasta el momento presente, es lo que sin duda podríamos señalar como un crédito importante para el Poder Judicial de Córdoba; aunque para ser francos, reconocemos ello, sólo como una cuestión precaria para ser coherentes con nuestro natural pesimismo racional frente a muchas instancias del Poder Judicial. Nos preocupamos de marcarlo de esa manera porque -insistimos que cualquier viento fuerte termina con esto- todavía no ha logrado percibirse desde la magistratura en todo su conjunto, que no se trata de imposiciones que desde el poder vertical del Poder Judicial se quieran imponer, como así tampoco, son reflexiones operativas que desde la teoría académica se han instalado machaconamente en la vida judicial; pues todavía la ética judicial está siendo vista más como yuxtaposición que como consustancialidad a la magistratura y por lo cual, la falta de enraizamiento en los jueces de lo que, para otros es su naturalidad, habla de la precariedad misma del modelo²².

Es decir que el Poder Judicial de Córdoba, en el cual hace 32 años que trabajo, habiendo atravesado verticalmente casi la totalidad de sus estamentos profesionales; he aprendido a saber cómo piensan los jueces que definitivamente, no es lo mismo a la manera en cómo dicen lo que piensan. Por defecto de integrar dicha comunidad, y siendo crítico de ella en muchos aspectos, he logrado percibir cuanta estratagema existe a ve-

²²Nos hemos detenido en alguna medida en este discurso en nuestro libro *Códigos de ética judicial. Discusión, realización y perspectiva*, Buenos Aires, La Ley, 2008.

ces en algunos de ellos, para que entre el decir y el hacer exista un espacio de territorio vital que queda oculto y por lo cual, los capítulos deontológicos en general resultan de fuerte desagrado. Es posible sin duda, que otros poderes judiciales sufran de la misma situación de reserva, por lo cual a veces es importante conocer, ¿si no será acaso uno mismo quien está mirando el mundo desde la ventana equivocada? Quiera que no.

Adentrándonos en alguno de los capítulos principales, nos parece que primero no se puede desconocer que existe una pertinencia epistemológica muy importante para la presencia de los temas de la ética dentro de la magistratura. Si nos ubicamos acaso frente al gran tema de que toda magistratura que se sienta mayor de edad debe afrontar con total profundidad como es el de la independencia judicial, cabe reflexionar al paso del mismo, que en realidad ello no es otra cosa que una muestra externa y dinámica de la misma ética judicial.

Por ello, es una pena que a veces se hagan esfuerzos, desde ya importantes, por enfrentar los problemas de la falta de independencia judicial con olvido de la ética judicial, pues no desconocemos que la magistratura de Córdoba, quizás en menor medida que la de otras provincias argentinas o de la justicia nacional, está cuestionada por su falta de independencia y contener focos tempranos de corrupción o de estadios de amiguismos judiciales de evidente compromiso con la imparcialidad como tal, todo ello como lo dijéramos públicamente en el acto de apertura del año judicial 2007, con el cuerpo bajo nuestra presidencia²³.

Lo cierto es que los jueces siempre han mirado estos temas de la ética de la función judicial con mucha liviandad o con suma desconfianza. Y en realidad, si uno mira a la distancia las magistraturas en general y su compromiso con la realización de una eticidad vital, habrá de advertirse primero que los magistrados en muchos casos son hombres de conductas erráticas -no sólo en sus fallos- sino en lo que ahora nos importa en el

²³En dicha ocasión sostuvimos que “*Está en nosotros -los jueces- que los edificios que son Palacios de Justicia erguidos y modernos, no tengan ruina de legitimación de sus habitantes. En las cosas de la justicia no todos los caminos dan lo mismo, existen algunos que, aunque tentadores, son intransitables. Ello corresponde no olvidarlo, nuestra intransigencia a tales opciones es plena, ciega, sorda y muda. Podemos aceptar disculpar al ignorante pero jamás amparar al corrupto*” (vide en Revista Zeus, N° 238, 3/4/07, pág. 229).

ámbito estrictamente personal de su vida, pero teniendo ella una evidente trascendencia pública. Huelga destacar que ello se potencia de una manera notoria por la función que ocupan, de seguro que si su función no fuera social, su compromiso no fuera ciudadano y su responsabilidad de vida no comprometiera la libertad, patrimonio y disposición de otras personas, los aspectos comentados podrían ser claramente minimizados o incluso, olvidados.

Sin embargo, ello no es posible porque quienes están en juego son este conjunto de personas a quienes la sociedad les ha encomendado una responsabilidad que como tal, excede el solo hecho de tener competencias profesionales o científicas. Pues en el fondo, nadie aspira a ser juzgado por una mala persona sino por aquella de la cual, en términos generales, se pueda predicar que es buena, además de formada profesionalmente y por ello, es que la ética no es una cuestión añadida a la vida judicial sino congénita a la misma.

Mas por ello así, es que dicen los magistrados que los temas de ética les interesan mucho. Es decir, están realmente preocupados por alcanzar una magistratura mejor en términos de calidad ética, pero en realidad lo cierto, es que no están muy dispuestos a hacer ningún sacrificio para abonar el tema de la ética judicial. Salvo que nosotros debamos considerar que es un sacrificio -y es posible que lo sea-, el no haber interpuesto una acción de inconstitucionalidad en contra del Código de Ética o de nulidad en contra de alguna resolución adversa, porque en realidad, fuera de eso, no se advierte un movimiento que mediante el cual la magistratura institucionalmente tome un compromiso con los temas, habiendo por el contrario, esfuerzos ostensibles desde lo individual de cada quien por hacer mejor las cosas en este campo.

Disculpen Uds. colegas académicos, muchos también, exitosos abogados del foro local que sea tan severo con la magistratura pero, en realidad, la licencia y la imposición que nos acuerda ocupar el lugar que tenemos en el Poder Judicial de la provincia, es justamente para decir con libertad estas cosas y no hacerlo en el ámbito que corresponde, es no hacer algo efectivo para que las cosas que no están del todo bien dejen ese estado de debilidad para tener fortaleza plena.

La otra cuestión que queremos agregar y que en modo alguno es menor, se trata de una suerte de autoconvencimiento que la magistratura tiene, respecto a que considera que para ella, los temas vinculados a los

problemas que concita un códigos de ética como la ética misma, son redundantes. Esto es, no es que los desprecien, sino que existe un convencimiento que le son familiares, asumidos en la práctica y por lo cual, con un empoderamiento evidente por tal colectivo profesional. El magistrado tiene la impresión, siempre en la generalidad que corresponde hablar, de que los jueces son ya naturalmente personas éticas. Es decir, que tienen esta ilusión entre óptica y psicológica de que cuando se accede -por concurso o por cooptación- del estado no togado a togado, hay alguna fuerza celestial extraña que lo ilumina de tal manera, que lo convierte en una persona que tiene ciertas condiciones morales desde allí innatas ante la vida, lo cual está claramente desmentido por todo lo que nosotros conocemos a diario.

También señalaría que la manera de acceder a todos estos problemas, es primero trabajando fuertemente en que la magistratura debe mirar con una perspectiva diferente la vida de una sociedad políticamente democrática, y que podríamos decir, que es una aspiración que institucionalmente todos hemos deseado desde hace muchos años y que hoy está claramente definida. Nos parece que ninguno de nosotros podría pensar en vivir fuera de la democracia, y creemos también que todos los jueces compartimos eso. Sin embargo, lo que a veces no todos los jueces comparten, es admitir que el vivir en un ámbito políticamente democrático y moralmente plural, no hace resignar que los marcos referenciales de una requisitoria de vida ética sea un sometimiento desmedido o un adorno a la magistratura que sólo vale como referencia estética.

Ello justamente es lo que habrá de permitir la convivencia adecuada en una moral plural, y que no es precisamente el ámbito del relativismo ético, sino el aseguramiento de que si bien hay que bajar ciertos umbrales de intolerancia moral frente a los que piensan y viven diferente a nosotros, a los fines de asegurar una convivencia plural²⁴; hay límites que no

²⁴ Recuerda el magnífico Tvetan Todorov, aportes del pensamiento ético de Adam Smith cuando señala que “¿Cuál es la meta que se persigue en una vida, en qué consiste esta mejora de nuestra condición a la cual todos aspiramos? ‘Que nos observen, que se ocupen de nosotros, que nos presten atención con simpatía, satisfacción y aprobación: ésas son todas las ventajas a las que podemos aspirar’. Que nos tomen en consideración es ‘la esperanza más amable’ y a la vez ‘el deseo más ardiente de la naturaleza humana’; nadie puede permanecer indiferente al atractivo del reconocimiento público (...). A su vez

se pueden despreciar y debe haber alguien que tenga suficiente ejemplaridad para ello, por caso los jueces²⁵.

Por todo ello, en la misma manera que la magistratura debe insistir sobre un reconocimiento de vivir en un ámbito de una ética de mínimos, que presupone esos zócalos duros que todos compartimos y por lo cual, no le podemos requerir a los jueces una moralidad de máximos y por lo tanto rigurosa y estricta²⁶, sino sólo la que un Código de Ética como el de Córdoba ha dispuesto sobre el mismo *ethos* judicial y por lo tanto, recuperando las mejores prácticas profesionales que ya tienen suficiente estacionamiento en la vida judicial en la mayoría de actos, y en la misma proporción en el colectivo judicial.

Creemos también que los códigos de ética ayudan de muchas formas a asegurar no solamente la transparencia y la previsibilidad, sino también, a reflexionar por este camino a un tema que está un tanto olvidado en las prácticas judiciales como es el tener presente, que los jueces no están juzgando solamente problemas jurídicos, sino que por definición, los jueces resuelven problemas morales con instrumentos jurídicos. El Poder Judicial no se puede seguir confortando con decirse que es independiente, imparcial y ecuánime, sino que tiene que colocar la totalidad de dichas virtudes judiciales de primer rango en una sintonía activa para que a partir de ella, se pueda visualizar en ellos una cierta aptitud para la *gubernamentalidad moral de los problemas judiciales*²⁷, que como tal, se le habrán de presentar cada vez con más frecuencia.

Y esto me parece que es una definición interesante. En nuestro parecer, y con los riesgos del desatino, apreciamos que cuando un juez está

la ausencia de consideración, es el peor de los males que podamos sufrir: "Todos los males exteriores son fáciles de soportar, en comparación con el desprecio" (La vida en común, Buenos Aires, Taurus, 2008, pág. 36).

²⁵ Vide Javier GOMÁ, *Ejemplaridad pública*, Madrid, Taurus, 2010.

²⁶ Vide Adela CORTINA - Emilio MARTÍNEZ, *Ética*, Madrid, Akal, 1998.

²⁷ No hay duda que el concepto de "gubernamentalidad" es foucaultiano y en él se vincula una clara definición de biopolítica que sin duda, son los perfiles todavía no reconocidos pero existentes de la corporación judicial, por ello, la importancia de su asiento moral (confr. Michel FOUCAULT, *Tecnologías del yo y otros textos afines*, Barcelona, Paidós, 1990; Judith REVEL, *Diccionario Foucault*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2009, pág. 75 y ss.).

resolviendo un pleito en verdad lo que hace es utilizar instrumentos y categorías jurídicas -sustanciales y procesales- para responder a un problema que antes debe ubicarse como uno de tipo moral y que, por las razones que sea, ha degenerado en jurídico y finalmente en judicial, pero su origen es moral. Si el contrato se hubiera cumplido y la fiducia hubiera existido, el fenómeno jurídico no existiría y esto a veces, no es suficientemente bien visto por los jueces y por ello las respuestas que se concluyen brindando desde los puramente judicial técnico, poco ayudan a los espíritus desasosegados de los justiciables, quienes han tenido un infortunio moral antes que judicial.

Por otra parte, hay que agregar que los jueces también deben trabajar sobre el esquema del mejoramiento de la legitimación moral. Gran parte de la vida institucional de los jueces pasa por una legitimación de tipo institucional-científico. Es decir, la persona rinde un determinado concurso, en él se habrán de ponderar sus antecedentes, sus méritos científicos, pero a la sociedad y al conjunto de abogados litigantes, no sólo les interesa que haya una calidad de legitimación científica, sino que también aspiran a la concreción de otra de tipo moral.

Más cuando está claro que la sociedad no ha elegido por ninguna vía democrática a los jueces. Pues justamente por esto último, el mencionado extremo tendría que tener, en principio, una evidencia incuestionable en dichas ponderaciones, porque la falta de legitimación democrática que tiene la institución Poder Judicial, y a lo que se suma una perdurabilidad en el cargo mientras dure la buena conducta y un marco de irreductibilidad de sus remuneraciones, hacen que la ponderación ética no sólo que tendría que ser llave para el ingreso a la carrera, sino un faro de atención constante en todo tiempo y bajo un sometimiento riguroso a todo comportamiento moral, con independencia de cualquier código existente o no.

En nuestra opinión, los jueces tienen una imagen distorsionada de lo que la sociedad cree de ellos. Muchas veces, creen que siendo jueces son por ello mismo éticos, pero la imagen social que hay de la magistratura no es precisamente de ese fuste sino todo lo contrario²⁸. A ninguno de noso-

²⁸ Vide nuestra contribución “Gubernamentabilidad moral de los jueces” en Bole-
tín de la *International Judicial Academy* (abril 2011). Disponible también en <http://www.ijaworld.org>

tros se nos escapa que los jueces, en ocasiones, llenan las tapas de los diarios por comportamientos rayanos en la conducta no ética, para no decir acerca de las cuestiones claramente criminales o delictuales. En esta profesión de juez, como cualquier otra que tiene un fuerte carácter paradigmático social, basta que sólo un caso sea indudablemente negativo para traer una consecuencia del mismo tenor, sobre todo el conjunto.

Entonces, conviene reiterar por qué vale la pena un Código de Ética en este marco. Primero, porque ellos no hacen a los poderes judiciales definitivamente mejores, no generan una suerte de interversión del título, pero sí permiten que se puedan generar pautas orientativas para todo el conjunto y con ello, un evidente mejoramiento colectivo. Es decir, se crean ciertos tópicos éticos que los magistrados pueden tener a la vista para evitar caer en conductas que aparecen como impropias. Nos parece que esa es la noción que atraviesa la ética judicial: el prevenir y orientar acerca de la existencia de conductas impropias.

Reiteramos que aquellas otras que excedan el mencionado marco deontológico y por lo tanto, no sean éticas, serán tomadas por los ámbitos disciplinarios, por los ámbitos criminales o incluso bajo la responsabilidad política que corresponde. Pero las conductas que están en el borde, próximas, y que generan una afectación social a la magistratura, porque existe antes una suerte de creencia natural en el *ethos* profesional de los magistrados, son de las cuales el Código se ocupa y el Tribunal de Ética de hacer cumplir. Se puede agregar, que muchas de las conductas impropias, son cometidas en una forma ingenua o casi inadvertida por los propios jueces.

Por lo tanto, es que los códigos de ética ayudan a que un magistrado pueda tener una visión más clara acerca de ese *ethos* profesional que va a señalar criterios de buenas prácticas. Los códigos de ética, en todos los casos, se construyen sobre criterios de buenas prácticas profesionales.

V. Muestreo de resultados deontológicos: 2004-2010

A lo extenso de los seis años de vigencia del Código de Ética Judicial, los resultados son ponderables como valiosos, no en función de que existan muchas o pocas resoluciones con sanciones deontológicas, sino porque se ha asegurado *ad intra* del Poder Judicial y *ad extra* de él, la

existencia y respeto de dicha instancia ética, lo cual ha convertido al Poder Judicial de Córdoba en uno de los pocos en Iberoamérica que ha consolidado la mencionada actividad en el amplio marco de las buenas rutinas judiciales.

Como corresponde a cualquier ámbito jurisdiccional y más aún cuando se trata del juzgamiento de los comportamientos morales que los jueces y funcionarios tienen, sin duda que es la entidad de los casos resueltos lo que nos permite conocer, el nivel de seriedad y preocupación que por dicho tema existe en la sociedad civil.

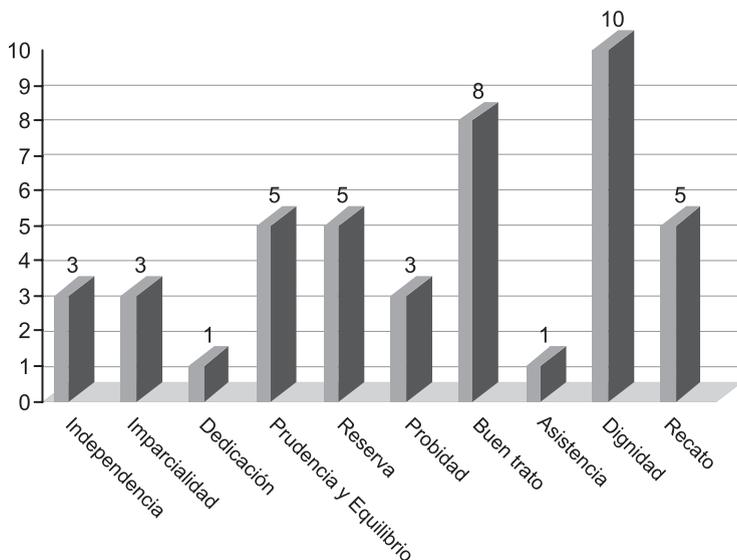
Proponemos los siguientes cuadros que destacan el derrotero de lo que venimos puntualizando²⁹, en el N° 1 hacemos un muestreo por año y segmentación de causas ingresadas al Tribunal y en el N° 2 destacamos la especie de reglas que han sido inobservadas en el período 2004/2010, según la calificación formulada por el Tribunal de Ética Judicial en el mismo período. En el N° 3 se indica los sujetos pasivos de las diferentes resoluciones y tipos de ellas que han sido impuestas.

V.1. Cuadro N° 1

Estadística de causas ingresadas al Tribunal de Ética Judicial (Período 2004 - 2010)								
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	Total
Consultas ³⁰	2	5	0	2	2	3	4	18
Denuncias ³¹	3	7	4	14	2	12	15	57
Actuación de oficio ³²	1	0	1	1	1	3	0	7
Actuación por remisión del T.S.J. ³³	4	8	8	5	3	9	9	46
Actuación por remisión de otros órganos judiciales ³⁴	0	1	1	0	1	2	1	6
Varios	0	0	3	1	6	2	3	15
Total de causas ingresadas por año	10	21	17	23	15	31	32	149

²⁹ La autoría en el relevamiento de los datos y que hemos consignado en los cuatro cuadros del presente estudio, corresponde a la Oficina de Ética Judicial a cargo del Ab.

V.2. Cuadro N° 2

Estadística de Reglas Inobservadas desde 2004 - 2010

Ricardo Álvarez y con la colaboración del Ab. Claudio Nieri, a quien mucho agradecemos el habernos facilitado dicho material ilustrativo.

³⁰ Son funciones del Tribunal de Ética Judicial evacuar las consultas que por escrito le realicen los jueces y funcionarios y tengan ellas un compromiso presumidamente deontológico (arg. Regla 6.4.1 C.E.J.).

³¹ Son funciones del Tribunal de Ética Judicial interesarse en las denuncias escritas que recibe (arg. Regla 6.4.3 y 6.5 C.E.J.).

³² Son funciones del Tribunal de Ética Judicial interesarse reservadamente de oficio en conductas de jueces y funcionarios que *prima facie* son afectatorias a las dispuestas en el Código (arg. Regla 6.4.2).

³³ Son funciones del Tribunal de Ética Judicial interesarse en conductas que han sido informadas por tribunales jurisdiccionales (arg. Regla 6.4.3).

³⁴ Son funciones del Tribunal de Ética Judicial interesarse en conductas que han sido informadas por tribunales jurisdiccionales (arg. Regla 6.4.3).

V.3. Cuadro N° 3

Medidas correctivas aplicadas por el Tribunal de Ética Judicial 2004-2010

Se han dictado en total 117 resoluciones generales hasta fines del año 2010 (No se contabilizan las referidas a las consultas realizadas) y aplicado recomendaciones a 43 magistrados y funcionarios judiciales en 27 causas.

A) Las *simples recomendaciones* fueron 30.

Jueces: 15 (Cámara: 7 - Primera Instancia: 8);

Ministerio Público: 4 (Fiscal adjunto: 1 - Fiscal de Instrucción: 3);
asesores letrados: 2;

Secretarios: 6;

Prosecretarios: 2;

Médicos forenses: 1.

B) Las *recomendaciones con elevación al T.S.J.*, a los efectos de su ponderación y resolución en el marco de las facultades constitucionalmente asignadas, fueron 13.

Jueces: 5 (Cámara: 3 - Primera Instancia: 2).

Ministerio Público: 4 (fiscales de Cámara: 2 - Fiscal de Instruc.: 2).

Asesores letrados: 1.

Secretarios: 1.

Prosecretarios: 1

Médicos forenses: 1³⁵.

³⁵ Por Ley Orgánica del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba los nombrados, integran el estamento de funcionarios del Poder Judicial.

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LAS RELACIONES DEL TRABAJO

Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad Una concepción robusta de los derechos individuales del trabaja- dor de fuente contractual ¹

por RAÚL ALTAMIRA GIGENA ² Y GABRIEL TOSTO ³

SUMARIO: I. Presentación del tema. II. Breve reseña histórica. III. Opiniones doctrinarias. IV. La doctrina judicial. V. Nuestra posición. VI. Lo privado a lo público. VII. Valoraciones y algo más. VIII ¿De qué estamos hablando? IX. Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad. X. A modo de cierre.

I. Presentación del tema

Analizar la “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad” es una consecuencia de la condición de persona, por lo tanto dicha autonomía no puede ser negada a ninguna persona por el ordenamiento jurídico, quien debe reconocerlo porque se trata de un poder inherente a la condición o naturaleza del ser humano.

El principio de “autonomía privada” es un principio de derecho porque el respeto a la persona y su reconocimiento como ser de fines exigen

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 10 de agosto de 2010. Los puntos I a V corresponden en su autoría al Dr. Altamira Gigena. Los puntos VI a IX corresponden en su autoría al Dr. Tosto.

² Académico de número.

³ Profesor de Derecho laboral de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

su vigencia, y dentro de su marco es donde el hombre puede realizarse plenamente; por lo tanto, el reconocimiento de la autonomía de la voluntad es inderogable por el ordenamiento jurídico. La ley no puede cambiar la naturaleza del ser humano ni distorsionarla ni negarla; la ley, como pensamiento regulador obligatorio de conductas valiosas, se adecua al objeto por ella mentada; negar la autonomía de la voluntad como principio general de derecho, significa la anulación de la persona, de su espíritu creador y emprendedor ⁴.

También es principio general del derecho que no hay derechos absolutos, por lo tanto los alcances de la autonomía privada son “un problema de límites”: otorgar carácter absoluto a la autonomía de la voluntad genera un imperio sin límites al arbitrio personal que provoca la anarquía.

En el derecho del trabajo la cuestión se debate en determinar “*la validez y efectos del acuerdo novatorio, por el cual empleador y trabajador expresan la voluntad común de modificar en perjuicio de este último las mejores condiciones que antes le fueran reconocidas en el contrato de trabajo. Va de suyo que tanto en la situación anterior como en la posterior al acuerdo alterativo ‘in peius’, se está operando por encima de los mínimos inderogables establecidos por la normativa laboral*” ⁵.

Con la reforma al art. 12 LCT por la ley 26.574 (29/12/09, con vigencia a partir del 8/1/10), ha “resucitado” un largo debate sobre los alcances de la irrenunciabilidad del trabajador a condiciones beneficiosas, a partir de la sanción de la LCT en setiembre de 1974.

II. Breve reseña histórica

El art. 157 punto 3 *in fine* de la ley 11.729 (1934), que reformó el Código de Comercio disponía: “*La rebaja injustificada de los sueldos,*

⁴ Guillermo CARREIRA GONZÁLEZ, “Avance de la autonomía de la voluntad en el derecho societario”, en Compendio Jurídico Errepar N° 38, marzo 2010, pág. 71.

⁵ Adrián GOLDIN, *Contrato de trabajo y renuncia de derechos*, Buenos Aires, Breviarios Hammurabi, pág. 15

salarios, comisiones u otros medios de remuneración, no aceptada por los afectados, colocará a éstos en situación de despido, y con derecho a percibir la compensación que establece este artículo”.

Desde la sanción de la citada ley y hasta la década del noventa, era lícito y legal que el trabajador consintiera la rebaja de sueldos, salarios u otros medios de remuneraciones, a condición de que fuera un acto jurídico válido, es decir efectuado con discernimiento, intención y libertad.

En 1987, el entonces diputado por la UCR Ricardo Cornaglia, presentó un proyecto de ley disponiendo que *“será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos del trabajador previstos en esta ley y en las fuentes que la misma enumera, ya sea al tiempo de su celebración, de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. En iguales circunstancias tampoco producirá efecto la decisión unilateral del empleador”*. El proyecto no logró tratamiento en el pleno, perdiendo vigencia parlamentaria ⁶.

En la exposición de motivos al proyecto de LCT remitida por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación en 1973, eran nulos la renuncia a los salarios o remuneraciones consagrados en la ley, los estatutos profesionales y los CCT, omitiendo referirse a los acuerdos provenientes de los contratos individuales de trabajo.

Por el texto original del art. 12 LCT (ley 20.744, setiembre de 1974) *“será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción”*.

Jorge Rodríguez Mancini presentó su proyecto de reformas al citado dispositivo en julio de 1993 en los siguientes términos: *“los derechos reconocidos a los trabajadores por normas imperativas de la ley o de las convenciones colectivas no podrán ser objeto de renuncia, transacción o limitación por acuerdo de partes. Será nula de pleno*

⁶ Miguel Ángel MAZA “La esperada reforma del art. 212 LCT. Punto final a una etapa y propuesta de una nueva reforma”, en Compendio Jurídico Errepar N° 38, marzo 2010, pág. 220.

derecho toda convención en contrario ya sea celebrada al tiempo de celebración del contrato, de su ejecución o de su extinción con posterioridad a ello, salvo que se trate de un acuerdo realizado con intervención de la autoridad judicial o administrativa, o de la comisión paritaria creada por la convención colectiva. En estos casos, el órgano interviniente deberá dictar una resolución aprobando el acuerdo transaccional, conciliatorio o liberatorio” ⁷.

El 29/12/09 se publica en el B.O. la ley 26.574 que al texto original del art. 12 le agrega después de “*las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo*”; la presidenta de la Nación omitió promulgarla expresamente, quedando promulgada tácitamente en la fecha indicada.

III. Opiniones doctrinarias

La ley 26.574 se fundamenta principalmente en el voto de Rodolfo Capón Filas en la causa “Bariain, Narciso c/ Mercedes Benz S.A.” (CNTrab., Sala VI, 14/5/84), que resolvió: “*la influencia de la relación de dependencia sobre las decisiones del trabajador referente a la disponibilidad de sus derechos, considerando que debe partirse del principio que en una relación laboral, una de las partes está en condiciones de imponer su voluntad a la otra, y hay que interpretar restrictivamente los alcances de un consentimiento que puede no ser tal... para considerar carente de eficacia jurídica el consentimiento del trabajador prestado tácita o expresamente en un acuerdo, por lo tanto no se necesita la presencia de los vicios de la voluntad a los que se refiere el derecho civil, porque las relaciones no son iguales, y en virtud del principio de irrenunciabilidad del art. 12 LCT, priva de efectos a toda convención que importe una disponibilidad en perjuicio del dependiente o la renuncia a lo que acuerdan normas imperativas... nuestro país no ha elaborado un ‘derecho del trabajo de la crisis’, con base normativa que permita rever los alcances del*

⁷ Miguel Ángel MAZA, op. cit., pág. 220

orden público laboral, amén de ello, el trabajador por esencia es ajeno a los riesgos...”.

Dicha sentencia fue dejada sin efecto por la CSJN por considerar que *“arribó a una conclusión, con apoyo en consideraciones genéricas e insuficiente fundamentación del pronunciamiento impugnado, toda vez que el fallo se sustentó en pautas de excesiva latitud, que no conducen a una razonable interpretación del derecho aplicable. La decisión cuestionada debe ser descalificada en los términos de la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias (votos de Belluscio, Petracchi y Bacqué).*

No obstante el pronunciamiento de la Corte en la causa “Bariain”, Horacio de la Fuente reitera la doctrina de Capón Filas al sostener que *“la sentencia de grado rechazó el reclamo del actor en base que si bien tuvo por acreditada la rebaja de categoría y salarial sufrida por el actor en 1978, consideró que éste convalidó la modificación contractual al no haber ‘efectuado reclamo alguno’ que ‘equivale a una aceptación tácita de la situación’, produciéndose una **novación objetiva del contrato de trabajo** por mutuo consentimiento de modo tácito, por no reclamar en su momento la modificación contractual que lo perjudicaba... el acuerdo novatorio de las condiciones de trabajo resulta **nulo de nulidad absoluta en razón de que viola la normativa vigente y perjudica grave y notoriamente a Velazco, que no obtiene ningún beneficio o ventaja a cambio de la modificación contractual, que, en solo provecho del empleador, lo priva sin causa o razón alguna de derechos adquiridos y legítimamente incorporados a su patrimonio”.***

“El consentimiento posterior del trabajador, expreso o tácito, no produce efectos jurídicos, en tanto no se puede sanear o confirmar un acto de nulidad absoluta, la acción resulta imprescriptible, a pesar del tiempo transcurrido procede también declarar la nulidad de la disminución de categoría y remuneración dispuesta unilateralmente por el empleador en violación de la ley imperativa. Conforme a lo peticionado por el actor corresponde hacer lugar a las diferencias de haberes devengadas limitadas al periodo no prescripto por haber sido así reclamado en la demanda”⁸.

⁸ In re “Velazco, Héctor c/ Celulosa Jujuy S.A.”, 14/10/98, D.T. 1999-A-506.

Este criterio es ratificación de lo expuesto en una monografía publicada en 1986 donde De la Fuente concluye afirmando que *“la acción de nulidad es imprescriptible, el trabajador podrá promover la misma en el momento que lo desee, durante la relación laboral o después de concluida, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde que se celebró el acuerdo invalido. En cambio, las acciones de cumplimiento: pago de diferencias salariales, de daños, en cuanto persiguen la efectivización de ‘créditos provenientes de la relación individual de trabajo’, quedan comprendidas dentro del régimen prescriptivo general, por lo tanto se extinguirán si no se promueven dentro del plazo común de dos años (art. 256)”*⁹.

Para Maza, la reforma introducida por ley 26.574 *“es de aplicación inmediata a los contratos pendientes y opera sobre los actos que supriman o reduzcan derechos que se decidan o pacten a partir de la fecha señalada. Creo que el cambio legislativo no tiene un efecto directo sobre las reducciones efectuadas con anterioridad, sin perjuicio que la reforma proyectará efectos indirectos... celebro el paso adelante que significa al ley 26.574 para terminar con una situación como la existente que generaba el absurdo que la jurisprudencia estuviera dividida sobre el significado de una norma y, a la par, la usina de inseguridad jurídica que implicaba para las partes del contrato de trabajo”*¹⁰.

Discrepamos con el amigo jurista y magistrado por considerar que el debate no ha concluido, por el contrario se ha incrementado y continuará porque la reforma es incompleta, como lo reconoce dicho autor al propiciar *“una nueva y complementaria reforma legal, porque si el empleador no puede negociar el contrato de trabajo vigente para reducir los salarios y otros beneficios del trabajador, únicamente le quedará el camino de despedir, y ello no es bueno para los dependientes... ese argumento sólo es atendible cuando el empresario necesita real y efectivamente reducir los costos porque sufre una crisis no atribuible a su culpa, que pone en peligro la empresa y por con-*

⁹ HORACIO DE LA FUENTE, “Renuncia de derechos y modificaciones del contrato de trabajo”, LT XXXIV-A-10.

¹⁰ Miguel Ángel MAZA, op. cit., pág. 222.

*siguiente la fuente de empleos; además, si lo que propone es un plan de reducción de todos sus costos y no solamente la disminución de salarios, otorgando ventajas nuevas y quizás, futura a los trabajadores que sufrirán la disminución propuesta”*¹¹.

Ricardo Arturo Foglia, Luis Ramírez Bosco, Juan José Etala y Alejandro González Rossi (entre varios), consideran errónea la reforma de la ley 26.574.

Para Foglia, *“independientemente de la valoración que merezca el nuevo texto, cabe destacar que el mismo pone fin, en algún aspecto, a una vieja polémica jurisprudencial y doctrinaria, acerca de la posibilidad de renuncia total o parcial, de mejores derechos futuros respecto de los previstos en la LCT, estatutos profesionales, CCT o pactados en el contrato individual”*.

Para dicho autor, *“el texto del artículo reformado era claro y taxativo en cuanto no incluía en el ámbito de la irrenunciabilidad los mayores derechos emergentes del contrato de trabajo. La actual reforma parece convalidar que era el criterio legal hasta su vigencia”*.

“De esta manera pasan a ser irrenunciables no sólo los derechos devengados del contrato individual, esto es consumidos jurídicamente, sino también los que no se encuentran en tal situación, los derechos futuros, aquellos que surgen del propio contrato y aún no se han devengado, pero que de continuarse con el convenio se generarían por surgir del mismo. Quedan excluidos los derechos en expectativa, los hipotéticos o eventuales, porque su adquisición no es cierta por cuanto la existencia del derecho depende de una esperanza, la esperanza de llegar a ser titular del derecho de que se trata”.

“La autonomía de la voluntad queda limitada, en su real expresión, al acto por el cual se pactan las condiciones del contrato individual, que deben superar las fijadas en las normas legales o convencionales” .

“La reforma es cuestionable ya que, a diferencia de lo que sucedía antes de la misma, los artículos 7º y 12 LCT han quedado desarmonizados por cuanto, tratando ambos de la misma cuestión,

¹¹ Miguel Ángel MAZA, op. cit., pág. 223.

el segundo prevé un supuesto que el primero no contempla. Para mantener la coherencia legislativa, debió haberse reformado también el art. 7 LCT”.

“En cuanto al aspecto sociológico, quienes pactan contratos de trabajo con beneficios superiores a las leyes o CCT son los trabajadores jerarquizados, generalmente de alta dirección o con habilidades o conocimientos muy específicos y buscados en el mercado. La mayoría de los trabajadores hoy no cuenta con contratos individuales de trabajo. Con ello quiero señalar que la mayoría de los destinatarios de la reforma de la ley son los trabajadores que cuentan con beneficios muchos más amplios que el común de los dependientes”.

*Finalmente invita a reflexionar sobre lo que denomina “dirigismo contractual, cuya amplitud es frecuentemente confundida. El dirigismo contractual implica simplemente la facultad del Estado de influir en la esfera privada dirigiendo el contrato. La finalidad del dirigismo contractual es evitar un mal social grave; pero se transforma en autoritarismo cuando, en épocas de normalidad y respetando el orden público, restringe sine die las posibilidades creadoras de la voluntad jurídica libremente expresada. Al no haber libertad de contenido contractual considero que el agregado formulado vulnera innecesariamente otras garantías constitucionales (arts. 14, 17 y 19 C.N.)”*¹².

Luis Ramírez Bosco considera que hasta la reforma producida por la ley 26.574, el art. 12 “decía, por omisión o ‘a contrario’, los contratos laborales podían ser modificados también empeorando los derechos del trabajador, siempre y cuando la disminución no lo hiciese quedar por debajo de lo establecido en las normas legales o en las convenciones colectivas. Por alguna razón, desde siempre, aun antes de la LCT, se entendió que esto valía o se refería a los derechos futuros o no devengados, pero no para los ya devengados. O sea, la norma se aplicaba con un alcance más corto que su literatura, atendiéndose a la postura tradicional” .

“La protección laboral tiene como sentido y función asegurar o garantizar a ultranza que los derechos más necesarios de personas,

¹²Ricardo Arturo FOGLIA, “La reforma del artículo 12 LCT por ley 26.574 y la renuncia de derechos emergentes del contrato individual por el trabajador”, en TSS-2010-5 a 17.

con poca o ninguna capacidad de defensa autónoma o de gestión propia, sean efectivamente satisfechos”.

“Con su texto actual, el art. 12 LCT protegería a esos extraordinarios y tan problemáticos bonus de los directivos de bancos estadounidenses, pero acá con la nueva legislación se volverían de repetición obligatoria no susceptibles de renegociación peyorativa”.

En síntesis, la cuestión queda pendiente en abstracto o en teoría: si la in-negociabilidad de condiciones contractuales adquiridas sólo por contrato, cuando llega al punto de proteger a hiper suficientes, no violenta la libertad de contratar en cuanto la limita. El derecho del trabajo acota la libertad de contratar para casos en que el límite a ese derecho constitucional no va contrapesado por otro derecho (a la protección) que realmente tenga o socialmente se justifique reconocer a la otra parte del contrato ¹³.

Para Juan José Etala y Alejandro González Rossi *“esta modificación no es baladí, e implica un importante cambio en la interpretación y consecuencias de la norma, tomando parte por una interpretación doctrinaria que consideramos francamente minoritaria... los fundamentos para su modificación son meramente dogmáticos y no contienen justificativos de los fundamentos en que se sostiene la misma. La reforma trae una multitud de problemas indisolubles, amén de tratarse de una norma que no es conforme a la sistemática de la legislación laboral argentina, ni actual ni pasada.... la reforma tiene por norte una equivocada tesis que implicaría pensar que el principio de ‘progresividad’ en el Derecho del Trabajo es siempre un constante e inamovible mejoramiento de las condiciones laborales, lo cual puede entender en un plano social mundial o nacional en que se crea que existe un progreso constante en la humanidad, con solo observar la historia se advierte la sinrazón de dicho pensamiento, optimista y deseable pero falso y poco acorde con la realidad... la decisión extrema del mismo no fue entendida como la más justa ni adecuada a la legislación”* ¹⁴.

¹³Luis RAMÍREZ BOSCO, “La reforma del artículo 12 LCT. Irrenunciabilidad”, revista TSS-2010-321 a 325.

¹⁴Juan José ETALA y Alejandro GONZÁLEZ ROSSI, “La reforma al art. 12 LCT. La petrificación de las condiciones laborales en el derecho del trabajo argentino y sus consecuencias”, D.T. 2010-A-268.

Adrián Goldin estima que por el ordenamiento legal vigente, los beneficios otorgados al trabajador por encima de los mínimos establecidos por la normativa laboral, no se encuentran alcanzados por el principio de irrenunciabilidad. *“A la vista de un régimen de estabilidad impropia, es dudoso que pueda ser atractivo o conveniente un rumbo legislativo distinto. Excluida la posibilidad de modificar el contrato, el destino de todas aquellas relaciones de trabajo que ante nuevas circunstancias se demuestren técnica o económicamente inviables si no se les adecua, será inevitablemente el de su aniquilación. El ordenamiento estará prohiendo tendencias extintivas, en las que una concepción extremosa del principio protectorio, operarí destructivamente sobre el principio de conservación del contrato de trabajo, siendo que el mismo reconoce definida inspiración en aquél”*¹⁵.

Miguel Ángel Maza propicia, en una futura reforma, adicionar a la reforma de la ley 26.574 el siguiente texto: *“Será nula toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, o las convenciones colectivas, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. Los derechos que se hayan pactado entre el trabajador y el empleador o que éste haya reconocido unilateralmente, o que, proviniendo de otras fuentes, superen a los establecidos en las leyes y las convenciones colectivas, no podrán ser renunciados a título gratuito por el trabajador ni alterados por actos del empleador. Estos derechos sólo podrán ser objeto de negocios dispositivos cuando circunstancias excepcionales lo hagan prescindible para la perdurabilidad de la empresa empleadora y de los puestos de trabajo, que no se deban a negligencia ni imprudencia empresarial, y requerirán homologación judicial en trámite iniciado a instancias del empleador.*

En estos casos podrán disponerse, a título oneroso, exclusivamente los derechos que hubieran sido pactados entre las partes del contrato de trabajo o por el empleador en forma unilateral, otorgándose al dependiente una compensación adecuada a fin de mantener una razonable equivalencia de las prestaciones contractuales. A tal fin, el empleador deberá solicitar, ante los tribunales del traba-

¹⁵ Adrián GOLDIN, op. cit., pág. 19.

jo correspondientes al domicilio de trabajo del dependiente o de los dependientes a afectar, la apertura de actuaciones en las que explicará claramente en qué consisten las circunstancias excepcionales que pongan en riesgo la continuidad de la empresa y de los puestos de trabajo sin negligencia ni imprudencia de su parte; exponer qué medidas propone para solucionar la crisis, en particular las que se relacionen con los trabajadores, explicitando la funcionalidad que tendrán las medidas solicitadas en ese plan; la duración estimada de la dificultad empresarial y la consecuente extensión material y temporal de los cambios propuestos sobre los derechos laborales. En la misma presentación deberá ofrecer la prueba de que intente valerse para acreditar todos los extremos que invoque.

El juez o tribunal interviniente dará traslado al trabajador o trabajadores afectados por el plazo de diez días, quien o quienes deberán ofrecer la prueba respectiva, pudiendo actuar en litisconsorcio pasivo sin limitación en el número de trabajadores.

El juez o tribunal no admitirá la solicitud si la crisis no surge acreditada de prueba contable y registral ni autorizará, en ningún caso, medidas que afecten sólo y exclusivamente los beneficios de los trabajadores.

Si el juez o tribunal considera procedente la solicitud empresarial podrá autorizar las medidas solicitadas, intentar la conciliación a fin de que las partes alcancen acuerdos sobre las medidas a implementar o, en última instancia, establecer los cambios que estime imprescindibles y adecuados en los contratos de trabajo, fijando la extensión temporal de tales modificaciones y las contraprestaciones actuales o futuras a recibir por los trabajadores afectados. En este último supuesto la parte empresarial podrá desistir, con costas en el orden causado, si no acepta las condiciones establecidas por el juez o tribunal.

Cuando el juez o tribunal autorice los cambios planteados por el empleador o las partes hayan alcanzado un acuerdo que sea considerado equitativo y razonable a los fines de esta norma, sin afectar los derechos de orden público, deberá ser objeto de homologación judicial que gozará de los atributos de la cosa juzgada”¹⁶.

¹⁶ Miguel Ángel MAZA, op. cit., págs. 25 a 227.

IV. La doctrina judicial

Para Ricardo Guibourg, nada obsta para que las partes modifiquen hacia el futuro las condiciones inicialmente pactadas, siempre que ello no implique derogar los mínimos establecidos por las leyes o convenios aplicables.

Bernardo Lazarte considera que en las vinculaciones laborales no existe igualdad en el poder negociador de las partes, la voluntad del empleador está en condiciones de imponerse a la del trabajador. Todo acuerdo que modifique el contrato en perjuicio del trabajador debe requerir la homologación judicial o administrativa, en los términos del art. 15 LCT, para concluir que fue libremente querido y no existió lesión al trabajador.

Antonio Vázquez Vialard, en el mismo proceso sentenció: la negociación para el futuro de condiciones contractuales menos favorables para el trabajador no implica una renuncia sino un nuevo trato; es plenamente válido en cuanto no se afecte el llamado orden público laboral, ni puede ser atacada en virtud de un vicio de consentimiento o de la justicia que siempre debe darse en la relación, en cuanto se refiere a la paridad de los cambios (lesión subjetiva); la prueba del o de los hechos que le quitan validez al negocio jurídico está a cargo de quien los invoca, siendo apreciados por el juez en atención a las particularidades del caso con esmerada prudencia; por el solo hecho que se trata de un trabajador no puede considerarse que se den los presupuestos necesarios para acreditar un estado de necesidad, de inferioridad, de temor reverencial, etc., que de suyo posibilitan tener por acreditada la falta de una voluntad libremente ejercida; la disminución en perjuicio del trabajador de las condiciones pactadas hacia el futuro, no significa que su decisión, exteriorizada en forma explícita o implícita, esté viciada por esa sola circunstancia; el juez no debe actuar como tutor, su función es la decidir contiendas y no la de resolver qué era lo más conveniente para una de las partes ¹⁷.

Para la SCBA, nada impide al empleado aceptar un cambio de funciones mientras no se demuestre que con dicha modificación se hubiera incurrido en la alteración de principios irrenunciables por el trabajador, al

¹⁷“Casteran, Gustavo Adolfo y otro c/ Raña, Veloso Raúl”, Sala III, CNAT, 30/8/85.

extremo de llegarse a suprimir o reducir los derechos emergentes de la ley y las otras fuentes del derecho del trabajo; debe interpretarse que el empleado admitió el cambio de funciones y la remuneración correspondiente a su nueva tarea, que no incluía el adicional por comisiones que devengaba en las anteriores labores, si la nueva situación se mantuvo por varios años, sin que mediara impugnación del actor en tiempo oportuno, circunstancia que implica una forma de comportamiento inequívoco a favor de la aceptación de la modificación de las condiciones contractuales, en cuanto a sus funciones y remuneraciones asignadas a las mismas (art. 58 *in fine* LCT); el trabajador que admitió el cambio de tareas dejando de cobrar el plus retributivo que devengaba por sus anteriores funciones, al continuar el vínculo en las nuevas condiciones contractuales, sólo tiene derecho a percibir la remuneración fijada para aquellas en las cuales efectivamente prestó servicios, máxime cuando no significó establecer condiciones menos favorables que las impuestas por el orden público laboral, sin transgredir el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador ¹⁸.

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Córdoba tuvo oportunidad de resolver los cuestionamientos que efectuaran a los acuerdos celebrados entre el SMATA y Renault Argentina S.A., en virtud del cual el actor -junto a más de 800 trabajadores- se desvincularon de la mencionada automotriz. En la causa no se acreditó que existieran los vicios lógicos o apartamientos legales denunciados, que fueron analizados por el juzgador. En efecto, en la sentencia se analizó el contexto en que acaeció la ruptura del vínculo laboral (procedimiento preventivo de crisis iniciado por Renault; asamblea del personal; propuesta del sindicato a la Secretaría de Trabajo Provincial que se plasmó en un convenio; intervención de delegados y miembros de la comisión interna acompañados por abogados; la posterior ratificación individual del actor que fue homologada) y concluyó que la empresa siguió el curso legal que culminó en una de las formas previstas por la normativa: acuerdo con efectos de convenio colectivo de trabajo; si bien la propuesta inicial fue abonar las indemnizaciones del art. 247 LCT, en definitiva se acordó una gratificación equivalente al

¹⁸ “Beretta, Salvador A. c/ Drago, Verterá y Cía. S.A.”, Sent. del 31/7/84, publicada en TSS 1985-123.

art. 245 LCT. Frente a ello, el impugnante no acreditó que se haya vulnerado el principio de irrenunciabilidad (art. 12 LCT) o apartarse del art. 7º LCT -condiciones menos favorables- la situación imperante determinó las posturas asumidas por las partes para solucionar los conflictos que se suscitaban por lo que no resultó irrisorio lo convenido, se trataba del destino de 850 trabajadores. Por otra parte, no tiene importancia dirimente que la causal de ruptura invocada oportunamente fuera la del art. 241 LCT -1º. acta-, así como sus argumentaciones en orden a la violación de principios forales por las ‘renuncias futuras’ si aquella mutó a la prevista en el art. 247 íb., en definitiva, no demuestra perjuicio económico frente a lo acordado en concepto de ‘gratificación’ (equivalente a la indemnización del art. 245 LCT + abono de \$400 durante los 12 meses de suspensión)”. Aspecto que también torna infundada la inobservancia del art. 954 C.C. por no verificarse su “elemento objetivo. Tampoco surge la inobservancia del orden de prelación previsto en el art. 247 LCT porque no se verifica el supuesto para su aplicación -se desvinculó a la totalidad de los dependientes de esas líneas de producción-. Ni el desconocimiento de los arts. 17 y 81 LCT -trato igualitario / discriminación- en tanto la comparación resulta de trabajadores administrativos ajenos al acuerdo en crisis”¹⁹.

Recientemente el mismo tribunal ratifica la doctrina precedente, en un proceso donde la demandada es condenada a pagar diferencias derivadas de un acuerdo de rebaja salarial homologado en sede administrativa, y el cuestionamiento acontece después de siete años de la homologación del convenio entre empleador y trabajadores, respetando los mínimos inderogables, no es posible la revisión de la cosa juzgada administrativa, porque se tornaría ilusoria la posibilidad de negociar en el ámbito laboral, soslayando una herramienta cuyo valor adquiere suma importancia frente a los avances tecnológicos y la consiguiente disminución de la necesidad de mano de obra, la dinámica económica imbricada en las relaciones globalizadas y de constantes crisis con efectos de largo alcance, conduce a buscar alternativas para mantener las fuentes de trabajo, este es el argumento que respaldó el acuerdo, la

¹⁹ *In Re* “Chocobares, Hugo Roberto c/ Renault Argentina S.A.”, Sent. N° 140, 15/10/00; “Heredia, Héctor Oscar c/ Renault Argentina S.A.”, Sent. N° 141, 15/10/08 (Expte. N° 10689/37). En el mismo sentido Sala IV, “Paz Belidoro c/ Renault”; Sala IX en “Autiello, Mario c/ Renault”.

justificación brindada por el *a quo* no aparece razonable para descalificarlo; el fundamento del principio de irrenunciabilidad se identifica con el orden público laboral, pero debe ser apreciado en concreto, so riesgo de lesionar la seguridad jurídica. Si la voluntad de los actores se expresó en el marco de garantías que ofrece la autoridad administrativa, la situación encuadra en una hipótesis especialmente prevista por la legislación (art. 15 LCT), dicho supuesto normativo constituye una excepción a aquel principio en tanto permite, bajo ciertas condiciones, los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios, no se advierte que en esta causa se hayan avasallado las facultades de los trabajadores para alcanzar una negociación conveniente. En efecto: es dable considerar el compromiso de la empleadora de conservarles el puesto de trabajo como una concesión recíproca frente a la renuncia de los actores a percibir sus haberes sin la disminución de su valor; hay que recordar la recesión económica que afectó tanto al Estado Nacional como al Provincial en el año 1995, desencadenada principalmente por factores externos como el llamado “efecto tequila”, a raíz de la devaluación de la moneda mexicana, que indudablemente repercutió negativamente en los índices de desocupación del momento; que la reducción de haberes no resulte querida, ni buscada, sino aceptada como un mal menor ante una eventualidad de cierre del establecimiento y pérdida de trabajo, significa que los subordinados aceptaron la novación del contrato por el peso y la fuerza de las circunstancias; no se probaron las amenazas o coacción bajo la cual alegan haberla suscripto, la crítica a la intervención del Ministerio de Trabajo tampoco es tempestiva, no resulta factible cuestionar, menos los aspectos formales de un convenio tanto tiempo después; toda vez que ello se traduce en un obrar anárquico que desconoce el andamiaje jurídico en el que se asientan las instituciones; los actores no demostraron haber realizado reclamos verbales mientras duró la relación laboral, que finalizó por acogerse a los beneficios de la jubilación conforme los haberes pactados; no es decisivo que la empleadora hubiese efectuado mejoras en su establecimiento para recuperar la competitividad, vuelve a tener importancia el contexto histórico en orden a la paridad cambiaria que reinaba pues perjudicó al mercado turístico interno, la conclusión que se adopta no está afectada por la reciente reforma legislativa -ley 26.574- al art. 12 LCT con la expresión “o los contratos individuales de trabajo”. Naturalmente, la nueva redacción de la norma que consagra el principio de irrenuncia-

bilidad no estaba vigente al momento de arribarse a la transacción que ahora se pretende impugnar; pese a las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que se sostuvieron al respecto, en estos obrados se asigna valor a lo convenido entre las partes ya que conforme la época en que se llevó a cabo la reducción como el devenir salarial posterior, no se afectó el núcleo sustancial de las remuneraciones en juego, todo ello según las exigencias normativas que así lo estipulan (art. 15 LCT). Se admite el recurso y anula el pronunciamiento rechazando de la demanda ²⁰.

V. Nuestra posición

Los adicionales, bonificaciones o premios pueden ser establecidos por decisión unilateral del empleador o por acuerdo de partes. Se podrán revocar si se cumplen los siguientes recaudos, pero nunca podrá disminuir lo dispuesto por la ley, CCT o normas de orden público laboral que son los mínimos irrenunciables, es decir no están disponibles para las partes:

1º. Decisión unilateral del empleador: Supuesto no previsto en el art. 12 LCT, porque nace por resolución directa del empleador, extraño a la voluntad del dependiente; es factible revocar la decisión si al implementarlo -ante la autoridad administrativa del trabajo para mayor seguridad- expresamente el empleador lo condicionó, notificando al trabajador que se reserva el derecho de reducirlo, suspenderlo o suprimirlo, no constituyendo derecho adquirido, ni generando derecho a una indemnización; en otros términos, se advierte al dependiente que “*no deberá gastar a cuenta*”, porque desconoce si el empleador mantendrá el beneficio.

2º. Por acuerdo de partes: Hipótesis prevista en el art. 12 LCT. Los derechos reconocidos a los trabajadores por normas imperativas de la ley o de las convenciones colectivas, no podrán ser objeto de renuncia, transacción o limitación por acuerdo de partes, por lo tanto será nula de pleno derecho toda convención en contrario ya sea al tiempo de celebra-

²⁰“Doitcheff, Juana y otros c/ Asociación Colonia de Vacaciones del Personal del Banco Provincia de Buenos Aires” (Expte. N° 8566/37), Sent. N° 76, 12/8/10.

ción del contrato, de su ejecución, de su extinción o con posterioridad a ello. El acuerdo será conforme a derecho si es realizado con intervención administrativa o judicial, o de la comisión paritaria creada por CCT, los trabajadores deberán estar acompañados y asesorados por profesionales y/o representantes sindicales. El órgano que interviene deberá dictar una resolución fundada bajo pena de nulidad, aprobando el acuerdo transaccional, conciliatorio o liberatorio, hará constar las partes, el rol que cumplieron, y que los trabajadores lo firmaron con discernimiento, intención y libertad, describiendo las circunstancias objetivas y excepcionales que lo torne imprescindible para la perdurabilidad de la empleadora y de los puestos de trabajo, no se deban a negligencia ni imprudencia empresarial, y el dependiente obtenga una compensación adecuada a fin de mantener una razonable equivalencia de las prestaciones contractuales.

VI. Lo privado a lo público

La reforma “al doce” de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) introduce una carta poderosa para los derechos individuales del trabajador de fuente contractual. La norma autoriza a declarar nula toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en “los contratos individuales de trabajo”, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de los derechos provenientes de su extinción. La irrenunciabilidad a los derechos imperativamente concedidos por la ley o surgidos de los estatutos profesionales o convenios colectivos de trabajo alcanza, además, a los que emerjan del contrato de trabajo individual²¹. En suma, lo acordado de modo privado ingresa en la esfera del orden público.

Algunas voces en la doctrina concluyen que en el nuevo escenario normativo de las relaciones laborales, se ha elevado la irrenunciabilidad a un valor absoluto, un fin en sí mismo²² con la introducción de una mayor

²¹ Con la anterior redacción de la norma, “[...] sólo eran irrenunciables para ese precepto legal los derechos aún no devengados de fuente imperativa y de orden público”. Miguel Ángel MAZA, *La irrenunciabilidad de los créditos laborales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 300.

²² Miguel Ángel MAZA, op. cit., pág. 308.

rigidez del contrato de trabajo ²³ que cancela aparentemente un largo debate interpretativo ²⁴ que provocó un estado de cosas incierto en la doctrina y en la jurisprudencia ²⁵. La reforma viene a conjurar esta incertidumbre, pues ahora se cuenta con un dispositivo que provoca previsibilidad y seguridad jurídica ²⁶.

VII. Valoraciones y algo más

Mi tesis, quién sabe simple, es que lo que está detrás de un aparente problema conceptual en torno a la “irrenunciabilidad” tiene que ver más con decisiones valorativas ²⁷ en relación con el alcance de la “protec-

²³ Juan José ETALA (h) y Alejandro GONZÁLEZ ROSSI, “La reforma al art. 12 LCT. La petrificación de las condiciones laborales en el derecho del trabajo argentino y sus consecuencias” (D.T. año LXX, N° 2, febrero 2010, pág. 271).

²⁴ Gabriela S. CRUZ DEVOTO, “Los alcances de la irrenunciabilidad laboral ¿El fin de un largo debate?” (D.T., año LXX, N° 2, febrero 2010, págs. 273, 277). Edder Hernán PIAZZA, “¿Es jurídicamente eficaz la modificación peyorativa de los salarios? Los acuerdos individuales de modificación salarial a la luz del nuevo artículo 12, de la Ley de Contrato de Trabajo” en Revista de Derecho Laboral Actualidad, Boletín de Información mensual del mes de junio de 2010. Julio Armando GRISOLÍA - Ricardo Diego HIERREZUELO, “La nueva regulación del art. 12 de la LC T”, Boletín de la SADL. http://www.laboral.org.ar/Novidades_Legislativas/Ley_26_574_BO_del_29_12_2009_ley_26_574_bo_del_29_12_2009_.html, viernes, 30 de julio de 2010, 6:06 p. m.

²⁵ Agustín A. GUERRERO, “... Y la reforma del art. 12 de la LCT no fue suficiente” (D.T. año LXX, N° 2, junio 2010, pág. 1410).

²⁶ “Esta reforma ‘es sumamente positiva ya que cierra una discusión de muchos años, otorgando previsibilidad y por ende seguridad jurídica’, según lo señaló el abogado Carlos Lescano Zurro en la edición de Comercio y Justicia de este martes”. <http://www.comercioyjusticia.com.ar/2010/05/13/avanza-en-el-congreso-la-actualizacion-de-la-ley-laboral-lct/>, jueves, 29 de julio 2010, 4:40 p. m. “De esta manera queda zanjada la discusión, tanto trabajadores como empleadores pueden tener certeza de cuáles son las consecuencias jurídicas que le tocan a los actos -da seguridad jurídica- y se da efectiva protección a los derechos del trabajador”. Entrevista a Héctor Recalde en: <http://www.eleve.com.ar/Toda-reforma-a-la-Ley-de-Contrato-de-Trabajo-o-a-cualquier-normativa-laboral-genera-siempre-controversias.html>, jueves, 29 de julio 2010, 4:54 p. m.

²⁷ Una decisión valorativa es una acción mental a partir del sistema de pensamiento (criterios, creencias, actitudes) de un intérprete que conoce y decide en relación a algún

ción” que las leyes deberían garantizar a los trabajadores a la hora de tomar decisiones prácticas. En otras palabras, sostengo que las discusiones en torno al concepto de “irrenunciabilidad” están en función de la elección y configuración de las propiedades relevantes que caracterizan el límite a la autonomía de la voluntad del sujeto de protección. Según se decida y conozca un coto vedado a la voluntad contractual de las partes en el contrato de trabajo, serán los diferentes modos de entender la “irrenunciabilidad”.

Finalmente, insistiré en que la textura abierta del conjunto “contratos individuales de trabajo”, que sirve en uno de sus sentidos para señalar en el sistema normativo jurídico un complejo de derechos y obligaciones, permite describir²⁸ un continuo de modelos que sirven para calificar un coto de protección. Este va desde “casos claros o típicos” a “casos de duda” en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que las reglas del sistema jurídico hagan posible la caracterización de lo que comprende la irrenunciabilidad.

VIII ¿De qué estamos hablando?

El concepto de “irrenunciabilidad” identifica a partir de un sistema normativo jurídico una esfera o coto vedado de acciones u omisiones para

segmento de la realidad. “[...] la aplicación del estándar involucra juicios valorativos no siempre conscientes ni explícitos, en los que subyacen consideraciones morales que con frecuencia se presentan como verdades evidentes, excluidas de todo cuestionamiento o decisión”. Silvia DÍAZ, “Principio de irrenunciabilidad. Un debate inconcluso, una problemática insoluble” en Gabriel TOSTO (director de la colección), *Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo*, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2007, pág. 411.

²⁸ “Toda descripción contiene actos valorativos; no sólo porque implica decisiones acerca del recorte del segmento de realidad a describir y del modo en que haya de trazarse su modelo descriptivo, sino también porque todos los instrumentos que empleamos para la descripción dependen, en última instancia, de decisiones metodológicas (principios metafísicos o epistemológicos) en las que escogemos una alternativa entre otras por el valor que le atribuimos de acuerdo a nuestra preferencia” (Ricardo GUIBOURG, “Los conceptos jurídicos fundamentales en la teoría pura del derecho” en *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, pág. 103).

asignar derechos y obligaciones en una cierta relación jurídica con ciertas consecuencias también jurídicas para así tomar decisiones prácticas. Tomar una decisión práctica significa hacer una imputación, esto es, atribuir normativamente consecuencias a una condición. Si esa consecuencia es una sanción, la conducta estará prohibida. La prohibición, la permisón y la obligación son consecuencias de la imputación. La acción u omisión requiere de un agente. El carácter sinalagmático de ciertas relaciones jurídicas, como el contrato de trabajo, remite a que se entienda por derecho de una de las partes (trabajador o empleador) el beneficio de una obligación de la otra (trabajador o empleador). Lo inverso vale. La “irrenunciabilidad” pone, con base en el sistema jurídico, un límite a la autonomía de la voluntad del sujeto de protección, un coto vedado a la voluntad contractual de las partes en el contrato de trabajo. Aquí, en principio, no hay discusión. Ahora, cómo se identifican los límites y qué contenido para ese *coto vedado* es el *quid* de la cuestión! Un asunto distinto es discutir si debe el sistema jurídico consagrar o no un espacio contractual vedado a la voluntad de las partes en el contrato de trabajo. Hasta donde conocemos, no hay autor en la doctrina laboral que postule la derogación *sin más* de la irrenunciabilidad.

IX. Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad

Es posible establecer una cierta relación entre justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad. Si se deja de lado la fuerte carga emotiva de los términos precedentes es posible estipular, para entendernos, cierto uso que podemos hacer de ellos.

La justicia social, en uno de sus sentidos, es una cualidad de las instituciones políticas ²⁹, un valor de la estructura básica de la sociedad

²⁹Para un análisis de “justicia social” como concepto jurídico indeterminado consultar: Ricardo SECO, *Algunas aproximaciones al concepto jurídico indeterminado “justicia social”*, en prensa, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Córdoba, Cátedra “B” de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “P. Alberto Hurtado, S.J.”, Informe final de investigación 2007-2009. Juez laboral & Ley laboral: Identificación, interpretación y

(constitución política y principales disposiciones económicas y sociales). Las estructuras básicas de la sociedad están reguladas, mínimamente, por el derecho. John Rawls entiende por *concepto de justicia social*, cuyo objeto primario es la estructura básica de la sociedad, al balance apropiado entre reclamos competitivos y principios que asignan derechos y obligaciones y definen una división adecuada de las ventajas y desventajas sociales y por *concepciones de justicia social* las interpretaciones del concepto, qué principios determinan el balance, qué asignación de derechos y obligaciones y la división de las ventajas y desventajas sociales³⁰. El concepto de justicia tiene las siguientes características: a) valor inter subjetivo; b) asignación de derechos y obligaciones; c) beneficios y cargas y d) se satisface o se frustra con independencia de las intenciones del agente.

Las interpretaciones del concepto de justicia social (las concepciones) se desprenden del modo de relacionar el valor justicia social con otros valores³¹. Aquí elegiré el bienestar colectivo, la autonomía individual y la igualdad³². Si las relaciones entre justicia y estos valores, son *externos a la justicia* la satisfacción no implica necesariamente un estado de cosas más justo. En la interpretación liberal al estilo de J. Rawls el respeto a la autonomía individual no hace necesariamente justa a la sociedad. Diferente es la concepción de R. Nozick o libertaria: sólo es justa aquella sociedad que consagre un estado mínimo (seguridad, administración de justicia y libre mercado)³³. La satisfacción de la igualdad o la

aplicación de los principios jurídicos y normas de contenido indeterminado en materia laboral. Justicia social, equidad y buena fe, norma favorable y valoración prudencial de la injuria. Grupo de investigación: Patricia M. LEDESMA DE FUSTER, Ricardo FRANCISCO SECO, Gabriel TOSTO.

³⁰ John RAWLS, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, págs. 19-28.

³¹ Carlos NINO, "Justicia", en AA.VV., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, págs. 467-480.

³² Para un mayor desarrollo: Gabriel TOSTO, "Justicia social y derecho laboral: una relación problemática. Comentario al art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo", *Semanario Jurídico, Laboral y previsional*, L-VI, julio 2010, págs. 161-172.

³³ Robert NOZICK, *Anarquía, Estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

felicidad colectiva -utilitarismo- también hacen necesariamente más justo el estado de cosas sociales. En las concepciones libertaria, utilitarista ³⁴ e igualitaria ³⁵ la relación de los valores (libertad, utilidad, igualdad) es *interna a la justicia* la satisfacción sí parece ir en beneficio del valor justicia ³⁶.

En relación con el principio de protección es posible hacer el siguiente análisis: se lo identifica de consuno en el art. 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina que reza: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la *protección* de las leyes [...]”.

En el lenguaje ordinario “protección” remite a un concepto valorativo, pues presupone la determinación previa de lo que debe ser considerado apreciado. Se lo usa para formular juicios de valor, pues implica alguna clase de aprobación o desaprobación. Tiene un uso secundario para describir un cierto estado de cosas.

Nos interesa proponer que el principio de protección, como concepto valorativo, reconoce controversias al reflejar la característica de expresar, a la vez, un criterio normativo. La doctrina acuerda en la normatividad (obliga, faculta, prohíbe) del principio pero disiente acerca del contenido específico ³⁷. Es que los desacuerdos en orden al contenido específico de

³⁴Roberto GARGARELLA, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Barcelona, Paidós, 1999, pág. 22. Confrontar: http://symploke.trujaman.org/index.php?title=Jerem%EDas_Bentham; Will YMLICKA, “Utilitarismo”, en *Filosofía política contemporánea*, Barcelona, Ariel, 1995, págs. 21-62 y Jeremy BENTHAM, *Los principios de la moral y la legislación*, Buenos Aires, Claridad, 2008, p. 11.

³⁵Para un análisis se puede consultar: Gabriel TOSTO, “Philippe Van Parijs: Una invitación a ir y venir entre los principios de justicia y sus implicancias” en Revista del Equipo Federal del Trabajo, N° 36, Sección Foro de Estudios Filosóficos.

³⁶Carlos NINO, op. cit., págs. 467-480.

³⁷Es casi tan vacío como “No hacer daño a otro”. Expr. lat. que se usa en jurisprudencia. *Magister. Novísima Enciclopedia Ilustrada*, Buenos Aires, Sopena, 1970, t. 2, pág. 1599. “No hacer daño a otro” es una expresión vacía, pues deja al intérprete la determinación de qué clase de desagrado o frustración ha de llamarse daño y cuándo está dispuesto a afirmar que puede o no debe causarse (Ricardo GUIBOURG, “Lo bueno y lo malo”, en *La construcción del pensamiento*, Buenos Aires, Colihue, 2004, pág. 122). Qué “protección” deben gozar los trabajadores a través de las leyes deja al intérprete la determinación de qué estado de cosas debe considerarse valioso o apreciado y qué clase de acciones deben recibir aprobación o desaprobación y en qué grado.

lo que comprende al “principio de protección” darán forma específica a las discusiones acerca de su significado. Las concepciones que compiten para determinar los criterios específicos del contenido de la protección en su aplicación, que por manda constitucional debe lucir en las leyes, son, en nuestra opinión actual, tres:

Protección *clásica*. En esta concepción se exhibe con fuerza la noción de imperio de la ley laboral que tensiona resistiendo, en alguna medida, al discurso de los principios. Propone un espacio para la autonomía contractual y postula un derecho laboral de mínimos y máximos con una ampliación del coto vedado a la negociación de las partes.

Protección *garantista*. Aquí se recepta la relevancia limitada del discurso de los principios (morales o políticos) a través de la recepción de la normativa internacional de derechos humanos (constitucionalismo social, OIT, tratados internacionales) que le da un nuevo rostro a la ley laboral que cede su preeminencia en homenaje a los derechos fundamentales que se identifican en el derecho internacional del trabajo³⁸.

Protección *moralista*. Este modo de ver los conflictos laborales y sus diseños institucionales recepta la relevancia plena del discurso moral y político al momento de establecer la calificación normativa de una acción o el diseño institucional de las leyes. Ello provoca un resultado que será acorde con las teorías morales y políticas que compiten argumentativamente (utilitarista, liberal, libertaria e igualitarista).

En el diseño de las instituciones del derecho del trabajo (las leyes y las prácticas), como también en la jurisprudencia y la doctrina, la disputa de estas concepciones (clásica, garantista y moralista) configura el prólogo silencioso de lo que cuenta *de hecho* para decidir un caso judicial laboral o un diseño institucional y que concretan, en un específico criterio de aplicación, el contenido del principio de protección.

³⁸ “[...] en una segunda etapa del pensamiento social y de la evolución de nuestra sociedad, marcada por el constitucionalismo social, por los tratados internacionales y por las normas, recomendaciones y convenios de la OIT, ese mismo Estado y la sociedad argentina advierten y reconocen que por la misma razón inicial el trabajador tampoco puede mantener otros derechos no básicos y sienten el mismo desvelo y preocupación ante la posibilidad de que los trabajadores dependientes puedan perder esos derechos, casi tan valiosos como aquellos otros de carácter elemental [...]” (Miguel Ángel MAZA, op. cit., pág. 306).

De igual modo, es posible distinguir un concepto de irrenunciabilidad y diversas concepciones de ésta, que coinciden de modo aproximado con las distinciones precedentemente expuestas. Estas discusiones se elaboraron en vista a la antigua redacción del “doce”³⁹. Sin embargo, estimo que pervivirán a la hora de la determinación de lo que se entienda por derechos previstos en “los contratos individuales de trabajo”.

La *concepción clásica de la irrenunciabilidad* postulaba una intervención mínima de la ley con un amplio margen para la autonomía de la voluntad. Sólo eran irrenunciables los derechos provenientes de normas imperativas, por encima de las cuales renacía la autonomía de la voluntad para renunciar, pactar o transar. Las partes podían acordar libremente disminuciones o supresiones de derechos, en tanto no se afectaran los mínimos o máximos inderogables. Los acuerdos eran válidos salvo que se acreditara la ausencia de voluntad, por vicios del consentimiento o lesión subjetiva. Una especie de esta concepción, consideraba que todo acuerdo peyorativo debía reputarse viciado, salvo prueba en contrario que debía ser debidamente acreditada por el empleador que pretendía hacer valer dicho acuerdo. Invertía la carga de la prueba de la existencia de autonomía de la voluntad del trabajador.

La *concepción robusta de la irrenunciabilidad* propiciaba una disminución fuerte de la autonomía de la voluntad de las partes para el acceso al coto a través del libre acuerdo de los contratantes. Los alcances del “doce” no debían limitarse a las fuentes jurídicas expresamente referidas en la norma, sino extenderlos a todas las prescriptas por el art. 1º de la LCT: la voluntad de las partes. La irrenunciabilidad no debía limitarse a las normas imperativas, debía alcanzar a los derechos emergentes del contrato de trabajo.

Una *tercera concepción* introdujo una distinción en el nivel de intervención legal y libre acceso al acuerdo de voluntades que se denominó sustracción normativa de contenidos. Todos los derechos son irrenunciables (no podían ser abdicados a cambio de nada) pero los correspondientes al orden público laboral (ley, estatuto y convenio colectivo), además, son indisponibles (no pueden ser negociados ni a cambio de una

³⁹ Sigo aquí el esquema tradicional de presentar el problema interpretativo propuesto por Julio Armando GRISOLÍA y Ricardo Diego HIERREZUELO, op. cit.

contraprestación). Los mayores derechos pactados en el contrato individual son disponibles: el trabajador podía reducirlos o suprimirlos a cambio de otro beneficio ⁴⁰.

De modo exploratorio es posible establecer entonces que la concepción clásica de la irrenunciabilidad se correlaciona con una interpretación del principio de protección también clásica y una concepción de la justicia social al estilo de J. Rawls. La concepción robusta de la irrenunciabilidad tiene un aire fuertemente igualitario. No hay que olvidar que las desigualdades que crea la ley de contrato de trabajo a favor del trabajador se entienden como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación. La carta fuerte a favor del derecho individual del trabajador de fuente contractual pone otro límite igualmente fuerte a la libertad del empleador de darle el contenido que prefiera a la contratación, se emparejan libertades ampliando una y restringiendo otra ⁴¹. Finalmente, las distinciones efectuadas por la tercera concepción de la irrenunciabilidad se ajustan a una protección garantista que permitía un espacio al acuerdo de voluntades por encima de los mínimos inderogables y daba también lugar a la posibilidad de ajustar el estándar del contrato de trabajo con base en criterios de utilidad en tanto se respetaran los derechos básicos. En suma, la intensidad de la irrenunciabilidad depende de una concepción del principio de protección que a la vez se relaciona con una concepción

⁴⁰Esta concepción distingue a partir del sistema normativo jurídico civil la “renuncia”, del “contrato a título oneroso” de la “transacción” (Eduardo O. ÁLVAREZ, “Autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos”, DT 1988-A, p 891). Igualmente: Juan José ETALA (h) y Alejandro GONZÁLEZ ROSSI, op. cit., pág. 269.

⁴¹En esta conclusión está presupuesto el menor poder de negociación del trabajador por la denominada “dependencia”. La expresión “dependencia” se usa en la doctrina y la jurisprudencia de distintos modos: descriptivo y normativo. En algunas oportunidades para describir cierta relación de hecho de poder asimétrico en la que se identifica como propiedad la dominación o capacidad de influencia efectiva en la conducta del trabajador por parte del empleador: el trabajador está sujeto al poder del empleador. En otras, remite a cuestiones normativas, destacándose las propiedades de las definiciones de “trabajo”, “contrato de trabajo”, “relación de trabajo”, “trabajador” y “empleador” (arts. 4º, 5º, 21, 22, 25 y 26 LCT). Finalmente, la doctrina, a través de otras notas relevantes también habla de la “dependencia jurídica”, “dependencia técnica” y “dependencia económica”. Los usos suelen aparecer mezclados y se retroalimentan de un modo no siempre ordenado, encontrándose superpuestos juicios de relevancia y juicios de valor, ambos dependientes de las preferencias de los hablantes.

de justicia social. Todo conlleva en su interior decisiones fuertemente valorativas conforme las preferencias del hablante.

X. A modo de cierre

El conjunto “contratos individuales de trabajo” sirve, en uno de sus sentidos, para identificar en el sistema normativo jurídico un complejo de derechos y obligaciones. Sin embargo, las identificaciones del conjunto pueden ser y de hecho son disímiles por parte de los intérpretes (jueces y juristas) y ello finca en que las *propiedades relevantes* que comprenden al conjunto dependen de una elección del observador/usuario⁴² del sistema jurídico y no lo atan de hecho y de modo concluyente al momento de la determinación concreta de lo que se considera para conocer y decidir tal conjunto.

En efecto, “contrato de trabajo” en un caso puede referir al producto de un acuerdo de voluntades que de consuno se lo designa como *relación subordinada de trabajo* (relación laboral); en otro, hace referencia al acuerdo de voluntades, *sin más*, que da origen a la relación subordinada de trabajo; finalmente, puede aludir a las normas, cláusulas u obligaciones recíprocas, que regulan e integran la relación subordinada⁴³. Ackerman refiere que el conjunto puede designar al negocio jurídico bilateral constitutivo, al objeto del acto negocial (normas creadas) o como conjunto de posiciones subjetivas⁴⁴.

⁴² “*Toda descripción contiene actos valorativos; no sólo porque implica decisiones acerca del recorte del segmento de realidad a describir y del modo en que haya de trazarse su modelo descriptivo, sino también porque todos los instrumentos que empleamos para la descripción dependen, en última instancia, de decisiones metodológicas (principios metafísicos o epistemológicos) en las que escogemos una alternativa entre otras por el valor que le atribuimos de acuerdo a nuestra preferencia*” (Ricardo GUIBOURG, “Los conceptos jurídicos fundamentales en la teoría pura del derecho”, en *Pensar en las normas*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, pág. 103).

⁴³ Justo LÓPEZ, Norberto O. CENTENO y Juan C. FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de contrato de trabajo comentada*, Buenos Aires, Ediciones Contabilidad Moderna, 1978, t. 2, pág. 885.

⁴⁴ Mario ACKERMAN, “¿Qué, por qué y cuándo se suspende?”, en RDL 2003-1, *Las suspensiones en el contrato de trabajo*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pág. 26.

Es que una cosa es *ver* y otra es *conocer* ⁴⁵. Conocer requiere formarse una idea que es una representación -un modelo-. Para trazar un modelo se requiere necesariamente tomar dos decisiones: a) fijar los límites de la realidad a representar y b) seleccionar cuáles, entre las infinitas cualidades que en él podrán advertirse, consideramos importantes para la representación que deseamos construir. Estas decisiones son asumidas según las creencias, aptitudes e intereses del intérprete o, para resumir, su sistema de pensamiento ⁴⁶, ya que en principio, nada hay en el propio sistema normativo que nos los imponga ⁴⁷. La textura abierta ⁴⁸ de las propiedades relevantes que se reconstruyen para formar el concepto “contrato individual” -el modelo propuesto por el legislador- requiere la toma, cada vez, de una nueva decisión institucional para las soluciones prácticas.

Cada intérprete, como observador/usuario del sistema jurídico, da una solución con la argumentación que se requiera en el contexto institucional a partir de los criterios generales que elija y su sistema de pensamiento, para justificar el resultado que prefiere. Lo anterior es una consecuencia del lenguaje y de las construcciones conceptuales que empleamos para llevar adelante la actividad interpretativa.

El uso del concepto está determinado por las conclusiones a las que se pretenda arribar en un caso particular o en una opinión doctrinaria. En efecto, el uso ⁴⁹ y el orden de las *propiedades relevantes* que permite el

⁴⁵ Los jueces conocen y deciden los casos que les son sometidos a su competencia con ajuste a los hechos y a las leyes.

⁴⁶ Ricardo GUIBORURG, *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Colihue, 2004, págs. 10-11.

⁴⁷ Ricardo GUIBORURG, “Cuantificación del daño”, D.T. 2009 (abril), 355.

⁴⁸ “*Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestionen las pautas resultarán indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una ‘textura abierta’*” (H. L. A. HART, *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 159).

⁴⁹ “[...] cada palabra funciona como una **herramienta** que se usa para hacer algo o realizar alguna tarea en la comunicación. [...] Y, ¿cuándo sabemos qué función cumple?: [...] cuando sabemos **la regla para usarla**, esto es, cuando conocemos la regla que nos dice en qué condiciones ha de usarse la palabra, que nos hace capaces de determinar cuándo la palabra es aplicable a una situación dada y cuándo no” (John HOSPERS, *Introducción al análisis filosófico*, Madrid, Alianza, 1976, t. 1, págs. 37-38; 41).

lenguaje del legislador⁵⁰ posibilitan la elección por parte del intérprete. Qué propiedades elija y qué alcance les dé a las mismas para identificar el contenido del contrato⁵¹. Dicho claramente, se decide el “contenido del contrato de trabajo” y luego con los materiales disponibles en el sistema jurídico (criterios generales) -casi como arquitectos jurídicos- se construye a partir de las creencias, actitudes y criterios del intérprete el concepto de lo que ingresará bajo la “irrenunciabilidad” .

Ello tiene importancia en relación con la identificación que es posible hacer de la estructura propia que cada obligación exhiba al interior del contrato individual.

Esta distinción es clara en Vázquez Vialard, cuando sostenía que la renuncia que veda el art. 12 se refiere a derechos que se han incorporado al patrimonio de una persona lo que no ocurre cuando éstos están en expectativas: nacerán determinados derechos en tanto y en cuanto se cumplan ciertos presupuestos⁵².

Al respecto, los doctores Grisolí e Hierrezuelo señalan que como la renuncia es un acto jurídico unilateral por el cual una persona abdica de un derecho, aquella no queda identificada bajo el conjunto “acuerdo de voluntades” y no requiere, entonces, la conformidad de la otra parte, pues se da algo a cambio a nada. Si la convención de partes es una modificación en el contrato de trabajo estaremos en presencia de una novación objetiva y no de una renuncia. La novación es un modo de extinción de

⁵⁰ Ambigüedad, vaguedad, erratas, inconsistencias, redundancias, lagunas normativas y axiológicas.

⁵¹ Los juristas hacen variadas actividades en relación a las normas. A modo de ejemplo la *identificación* está ligada a la asignación de sentido a una determinada formulación normativa, lo que tradicionalmente se denomina interpretación. La *individualización* se refiere al uso de un conjunto de criterios que nos permiten determinar las normas completas de un ordenamiento jurídico para la solución de un caso. La *sistematización* describe al proceso de derivar consecuencias lógicas o argumentativas de las normas jurídicas válidas. La *aplicación*, por último, dirige nuestra atención hacia la siguiente pregunta: ¿cómo obliga determinada formulación normativa identificada, individualizada y sistematizada para decidir un problema jurídico?

⁵² Antonio VÁZQUEZ VIALARD, “Algunas características del contrato laboral; situaciones discutidas”, RDL 2005-2, pág. 22 y Antonio VÁZQUEZ VIALARD, “Disposiciones generales” en Antonio VÁZQUEZ VIALARD (director) - Raúl Horacio OJEDA (coordinador), *Ley de contrato de trabajo*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pág. 193.

obligaciones por la constitución de otra, en ciertas condiciones. Concluyen que el empleador que pretenda realizar alguna modificación en el contrato de trabajo sólo tiene dos vías, la del *ius variandi* en los límites de los arts. 66 y 69 LCT y la de la novación objetiva que autoriza al empleador para modificar los términos del vínculo jurídico, incluso condiciones esenciales pero con concesiones recíprocas: reducir la remuneración a cambio de una disminución proporcional de la jornada de trabajo.

Ahora bien, no podrá considerarse en uno de los términos del intercambio el mantenimiento de la relación laboral, pues importaría una renuncia y no una novación, en tanto el trabajador estaría dando algo a cambio de nada, o a cambio de algo que ya tiene, como es su trabajo ⁵³.

Lo que afirman Grisolia e Hierrezuelo es la respuesta a la pregunta que se formulan quienes plantean si los derechos pueden disponerse a título oneroso mediante una modificación contractual que mantenga la sustancia del sinalagma ⁵⁴.

Etala (h) y González Rossi ⁵⁵ justifican modificaciones “a la baja” de por lo menos las normas convencionales. Enumeran las situaciones especiales de crisis de la empresa que permiten al empleador la modificación e inclusive inaplicabilidad de normas del Convenio Colectivo de Trabajo aplicable al establecimiento en el marco del *procedimiento preventivo de crisis* y los casos bajo la Ley de Concursos y Quiebras con su disposición en el *artículo 20* ⁵⁶.

También podría pensarse en obligaciones que se incorporan a los contratos, sujetas a ciertas condiciones ⁵⁷, por ejemplo, un “plus” en la

⁵³ Julio Armando GRISOLÍA - Ricardo Diego HIERREZUELO, op. cit.

⁵⁴ Gabriela S. CRUZ DEVOTO, op. cit., pág. 277. En igual sentido: Edder Hernán PIAZZA, op. cit.

⁵⁵ Juan José ETALA (h) y Alejandro GONZÁLEZ ROSSI, op. cit., pág. 270.

⁵⁶ “Contratos de trabajo. La apertura del concurso preventivo deja sin efecto los convenios colectivos vigentes por el plazo de tres (3) años, o el de cumplimiento del acuerdo preventivo, el que fuere menor. Durante dicho plazo las relaciones laborales se rigen por los contratos individuales y la Ley de Contrato de Trabajo. La concursada y la asociación sindical legitimada negociarán un convenio colectivo de crisis por el plazo del concurso preventivo, y hasta un plazo máximo de tres (3) años”.

⁵⁷ Ramón Daniel PIZARRO - Carlos Gustavo VALLESPINOS, *Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, t. 1, págs. 232 -258.

remuneración que se paga en tanto se cumplan ciertos objetivos de productividad o estándar de actividad económica transparente y objetiva para las partes.

Las situaciones indicadas permiten describir un continuo de modelos que sirven para calificar un coto de protección que va desde “casos claros o típicos” a “casos de duda” en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que las reglas del sistema jurídico hagan posible la caracterización de lo que comprende la irrenunciabilidad.

Esta exploración permite mostrar que la irrenunciabilidad sigue siendo un medio para desplegar el principio de protección y que éste depende de una concepción de justicia social, que predicar de mayor rigidez al contrato de trabajo se subordina a cómo se reconstruya el conjunto y cómo se analicen las características que se consideren relevantes de los derechos y obligaciones al interior del contrato, que la cancelación del debate es apenas un breve armisticio en la lucha por el derecho, que el estado de cosas doctrinario no es tan distinto al pasado y que la previsibilidad y seguridad jurídica es de difícil alcance en tanto sigamos usando el lenguaje natural -donde se mixturán nuestras preferencias valorativas- para comunicar las leyes.

LOS ASPECTOS FINANCIEROS Y ECONÓMICOS DEL FEDERALISMO ARGENTINO ¹

por ANTONIO M. HERNÁNDEZ ²

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos financieros. A. Tributos y coparticipación impositiva. B. El organismo fiscal federal. C. Pautas federales del presupuesto nacional. III. Aspectos económicos del federalismo. A. El Banco Federal. B. Las regiones para el desarrollo económico y social. C. Las provincias y los convenios internacionales. D. Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales. IV. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional. A. La ley-convenio de coparticipación impositiva. B. El aumento de las retenciones a las exportaciones. C. El destino del gasto público federal. D. La insuficiencia del avance del proceso de integración regional. E. El no cumplimiento de otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo. F. Las leyes de financiamiento educativo y nacional de educación. G. La falta de autonomía “plena” para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V. La necesidad imperiosa de cumplir el proyecto federal de la Constitución.

I. Introducción

En el análisis de esta amplia temática, abordaremos la cuestión a la luz de la reforma constitucional de 1994 en primer término. Luego consideraremos lo acontecido con su vigencia hasta la actualidad y finalmente, nos referiremos a la necesidad imperiosa de cumplir el proyecto federal de la Ley Suprema.

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 7 de septiembre de 2010.

² Académico de número y director del Instituto de Federalismo.

II. Aspectos financieros

A. *Tributos y coparticipación impositiva*

La reforma de 1994 al dar jerarquía constitucional a la coparticipación impositiva³ bajo estrictas condiciones, también aspiró a cumplir su objetivo de fortalecer el federalismo, como lo veremos.

En primer lugar, la reforma definió con claridad la *distribución de competencias entre el gobierno federal y provincias*, tal como lo habían señalado la doctrina y la jurisprudencia. Y así calificó a los tributos indirectos externos, como nacionales -en el inc. 1 del art. 75-; a los tributos indirectos internos, con carácter de concurrentes -en el inc. 2, primer párrafo, del art. 75-, y a los tributos directos, como correspondientes sólo en forma excepcional al gobierno federal -en el inc. 2, segundo párrafo, del art. 75-.

Inmediatamente después, el inc. 2 del art. 75 prescribió *como coparticipables a los tributos indirectos internos y a los directos que en forma excepcional recaude el gobierno nacional*, salvo la parte o el total de ellos que tengan asignación específica. Esta última cuestión fue objeto de intensas negociaciones, ya que fue un sistema comúnmente utilizado para detraer fondos de la masa coparticipativa perjudicando a las provincias, y por ello se fijaron especiales condiciones en el inc. 3, como oportunamente se apreciará. Aprovechamos para expresar que tampoco integran la masa coparticipable los tributos que corresponden a las provincias que poseen recursos naturales, v.gr., regalías petroleras, como una derivación de su propiedad, reconocida en el art. 124 de la Ley Suprema.

³ Para un análisis de la coparticipación impositiva en nuestro país antes de la reforma constitucional de 1994, véanse nuestros libros *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, ob. cit., págs. 47/54 y *Federalismo y constitucionalismo provincial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, Cap. III. Allí se puede observar la evolución ocurrida desde la década de 1930 y en particular, los avances producidos en los últimos años por el gobierno federal sobre los recursos provinciales, pese a lo establecido en el sistema de coparticipación vigente de la ley 23.548 y aun en la propia reforma constitucional de 1994. También se puede observar en esta obra el debate realizado por la Convención Constituyente en cuanto al federalismo y en general, sobre la descentralización del poder en nuestro país.

Seguidamente, el inc. 2 dice: “Una ley-convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos”.

Dicha *ley-convenio* debe cumplir además las siguientes *condiciones* según la Ley Suprema: 1) El Senado es la Cámara de origen. 2) La sanción debe ser con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. 3) No puede ser modificada unilateralmente. 4) Tampoco puede ser reglamentada. 5) Debe ser aprobada por las provincias. 6) La distribución entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas, contemplando criterios objetivos de reparto. 7) Estos criterios deben ser: la equidad, la solidaridad y la prioridad para lograr un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

La incorporación del instituto de la ley-convenio a la Constitución es, para nosotros, una trascendental reforma destinada a afianzar el *federalismo de concertación*, en uno de los capítulos más conflictivos de la historia argentina: la relación financiera entre Nación y provincias.

La Ley Fundamental, en un notable avance, obliga a la concertación: 1) En primer lugar, del presidente y de los gobernadores, y también del jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, pues no se puede soslayar su participación, tanto en el debate sobre la distribución primaria, como luego en la distribución secundaria -como expresamente lo menciona el inc. 2 del art. 75-, para formular la base de acuerdos sobre la coparticipación. 2) En segundo lugar, el proyecto de ley-convenio debe recibir aprobación por mayoría calificada, específicamente mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, lo que obliga entonces a un alto grado de consenso entre los representantes del pueblo y de las provincias, pues el funcionamiento legislativo indica las dificultades para alcanzar dicho quórum agravado. 3) En tercer lugar, para culminar este trabajoso trámite de la ley-convenio, signada por el consenso y la concertación, debe lograrse la aprobación por parte de cada una de las legislaturas provinciales.

Estos especiales requisitos intentan revertir, por un lado, las simples adhesiones que las provincias debían prestar a la legislación que imponía casi siempre el gobierno central frente a la dependencia de las provincias, y, por otro lado, fijar un régimen definitivo con reglas claras, que permita

un desarrollo equilibrado de la federación, en lugar de la arbitrariedad que ha signado la relación Nación-provincias.

La Constitución ha prescrito la *integración de la masa coparticipable* con los impuestos indirectos internos y los directos que correspondan a la Nación en forma excepcional, según el inc. 2 del art. 75; pero ha admitido la posibilidad de detracción de una parte o de la totalidad de ellos mediante asignaciones específicas. Sin embargo, como por esta vía se afectó la participación provincial -en casos como la creación del Fondo Transitorio para financiar desequilibrios fiscales provinciales (ley 23.562), o el impuesto sobre intereses y ajustes de los depósitos a plazo fijo en beneficio de determinadas provincias (ley 23.658)-, el inc. 3 del art. 75 ha establecido requisitos especiales para ellas.

En efecto, se ordena que las *leyes que establezcan o modifiquen asignaciones específicas de recursos coparticipables tengan tiempo determinado y que sean sancionadas por un quórum especial de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*. Reiteramos que este último requisito es muy importante como garantía para las provincias, ya que no es fácil alcanzar dicho quórum en la tarea legislativa, sin un alto grado de consenso.

La reforma ha impuesto *criterios de reparto, tanto para la distribución primaria como para la secundaria*. En relación a la distribución primaria, o sea, entre la Nación por un lado y las provincias y la Ciudad de Buenos Aires por el otro, debemos señalar: a) lo vinculado a asignaciones específicas, recientemente analizadas, y b) “la relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto”, como dice el inc. 2 del art. 75, en una frase que se correlaciona con un párrafo posterior de la misma norma que expresa: “No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la Ciudad de Buenos Aires, en su caso”. Resaltamos la trascendencia de este criterio, ya que una de las herramientas del gobierno federal para lesionar el federalismo y los derechos provinciales fue imponer trasferencias de competencias, servicios o funciones a las provincias o a la Ciudad de Buenos Aires, con lo que centralizó recursos y federalizó los déficits.

Lamentablemente ya sabemos que *tampoco se cumplió la disposición transitoria sexta de la reforma, que indicó como plazo para la sanción de la ley-convenio de coparticipación “antes de la finaliza-*

ción del año 1996”, pero señalamos que este criterio será determinante para el momento de la discusión sobre la distribución primaria, pues muchos servicios han pasado a la órbita provincial e incluso a la municipal, en un proceso de descentralización que juzgamos fundamental para el futuro del país, y que, en consecuencia, requerirá un aumento del porcentaje correspondiente a las provincias y a la Ciudad de Buenos Aires y después al resto de los municipios.

La disposición transitoria que acabamos de mencionar, también insiste en el concepto a que nos referimos, pues prescribe que “la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada”; y asimismo agrega: “tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación. La presente cláusula no afecta los reclamos administrativos y judiciales en trámite originados por diferencias por distribución de competencias, servicios, funciones o recursos entre la Nación y las provincias”.

Los *criterios de reparto para la distribución secundaria*, o sea, entre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, deben ser, según la norma constitucional que estamos estudiando: a) objetivos: es decir, claramente determinados, razonables y exentos de parcialidad; b) equitativos: o sea, con justicia en el caso concreto, v.gr., a mayor capacidad contributiva o poblacional sería equitativa una mayor participación; c) solidarios: con ayuda mutua entre las provincias, v.gr., con redistribución que beneficie a las más rezagadas; y d) prioritarios para el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional: de tal manera que estos propósitos -vinculados a los del art. 75, inc. 19, que aspira a ser la nueva cláusula del progreso, con especial énfasis en el “desarrollo humano”-, obligan a un gran esfuerzo para corregir los desequilibrios, desigualdades e injusticias de la sociedad argentina. Ya veremos que estos mismos criterios deben informar la Ley de Presupuesto, como lo indica el inc. 8 del art. 75, y las iniciativas sobre crecimiento armónico de la Nación, poblamiento de su territorio y políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según lo prescribe el inc. 19 del art. 75.

Para nosotros es de fundamental importancia que se establezca un nuevo sistema de coparticipación sobre estas bases, expresivas de los principios de la solidaridad y lealtad federales, que son esenciales para las

federaciones. Es que aun las más ricas y desarrolladas no dejan de presentar asimetrías, como se observa en los Estados Unidos o en Canadá. ¿Acaso son similares los índices económicos y sociales que se aprecian en California o Alabama o en Alberta o Nueva Escocia? ⁴.

Por ello, para nosotros también aquí han sido acertados los criterios del constituyente y sobre ellos debe avanzarse para producir un desarrollo más justo, equilibrado e integrado del país. Es que no debe olvidarse la distancia que separa al distrito más rico, o sea la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de los más pobres, como Santiago del Estero y Formosa, lo que refleja la magnitud de nuestros desafíos y problemas.

Se impone en consecuencia la necesidad de una *verdadera política de Estado* que persiga la superación de los gravísimos desequilibrios que se observan entre los distritos provinciales, mediante un sistema de igualación como el canadiense, que contemple el accionar auténticamente federal del gobierno nacional y la solidaridad entre las provincias, sobre la base de los mandatos constitucionales que estamos analizando.

No obstante la claridad y altura de los objetivos perseguidos por el constituyente, se han difundido en estos años algunas propuestas que no sólo desconocían la letra y espíritu de la Ley Suprema en esta materia, sino que pretendían volver al sistema anterior de completa separación de fuentes, con el indisimulado propósito de ahondar las diferencias existentes entre las provincias y centralizar aún más el país ⁵.

⁴ Resulta muy ilustrativo analizar el caso de la federación canadiense donde las provincias “pobres” (Nova Scotia, New Brunswick, P.E.I. y Newfoundland) reciben más fondos del gobierno federal que las provincias “ricas” (British Columbia, Alberta, Saskatchewan, Manitoba, Ontario y Québec, en aplicación de un sistema de igualación (*equalization system*) que es un programa puramente federal. Asimismo existen distintos impuestos en las provincias, además de producirse una clara transferencia de recursos de las provincias más ricas: Alberta y Ontario, a las restantes. Véase al respecto el trabajo de Michael BUTLER, titulado *Federal-Provincial Fiscal relations in Canada*, preparado para el Forum of Federations, en el Seminario Internacional sobre Federalismo, realizado en Pilar, provincia de Buenos Aires, los días 2 y 3 de octubre de 2003, con la participación del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires. Véase también la conocida obra de Ronald L. WATTS, *The spending power in federal systems: a comparative study*, Institute of Intergovernmental Relations, Queen's University, Kingston, Ontario, Canadá, 1999.

⁵ En definitiva, el objetivo de estos sectores ha sido el de impedir que efectivamente se cumpla con el mandato constitucional que establece la coparticipación. Incluso

La ley-convenio de coparticipación impositiva no fue sancionada en los plazos fijados, con lo que se verificó una nueva violación a la Constitución. Más allá de la sentida protesta que efectuamos por esta demora -como hombres de derecho y convencionales constituyentes que trabajamos firmemente en defensa del federalismo-, *alentamos la pronta sanción de este trascendental instrumento de la ley convenio.*

Estamos convencidos de que éste es uno de los debates más importantes, en el que habrá que utilizar al máximo la inteligencia, la imaginación, la prudencia y la solidaridad, para resolver el “laberinto” de la coparticipación, que es una base fundamental para desarrollar el proyecto federal rumbo al siglo XXI.

En este sentido, resulta imprescindible poner el énfasis en la distribución primaria, pues se han producido muchas modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires. A ello hay que sumar el delicado problema de las transferencias intergubernamentales, la crisis en el sistema previsional, la futura regionalización, la profundización de los procesos de integración y de descentralización y el deterioro de la situación económico-social, con altos índices de desocupación, marginalidad social y pobreza.

Un *mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires* -que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios-, hará relativamente más sencilla la discusión posterior de la distribución secundaria, donde se advierten las disputas entre las provincias grandes y las chicas, además de la incorporación de la Ciudad de Buenos Aires.

Estudios interdisciplinarios deben fundamentar la decisión política que finalmente establezca la ley-convenio, que respetando los criterios constitucionales, afirme la solución estructural y gradual de los problemas, mediante un sistema integral, justo y perdurable.

Debe ejercitarse en esta materia una verdadera política arquitectónica, que supere antagonismos partidarios, fortalezca las relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país.

se ha llegado a sostener desde una visión economicista que existen provincias y municipios inviables. Como otra de las paradojas argentinas, mientras el mundo desarrollado avanza en la descentralización, en nuestro país hay sectores de enorme poder político y económico que persiguen lo contrario, pese al mandato constitucional.

B. El organismo fiscal federal

La reforma constitucional, en el inc. 2 del art. 75, dispone: “Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determine la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la ciudad de Buenos Aires en su composición”.

Esta fue otra trascendente decisión del constituyente, que elevó a la máxima jerarquía normativa, un organismo con las funciones que actualmente desempeña la Comisión Federal de Impuestos, cuya creación se debió a la ley 20.221, con posterior ratificación en la vigente ley 23.548.

Sus funciones serán de interpretación de la ley de coparticipación, de su ejecución, de asesoramiento de los fiscos adheridos y de tribunal administrativo para decidir si los gravámenes locales se oponen al régimen de coparticipación. Sus resoluciones podrán ser recurridas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Lamentablemente tampoco se cumplió el plazo fijado por la disposición transitoria sexta para la reglamentación de este órgano, coincidente con el de la ley-convenio. Insistimos en la necesidad de cambiar sustancialmente el actual proceso post constituyente de la histórica reforma de 1994.

C. Pautas federales del presupuesto nacional

La otra gran materia donde la reforma constitucional ha introducido lineamientos de federalismo financiero es el presupuesto nacional.

En efecto, el inc. 8 del art. 75 indica que dicho instrumento debe ser fijado por el Congreso, “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo”. Recordemos que ellas son la relación directa a las competencias, servicios y funciones de la Nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, contemplando criterios objetivos de reparto, los cuales hemos analizado anteriormente.

Además hay que resaltar que el inc. 8 dice que el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos debe efectuarse “en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas”, lo que para nosotros implica una definición constitucional que relaciona a la importante ley

con la planificación, pues no se puede dar otro sentido a las palabras “programa” y “plan” que utiliza la Ley Suprema. A su vez, el presupuesto es considerado por la doctrina clásica del derecho financiero como un instrumento de gobierno, de administración y de planificación.

En consecuencia, tanto para el gasto público como para el cálculo de recursos previstos por el presupuesto, debe existir como base un programa de gobierno y de inversiones públicas que también respete las pautas constitucionales: objetivas, equitativas, solidarias y prioritarias para el logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional.

Este inciso que comentamos, contiene una *política constitucional que vincula al presupuesto con temas esenciales del proyecto federal*: la regionalización, la integración, la descentralización y el fortalecimiento de las autonomías provinciales, de la ciudad de Buenos Aires y municipales.

Mucho va a costar hacer realidad los elevados propósitos de esta norma, por la magnitud de los cambios que deben operarse, que demandan gran voluntad, inteligencia y consenso político.

La modificación del formidable proceso de concentración operado en nuestro país resulta imprescindible para la efectiva vigencia del federalismo, en el cual las cuestiones fiscales son de especial trascendencia. Bien decía Friedrich, que el federalismo más que un “estereotipo” era un “proceso” de dicha estirpe y que, en consecuencia, había que analizar cada una de las realidades estatales, sin efectuar generalizaciones⁶.

⁶ En la Convención Nacional Constituyente de 1994 expresamos al respecto: “¿Qué ha pasado con la participación en el gasto por niveles de gobierno? Voy a utilizar cifras de 1988. En un importante estudio sobre federalismo fiscal realizado por la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas bajo la dirección de Artana y López Murphy, se dice con claridad que en este año la Nación participaba en el gasto con el 42 %; las provincias con el 47 % y los municipios con el 11 %. Pero cuando se analiza la participación de los recursos por niveles de gobierno nos encontramos con que la Nación tiene el 74 % de los recursos, las provincias sólo el 20 %, y los municipios el 6 %. Esto significa que no existe el principio de correspondencia fiscal; que no existe correspondencia entre gastos y recursos. Esto tiene que ser necesariamente corregido porque ésta es la expresión más cabal de lo que significa la dependencia de las provincias y de los municipios con respecto al tesoro federal.

Es tan rica la norma constitucional analizada, que señala rumbos de notable significación para el futuro, como la descentralización, que es la reforma del Estado del mañana. En este sentido, tanto la ley-convenio de coparticipación como el presupuesto, deberán establecer criterios precisos para las transferencias de competencias, servicios y funciones de la Nación a las provincias en un proceso que requerirá reasignaciones de recursos y concertación con los respectivos órdenes gubernamentales, para el debido respeto de las autonomías provinciales, de la Ciudad de Buenos Aires y, posteriormente, de las municipales⁷.

“Veamos también lo que ha pasado en la redistribución regional en la Argentina. Así llegaremos a la conclusión -y no citaré cifras de ese estudio para no detenerme- de que se careció de cualquier fundamento económico en esta materia, y por eso la Argentina no ha avanzado en un desarrollo integrado de la República. Lo mismo se puede decir de las trasferencias del gobierno nacional a las provincias en la década del 80” (confr. Antonio María HERNÁNDEZ (H.), *Reforma constitucional de 1994. Labor del Convencional Constituyente Antonio María Hernández (h.)*, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1995).

⁷ En este sentido, constituye un estudio destacable en la materia el mencionado trabajo de ARTANA y LÓPEZ MURPHY, *Hacia un nuevo ordenamiento fiscal de la Argentina*, de 1993, ya que efectúa una propuesta sobre descentralización, luego de una investigación comparativa con otras federaciones. También debemos señalar los aportes del licenciado Orlando Bracelli, que luego de demostrar que la conducción económica del gobierno nacional de Menem y Cavallo centralizara el país, utilizando como variable de ajuste las finanzas provinciales y que en los presupuestos nacionales existen mínimas referencias a la localización territorial del gasto público, plantea una reforma del Estado sobre la base de la descentralización, con especial referencia a la relación Nación-provincias y provincias-municipios. El investigador mendocino pone énfasis -con criterio que compartimos- en la imperiosa necesidad de capacitar y modernizar todos los niveles de la administración pública, para enfrentar estos desafíos del futuro argentino

Bracelli fue ministro de Hacienda de la provincia de Mendoza y presidente del Consejo Federal de Inversiones, y que presentó los trabajos “Metodología no convencional para el tratamiento de la relación Nación-provincias y provincias-municipios, Aspectos metodológicos para el análisis de las políticas fiscales provinciales, período 1983/1994” y “La política fiscal, la asignación de recursos públicos y el presupuesto nacional”, correspondientes a las Jornadas de Finanzas Públicas de 1994, 1995 y 1996, respectivamente, de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba.

Hemos opinado sobre estas cuestiones en relación a los gobiernos locales en nuestro libro *Derecho municipal*, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. I, al cual remitimos en razón de brevedad.

III. Aspectos económicos del federalismo

A. El Banco Federal

El inc. 6 del art. 75 de la Constitución Nacional prescribe que corresponde al Congreso: “establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales”.

En el seno de la Convención, hizo uso de la palabra en nombre de la Comisión de Redacción, el convencional Juan Carlos Maqueda, quien explicitó que el sentido de la reforma era adecuar el actual Banco Central, en su denominación y concepción, al Estado federal, citando como ejemplos las instituciones similares de los Estados Unidos, Suiza y Alemania⁸.

Compartimos la interpretación que efectúa de esta norma Humberto Quiroga Lavié: *“El carácter federal que ahora le impone la Constitución al banco encargado de la emisión de la moneda, no es sólo una cuestión de nombre, sino que define la política constitucional en el sentido de que las provincias deberán intervenir en el gobierno de dicha institución. Será el Congreso, por ley, quien defina dicha intervención, para lo cual puede servir de modelo la organización federativa de la Reserva Federal en los Estados Unidos”*. Además, el autor señala como segunda apreciación, que dicho banco tiene por misión principal emitir moneda, con dos consecuencias: el carácter “monopólico” de dicha atribución y la competencia de *“fijar la política monetaria en todo el país”*⁹.

El inciso hace mención a “otros bancos nacionales”, en referencia a los actuales de la Nación, Hipotecario y de Desarrollo.

Por la importancia que tiene la cuestión monetaria y bancaria en la política económica, fácil resulta colegir el alto objetivo de esta norma en derredor de la profundización del federalismo. Tampoco se ha podido

⁸ Ver el *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. IV, pág. 3819 y ss.

⁹ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavallía, 1996, pág. 358 y ss. También mencionamos que en nuestro proyecto de reforma constitucional presentado en la Convención postulamos la creación de dicho Banco Federal.

consagrar aquí por parte del Congreso, la pertinente legislación reglamentaria, que se vincula incuestionablemente con los aspectos económicos del federalismo.

B. Las regiones para el desarrollo económico y social

El art. 124 de la Ley Suprema dispone, en su primera parte: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines”.

En cuanto a los antecedentes de la norma, sólo nos detendremos en los vinculados a la Asamblea Constituyente.

En nuestro proyecto de reforma constitucional propusimos la creación de regiones y en los fundamentos expresamos al respecto: “La regionalización es un instrumento apto para el desarrollo económico y social de importantes sectores de nuestro territorio. En tal sentido, el proyecto prevé la posibilidad de crear regiones en un marco de coordinación y consenso, evitando la imposición, desde escritorios de tecnócratas, de estructuras carentes de sustento real”. Más adelante, al intervenir en el debate sobre el despacho de la Comisión de Redacción, dijimos: “El artículo 106 bis que se postula comporta la cláusula federal, como sostiene Pedro J. Frías, y tiene tres aspectos muy claros. En primer lugar, una regionalización para el desarrollo económico y social. Esto significará que, más allá de la existencia de órganos para el cumplimiento de sus fines, no se podrá afectar ni las autonomías provinciales ni las autonomías municipales. Naturalmente, tendrá que ponerse énfasis en el desarrollo de las economías regionales para asegurar una Argentina que no siga siendo un desierto, como decía Alberdi, con algunas pequeñas islas de desarrollo económico, sino que exista la posibilidad de un desarrollo equilibrado de la Argentina”¹⁰.

¹⁰ *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)*, ob. cit., págs. 34, 42 y 71. Para la interpretación de esta norma constitucional nos remitimos a nuestra obra *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires...*, ob. cit., Cap. II.

El énfasis debe ser puesto en la coordinación interjurisdiccional entre los diversos órdenes de gobierno y en el ejercicio de las facultades concurrentes o compartidas, a los fines de la promoción del desarrollo económico y social.

“Se trata de crear unidades funcionales -dijo Castorina de Tarquini¹¹-, que den respuesta a emprendimientos que por su complejidad exceden las posibilidades de las provincias y que no son atendidos debidamente por la Nación”.

De estos criterios de flexibilidad, funcionalidad y coordinación interjurisdiccional que deben utilizarse en nuestro concepto para la creación de las regiones, llegamos a estas conclusiones: a) Además de las provincias, pueden intervenir los otros órdenes gubernamentales: el federal, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios. Incluso bajo esta figura -piensa Badeni¹²- pueden integrarse otros entes nacionales o extranjeros, constituyéndose una figura interjurisdiccional, cuyo régimen jurídico quedará fijado en el acto de creación. b) Una provincia puede formar parte de más de una región, si así lo requiere su desarrollo. c) No debe existir necesariamente un solo mapa regional en la Argentina. d) La descentralización del gobierno federal no debe unirse en forma imprescindible con la regionalización de las provincias. e) La conformación de regiones responde a diversos aspectos históricos, geográficos, económicos, sociales, culturales y políticos y reclama una visión y estudios interdisciplinarios. f) La regionalización del país para la integración y el desarrollo económico y social, también supone una interrelación con la integración supranacional y la provincial, que exigirá la promoción de las relaciones intermunicipales. g) La regionalización, como instrumento del proyecto federal, requerirá de una concertación interjurisdiccional con eficaz gestión técnica y alta calidad en la dirección política. h) Este proceso importará una profunda reforma y modernización de los distintos órdenes estatales. i) También se impone una planificación estratégica, flexible, moderna, democrática y con la participación de las fuerzas del mercado.

¹¹ Dardo PÉREZ GHILOU Y OTROS, *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, ob. cit., t. II, pág. 373.

¹² Gregorio BADENI, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pág. 436.

En cuanto al conocimiento del Congreso Nacional, el art. 124 de la Constitución exige que tanto la creación de regiones como la celebración de convenios internacionales, sean efectuados “con conocimiento del Congreso Nacional”. El constituyente de 1994 impuso, para estos casos, el mismo requisito ordenado por el anterior art. 107 para los tratados “domésticos” entre las provincias. O sea que se ratificó aquel apartamiento del precedente norteamericano, que disponía el “consentimiento” del Congreso (art. I, secc. 10, cláusula 3) y nuevamente se insistió sólo con el “conocimiento”.

El objetivo no ha sido otro que favorecer aún más la autonomía de las provincias, ya que el consentimiento o la aprobación hubiesen implicado una marcada dependencia del Congreso.

De todas maneras el requisito del conocimiento apunta a la mejor articulación y control de las competencias e intereses federales y provinciales.

Horacio Daniel Piombo, profesor de La Plata¹³, sostiene que el Congreso podría desaprobado el acuerdo regional, aunque no sea necesaria su aprobación expresa.

Nosotros creemos que en la instancia hipotética de que el Congreso considere que el acuerdo interprovincial vulnera los principios constitucionales, habría dos posibles soluciones: una jurídica, con la eventual participación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y otra política, la intervención federal, como remedio extremo para asegurar la supremacía del orden constitucional federal. Pero un pronunciamiento negativo del Congreso no dejaría sin efecto al acuerdo, como si fuera el caso de la desaprobación.

C. Las provincias y los convenios internacionales

En el debate en la Convención Nacional Constituyente de 1994, al referirnos al despacho de la Comisión de Redacción, dijimos sobre esta

¹³ Horacio Daniel PIOMBO, *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, Buenos Aires, Depalma, 1994, Cap. 10.

norma del art. 124 -que denominamos cláusula federal-, y respecto a esta cuestión: “... En segundo lugar, este artículo propuesto contiene la idea de las gestiones y convenios internacionales. Esto se relaciona con las facultades que no se pueden desconocer a las provincias como estados de la federación. ¿Cómo vamos a impedir que las provincias puedan hacer gestiones y convenios internacionales, promover las exportaciones, fomentar el turismo, buscar inversiones y celebrar créditos si existe el conocimiento del Congreso Federal? Las provincias, en virtud de sus autonomías, resguardando lo que son las atribuciones delegadas al gobierno nacional, sin afectar la política exterior de la Nación, podrán llevar adelante estas materias” ¹⁴.

La reforma ha consignado la potestad de las provincias de celebrar “convenios internacionales”, utilizando un término distinto del existente antes en la Constitución, que al referirse a los acuerdos expresaba la palabra “tratados”, en los arts. 27, 31, 67, inc. 19 (ahora 75, inc. 22), 86, inc. 14 (ahora 99, inc. 11), y 100 (ahora 116), cuando se realizaban con las potencias extranjeras u organizaciones internacionales por parte del gobierno federal, y “tratados parciales”, en los arts. 107 (ahora 125) y 108 (ahora 126), cuando se trataba de pactos interprovinciales.

Para nosotros -conforme las opiniones de Pedro J. Frías y Horacio D. Piombo ¹⁵- los constituyentes usaron esta denominación para indicar un alcance más limitado de los acuerdos internacionales que pueden celebrar las provincias, en comparación a los tratados internacionales del gobierno federal, en ejercicio de las facultades delegadas en relaciones exteriores.

¹⁴ *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)*, ob. cit., pág. 71.

¹⁵ Sostiene Frías que “*es correcto el uso de la expresión convenios y no tratados, que quedan reservados a la Nación*” (“El federalismo en la reforma constitucional”, E.D. t. 158, pág. 1126). Piombo sostiene que “*aun cuando la doctrina iusinternacionalista emplea con similar alcance las palabras convenio, pacto y tratado para referirse a los acuerdos entre Estados soberanos, la voz tratados siempre exterioriza lo conceptualmente más genérico y comprensivo [...] En el siglo actual la palabra tratado sugiere un acuerdo más formal o de mayor importancia o jerarquía*” (Horacio Daniel PIOMBO, ob. cit., págs. 140/141).

La reforma amplió las potestades provinciales sobre la gestión internacional, sobre la base de los antecedentes y experiencias anteriores, y con clara conciencia del rumbo autonomista que debe afirmarse en pos del fortalecimiento del federalismo en un mundo integrado y competitivo; pero con la prudencia suficiente que indica la pertenencia a una federación -no una confederación-, donde las facultades en política exterior corresponden al gobierno nacional.

Ello explica los límites impuestos en la materia a las provincias, en la norma que comentamos. En primer lugar, consideramos con Badeni y Quiroga Lavié¹⁶ que en virtud de la prohibición del art. 126 de la Constitución de celebrar tratados parciales de carácter político, las provincias tampoco pueden realizar convenios internacionales de esa naturaleza, porque se afectaría el ejercicio de la política exterior delegada al gobierno nacional. En consecuencia, concordamos con Sagüés en que *“los convenios provincial-internacionales no deben exceder en su contenido las competencias provinciales (razón por la que solamente pueden operar en los temas propios de las provincias, o en los que poseen facultades concurrentes con la Nación) y además tienen que respetar el derecho federal (constitucional e infraconstitucional) existente, previo y posterior al convenio provincial-internacional”*¹⁷.

En cuanto al análisis de los otros límites, también por razones de brevedad, nos remitimos a nuestra obra citada sobre federalismo. Estamos convencidos de la irreversibilidad de este proceso de integración supranacional, que requerirá del ejercicio de relaciones interjurisdiccionales que importarán la reforma de los Estados, la modernización institucional y la elevación de la cultura política y jurídica.

D. Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales

También el art. 124 reconoció a las provincias el dominio originario de los recursos naturales.

¹⁶ Gregorio BADENI, ob. cit., pág. 438; Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Curso de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 168.

¹⁷ Néstor P. SAGÜÉS, “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, L.L. del 11/3/94.

En el debate en general en la Convención Nacional Constituyente expusimos al tratarse el dictamen de la Comisión de Redacción: “Finalmente, se indica que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. Esto significa reafirmar los principios de los arts. 3º, 13 y 104 de la Constitución Nacional. Se trata de una unión indestructible de estados indestructibles, como lo dijo el juez Chase en una famosa causa sancionada por la Corte Suprema de Justicia norteamericana. Entendemos que las provincias tienen el dominio de todo su territorio: suelo, subsuelo, espacio aéreo y sobre el litoral marítimo. Por supuesto que también creemos que el dominio se hace extensivo a todos los recursos renovables o no. Oportunamente habrá que seguir los lineamientos de Frías, de Bidart Campos, de Cano y del Consejo de Consolidación de la Democracia que, con respecto al mar, establecieron que una cosa es el dominio y que deben existir formas de jurisdicción concurrente para una explotación racional de los recursos entre gobierno federal y provincias, a través de empresas federales que naturalmente logren el mejor aprovechamiento posible”¹⁸.

El agudo proceso de centralización que sufrió el país, tuvo como uno de sus aspectos más negativos, el avance del gobierno nacional sobre el dominio de los recursos naturales de las provincias. Ese desapoderamiento se fue afirmando en leyes del Congreso y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que bajo nuestro punto de vista presentaban la tacha de inconstitucionalidad, pues si bien el texto de 1853/1860 no definía expresamente la cuestión, debían aplicarse los principios federales de los arts. 1º, 3º, 13 y 104. Incluso llegamos -durante la corta vigencia de la reforma de 1949- al reconocimiento del dominio nacional según el art. 40, que constitucionalizaba el despojo.

Por eso esta asignación a las provincias del dominio originario de los recursos naturales, efectuada por la Convención de Santa Fe y Paraná de 1994, debe observarse como una contundente expresión del fortalecimiento del federalismo argentino, que fue una de las grandes ideas-fuerza de la reforma.

Aclaremos además que para nosotros, por la reforma constitucional ya producida, la legislación centralista ha perdido sus efectos, por una

¹⁸ *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.), ob. cit., pág. 71.*

elemental aplicación de la gradación normativa, determinada por el art. 31 de la Ley Suprema de la Nación.

Luego de la reforma, estimamos que se han operado cambios sustanciales en esta materia, con respecto a los puntos antes controvertidos como el mar, hidrocarburos, minerales, los recursos hídricos y la energía, y que no sólo alcanzan al dominio, sino también a la jurisdicción. Un ejemplo notable en este último aspecto, es *la modificación efectuada en el art. 75, inc. 30, que deja a salvo el ejercicio de los poderes de policía y de imposición de provincias y municipios en los establecimientos de utilidad nacional*, siempre que no interfieran su específica finalidad y que reviste especial trascendencia para el futuro del federalismo.

La última parte de la norma que comentamos hace referencia al territorio, y ello también se vincula con la extensión del dominio de los recursos naturales por las provincias. Así lo dijimos en la Convención Constituyente, en nombre de la Comisión de Redacción, en el debate en particular de la norma: “Cuando nos referimos al alcance de lo que corresponde a las provincias en cuanto al dominio de los recursos naturales existentes en su territorio, la Comisión interpreta que el territorio comprende tanto el suelo, como el subsuelo, el espacio aéreo y el litoral marítimo. Por supuesto, también son de dominio de las provincias los recursos renovables o no”¹⁹.

Esta clara definición constitucional sobre el dominio de los recursos naturales por las provincias en sus respectivos territorios, ha significado un cambio trascendental para afirmar el federalismo económico, pero todavía no ha podido efectivizarse por la inacción legislativa y la falta de una adecuada jurisprudencia²⁰.

¹⁹ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Santa Fe-Paraná, 1994, t. IV, pág. 3864. Uno de los temas más importantes es el del mar, donde ya no pueden quedar dudas sobre dominio de las provincias costeras, tal como lo venían señalando antes de la reforma, Frías, Bidart Campos, Diez y Marienhoff, entre otros autores. El Congreso también deberá modificar el alcance de la jurisdicción provincial en el mar así como avanzar en fórmulas asociativas con la Nación, para la explotación de los recursos inmensos de la “zona económica exclusiva” que se extiende hasta las 200 millas.

²⁰ En este último aspecto, no podemos dejar de señalar el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Total”, en 2003, donde no se reconoció dicho alcance del territorio de la provincia de Tierra del Fuego para poder percibir tributos sobre las explotaciones petrolíferas que realiza la empresa en el mar. Así se ha observado

Asimismo consideramos que para la exploración, explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, con un concepto de desarrollo sustentable, se abre un campo amplísimo para el federalismo de concertación, mediante la utilización de las relaciones y entes interjurisdiccionales. Esta modernización institucional será el requisito indispensable para afrontar el gran desafío que supone transformarnos en un país desarrollado, integrado y equilibrado.

No desconocemos que este proceso demanda una elevación de nuestra cultura política, para poder superar al individualismo exacerbado, las tendencias corporativas y la imposibilidad -que muchas veces padecemos- de proyectar y ejecutar políticas arquitectónicas frente a los problemas estructurales de la sociedad y el Estado argentinos.

IV. La realidad de nuestro federalismo y el incumplimiento de la Constitución Nacional

A lo largo de la historia argentina hemos padecido un profundo proceso de centralización, que ha producido una notoria discordancia entre la Constitución normativa y la realidad vigente. Ello obliga a la consideración del federalismo en su faz sociológica o realista, que apunta a la observación de la real vigencia de las normas constitucionales.

Al incumplimiento del proyecto federal de la Constitución han concurrido una multiplicidad de razones, que Frías ha sintetizado en: a) el avance del gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias (como en materia tributaria o de las intervenciones federales), b) el desarrollo de las virtualidades centralizadoras de la propia Constitución (como por las facultades legislativas del Congreso o la cláusula comercial) y c) la infraestructura de concentración socioeconómica en el área metropolitana de Buenos Aires en desmedro del interior y del equilibrio del país²¹.

nuevamente una jurisprudencia vacilante de nuestro más alto tribunal en el cumplimiento de su función de garantizar los principios del federalismo.

²¹ Pedro J. FRÍAS Y OTROS, *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma, 1985, pág. 389.

Sobre las violaciones a la Ley Suprema, reiteramos los siguientes conceptos contenidos en un artículo que tituláramos “El fracaso del proyecto centralista”²²: “Los recientes informes de fines del año 2002 sobre Desarrollo Humano de las Naciones Unidas y del Instituto de Investigaciones de la Bolsa de Comercio de Córdoba han coincidido en su diagnóstico sobre los graves problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados entre otras causas, por la extrema centralización del país. Baste observar para ello los índices de desarrollo humano contenidos en el primero de los Informes, que en el caso de Formosa como punto más bajo alcanzan a 0,156 y que en el caso de la ciudad de Buenos Aires como punto más alto, llegan a 0,867, o sea casi 6 veces más, como demostración de las diferencias en relación al territorio.

Se han confirmado los peligros y males que desde el siglo XIX señalaron, entre otros, Alberdi en sus *Bases* al oponerse a la capitalización de Buenos Aires, Sarmiento en *Argirópolis* y Alem en su famosa profecía del 80 en el debate sobre la federalización de la ciudad de Buenos Aires. Ya en el siglo XX, Martínez Estrada nos habló de la “cabeza de Goliath” y más recientemente Félix Luna en su libro *Buenos Aires y el país*, sostuvo que éste es un problema estructural no resuelto que atraviesa toda nuestra historia.

Este fenómeno notable de concentración que alcanzara todos los órdenes de la vida social argentina en relación a su capital y que se repite en casi todas las provincias, ha sido similar al producido en otros países latinoamericanos, que desafortunadamente no han podido evitar este rasgo común a las sociedades subdesarrolladas, que presentan un inadecuado ordenamiento territorial, con marcadas asimetrías.

El proceso de centralización del país en torno a su área metropolitana de Buenos Aires, donde en menos del 1% del territorio se asienta casi el 35% de la población, se complementa con la circunstancia de que casi el 80% de la producción argentina se origina en un radio que apenas excede los 500 kms. a partir de dicha área.

Para nosotros resulta claro que el federalismo como forma de Estado consagrada en la Constitución Nacional de 1853 y 1860, fue una decisión correcta para solucionar los graves problemas políticos, económicos

²² Publicado en el diario La Nación, de la Ciudad de Buenos Aires, 8/6/03.

y sociales de un país tan extenso, que necesitaba de una efectiva descentralización del poder.

Pero también pudo observarse que la dificultosa vigencia de la Constitución se hizo particularmente evidente en este aspecto, ya que en la realidad se fue imponiendo un proyecto unitarizante, de centralización del poder en el Gobierno llamado Federal, asentado en el puerto de Buenos Aires, que fue avanzando sobre el diseño constitucional y las autonomías provinciales, así como tampoco se respetaban las autonomías municipales.

Este proceso negativo no pudo ser impedido ni siquiera por la reforma constitucional de 1994, que tuvo como una de sus ideas fuerza la profundización de la descentralización del poder...”.

Observamos que en tiempos recientes se ha profundizado el proyecto centralista, que afecta los principios federales, como se observa en los siguientes temas:

A. La ley-convenio de coparticipación impositiva

En primer lugar, señalamos el intento de aprobación por parte del Poder Ejecutivo de la Nación durante el año 2004 de un “Acuerdo para la creación del Sistema de Coordinación de Relaciones Fiscales Intergubernamentales”, que según su art. 1º se conformaría por: 1. Un nuevo régimen de coparticipación federal. 2. La adopción de principios de responsabilidad fiscal y 3. Un Consejo de Coordinación Fiscal y Financiero.

En cuanto a la coparticipación, se prescribía en el art. 2º un nuevo régimen a partir del 1º de enero de 2005 que constaría de un régimen general y de dos regímenes especiales, según el art. 10º del convenio. Luego la norma establecía, en cuanto a las asignaciones específicas, que se crearía la destinada al Fondo de Equidad Social, prevista en los arts. 6º y 7º y que se mantendrían las que figuran en el Anexo 1 del Acuerdo.

Sobre dicho Fondo, el art. 6º previó su formación en base a lo proveniente del incremento de la recaudación de impuestos de la masa coparticipable, con un límite anual de 2.400 millones de pesos y el art. 7º indicó que éste tendría como destino disminuir las asimetrías económicas y sociales de las provincias del noroeste y noreste por una parte y por la otra, morigerar la deuda social respecto a la población que habita los grandes aglomerados urbanos. Este artículo finalmente ordenó que estos

recursos fueran administrados a través de un Comité integrado por los Ministerios de Economía y Producción, Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Desarrollo Social de la Nación y por aquellas provincias que representasen a las distintas zonas geográficas del país y coordinado por la Jefatura de Gabinete de Ministros.

En cuanto a la distribución primaria de la masa coparticipable, el art. 4° dispuso que sería la correspondiente a este año 2004, de acuerdo a la legislación vigente y mediante aplicación de los respectivos coeficientes. Por otra parte, el Gobierno Federal debía ceder de su participación en la distribución primaria del 2004 la parte correspondiente a la Provincia de Tierra del Fuego y para el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se incluiría en la participación del Gobierno Nacional en la distribución primaria.

Por el art. 5° se mantenía el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional a las provincias, integrado por el 1° de la parte correspondiente al Gobierno Federal y destinado a atender situaciones de emergencia y/o desequilibrios financieros de los gobiernos provinciales, según asignación del Ministerio del Interior.

Respecto de la distribución secundaria, también se prescribía por el art. 8° del Acuerdo que se debía alcanzar el nivel de transferencias efectuadas durante el año 2004, en base a los coeficientes de la ley 23.548, con las modificaciones operadas posteriormente.

Asimismo se ordenaba que una vez superado dicho límite, los excedentes se distribuirían en un 90% según los coeficientes de la ley precedentemente fijada con algunas modificaciones y el 10% conforme a coeficientes que tengan en cuenta indicadores de eficiencia.

Finalmente, en relación a la coparticipación, el art. 17° hacía referencia al Consejo Federal de Coordinación Fiscal y Financiero, en cuyo ámbito funcionará el Organismo Fiscal Federal, “en el marco de lo establecido por el inc. 2 del art. 75 de la Constitución Nacional”.

Los otros artículos se referían principalmente al tema de la responsabilidad fiscal y por tanto exceden este análisis, aunque también para nosotros incurrieran en inconstitucionalidad por no respetar adecuadamente las autonomías provinciales.

De la comparación de este Acuerdo con la Constitución Nacional en esta materia, surge de manera evidente que no se adecuaba a las precisas bases establecidas por la Ley Suprema. En primer lugar, porque no

era una ley-convenio. Y en segundo lugar, porque no estaban fijados específicamente los criterios objetivos de reparto señalados en las bases constitucionales de la coparticipación. Por otra parte, esta iniciativa sólo buscaba consolidar la situación actual, que beneficia al Gobierno Federal en perjuicio de las provincias y municipios, al mantenerse prácticamente los mismos criterios en cuanto a la masa coparticipable, distribución primaria y secundaria y asignaciones específicas vigentes al 2004.

En este último aspecto debemos destacar que la modificación del sistema de la ley 23.548, sancionada en 1988 en la presidencia de Alfonsín, fue comenzado durante el gobierno del presidente Menem y su ministro Cavallo -a través de decretos de necesidad y urgencia en no pocas oportunidades- y con los pactos fiscales, con el objetivo de disminuir el porcentaje que se había reconocido a las provincias, lo que fue continuado por los sucesivos gobiernos nacionales. Es más, en esta materia se ha venido aplicando la misma política centralista y en la negociación con las provincias han seguido interviniendo casi los mismos funcionarios del Ministerio de Economía desde aquella época de comienzos de la década de los 90 hasta la actualidad. La prueba concluyente de ello es que este Acuerdo, además pretendía introducir un nuevo Fondo para aumentar la discrecionalidad política del gobierno central.

Por ello consideramos acertada la actitud de los gobernadores de Córdoba, Buenos Aires, Santa Fe, Corrientes, Neuquén y La Pampa, que formularon serias objeciones al proyecto de Acuerdo del Gobierno Nacional.

Este rechazo al Acuerdo, sin embargo no impidió la continuidad del inconstitucional e injusto esquema actual, ya que se ha detenido el propósito de sancionar un nuevo régimen de coparticipación acorde a los principios constitucionales.

En consecuencia, actualmente se ha exacerbado el avance centralista del gobierno "federal" sobre los recursos tributarios de las provincias y municipios, acentuándose la dependencia económica, política y social de estos órdenes gubernamentales.

En efecto, a las detracciones efectuadas a la distribución primaria mediante el expediente de las asignaciones específicas, que comenzara en el gobierno del Dr. Menem²³, se ha sumado el impuesto al cheque y

²³ Y que hemos descrito en nuestros libros *Federalismo, autonomía municipal...* y *Federalismo y constitucionalismo provincial* ya citados, en los caps. II y III

especialmente, las retenciones a las exportaciones de soja, maíz y trigo. De tal manera que la garantía fijada para las provincias por el art. 7° de la ley 23.548, de la percepción de un 34 % como mínimo de la recaudación tributaria nacional, incluyendo tanto los impuestos coparticipables como los que no lo son, también ha sido violada, con enormes perjuicios para los otros órdenes gubernamentales ²⁴.

Creemos esencial la constitución de un *Foro o Conferencia Nacional de Gobernadores* -como existe en otras federaciones como la mexicana o norteamericana-, a los fines de consolidar las relaciones interjurisdiccionales y lograr una interlocución más equilibrada de las provincias frente al poder hegemónico del gobierno central.

respectivamente, al analizar el tema de la coparticipación impositiva, con una estimación de los enormes montos detraídos a las provincias y por consiguiente a los municipios.

²⁴ El economista Dr. Salvador Treber, en un artículo periodístico titulado “Supina ignorancia o mala fe?”, publicado en La Voz del Interior, de Córdoba, el 7/3/08, indica que a las provincias les hubiera correspondido durante el período 2003-2006, 28.000 millones de pesos más. Y con respecto a este año en curso, la consultora Economía & Regiones ha sostenido que las provincias sacrificarán 5.500 millones de pesos más a favor de la Nación, ya que aunque reciban mayor cantidad de fondos por transferencias automáticas, su participación en el reparto de los tributos nacionales caerá al 31,5 %, el nivel más bajo desde 2003 (Informe publicado en Nueva Rioja digital, La Rioja, Argentina, 1 de febrero de 2008). El director de dicha consultora, Rogelio Frigerio (n) ha señalado que el superávit fiscal del gobierno central ha continuado por el aumento de las retenciones a las exportaciones, mientras que el déficit financiero de algunas provincias seguirá creciendo, encabezado por Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El periodista Juan Turello, de La Voz del Interior, ha indicado que las retenciones por las ventas de soja alcanzan a un 35% y las de maíz a un 25%, que quedan en las arcas del gobierno “federal”, y que por dicho concepto, la provincia de Córdoba cederá unos 2.350 millones de dólares de la campaña 2007/8, de los que no percibe nada, según datos aportados por el economista Juan Manuel Garzón. La nota también refiere que Garzón ha considerado el monto de las retenciones en relación a los departamentos de la provincia, resultando que en base a la población respectiva, quienes más aportan *per capita* son los habitantes de Río Seco y Tulumba, con un promedio de 3.950 dólares. Posteriormente se efectúa una comparación entre los servicios que reciben dichos habitantes con los de Puerto Madero, en la Ciudad de Buenos Aires, que es la zona más rica del país, resultando que el agua, gas natural y electricidad es allí mucho más barata, en razón de los subsidios que se pagan en el área metropolitana, en detrimento del interior y en violación de los principios constitucionales del federalismo, agregamos nosotros (confr. “Río Seco y Tulumba no son Puerto Madero”, La Voz del Interior, Economía, pág. 9-A del domingo 9/3/08).

Como se comprenderá, es absolutamente impostergable sancionar la ley convenio de coparticipación, para terminar con la violación de la Constitución, que ha fijado un plazo ya largamente vencido y porque ello es imprescindible para cambiar la deprimente realidad de nuestro federalismo.

Para salir del “laberinto” actual de la coparticipación debemos seguir nuestro hilo de Ariadna que no es otra cosa que respetar los mandatos de la Ley Suprema. Hay que fijar una masa coparticipable que no sea disminuida por la elevada cantidad de asignaciones específicas hoy vigentes, que deberán ser derogadas en su mayoría o en totalidad. Luego hay que fijar la distribución primaria y secundaria en base a los criterios constitucionales. En este sentido, resulta decisivo poner el énfasis en las modificaciones sobre las competencias, servicios y funciones entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires.

Un mayor reconocimiento de la participación de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires -que necesariamente debe repercutir después en la coparticipación a los municipios-, hará relativamente más sencilla la discusión posterior sobre la distribución secundaria donde se advierten las disputas entre las provincias más grandes y desarrolladas y las más pequeñas y atrasadas. En este aspecto, lo que he denominado el triunfo del proyecto centralista ha dado como resultado un país de enormes diferencias y desequilibrios, según los índices de desarrollo humano, de producto bruto o de ingreso per cápita, que es menester modificar. Los criterios de solidaridad exigidos por la Constitución deben respetarse, como lo hacen otras federaciones como la canadiense, la australiana o la alemana, que son notables ejemplos para considerar.

Debe comenzar ahora mismo este debate complejo y decisivo, según las bases constitucionales establecidas²⁵. Para ello es imprescindible el ejercicio de una verdadera política arquitectónica que supere antagonismos partidarios, fortalezca relaciones interjurisdiccionales y posibilite un desarrollo equilibrado del país conforme al proyecto federal de la Ley Suprema.

²⁵ Para contribuir a este demorado y fundamental debate, el Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba que dirijo, ha editado el libro *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Córdoba, 2008, con los aportes de economistas, juristas y de otras disciplinas.

B. El aumento de las retenciones a las exportaciones

El país se conmovió por el aumento de las retenciones a las exportaciones dispuesto por el gobierno, que originó una fuerte reacción de los productores y entidades del campo.

Sobre tan importante cuestión, estimamos necesario realizar las siguientes consideraciones desde un enfoque jurídico e institucional.

En ese sentido, sostenemos que la medida es *inconstitucional* por las siguientes razones:

1. Esta se instrumentó por medio de una simple *Resolución del 10 de marzo pasado del ministro de Economía de la Nación, en lugar de una ley sancionada por el Congreso*, como lo requiere la Constitución en los arts. 1, 4, 17, 75 y concordantes.

Se ha violado un principio esencial en las democracias constitucionales que es el de que no hay tributo sin ley, que hunde sus raíces hasta la Carta Magna inglesa de 1215 y que ha sido establecido en las respectivas leyes supremas. El principio prescribe que siempre es indispensable una deliberación democrática de los representantes del pueblo, para establecer los tributos, mediante una ley, ya que también se sabe que el poder de imponer envuelve el poder de destruir. Y por eso el principio de legalidad en la tributación ha sido consagrado en las normas constitucionales de los estados democráticos.

Este principio básico viene siendo desconocido en nuestro país por distintos medios: el dictado de decretos de necesidad y urgencia o de decretos delegados, basados a su vez, en inconstitucionales delegaciones efectuadas por el Congreso, que no puede delegar en manera alguna este tipo de competencias que son consustanciales a su rol institucional y a la división de los poderes. Vale la pena recordar que nuestra Constitución prohíbe expresamente en el art. 99 inc. 3, el dictado de decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria, y lo propio ocurre para los decretos delegados, en una elemental interpretación sistemática y orgánica. Por otra parte, la legislación de emergencia no debe estar por encima de la Ley Suprema, como principio básico de teoría constitucional.

Por si esto fuera poco, la degradación institucional es tal, que en base a los decretos antes mencionados, se dictan simples resoluciones por parte de los ministros, secretarios de Estado, autoridades del Banco Central, etc., que en forma palmaria exhiben hasta dónde se ha avanzado por el

Poder Ejecutivo y sus funcionarios por sobre las competencias legislativas del Congreso.

2. Este aumento de las retenciones a las exportaciones, particularmente en el caso de la soja que se eleva a más del 44%, son además inconstitucionales por *violación del derecho de propiedad de los productores, por cuanto existe confiscatoriedad*, conforme jurisprudencia pacífica de nuestra Corte Suprema de Justicia, que señala un límite del 33 %.

3. Esta resolución pone de relieve el *desconocimiento del sistema republicano prescripto en los arts. 1º y concordantes de la Constitución Nacional*. La división y el equilibrio de los poderes, como principio fundamental del sistema republicano, fueron expuestos por pensadores de la jerarquía de Locke, Montesquieu y Madison y luego adoptados en las leyes supremas de las democracias constitucionales. Desafortunadamente, en nuestro país y en otros de América Latina, se ha afectado este equilibrio de los poderes por el fenómeno del hiperpresidencialismo, caracterizado por el avance del Poder Ejecutivo sin los debidos controles del Congreso ni del Poder Judicial y en particular, de la Corte Suprema de Justicia. Fue Carlos S. Nino quien estudió en profundidad esta deformación del sistema republicano y democrático argentino y por nuestra parte, hemos señalado además, las lesiones producidas por las emergencias al orden constitucional así como las deficiencias de la cultura constitucional y de la legalidad que padecemos.

4. También se ha producido una *honda lesión a nuestra forma federal de Estado*, consagrada en los arts. 1º, 5º, 6º, 121, 122, 123, 124 y concordantes de la Constitución Nacional.

En efecto, al tratarse de impuestos de aduana que sólo corresponden al Gobierno Federal, no integran la masa coparticipable, de la cual puedan participar posteriormente tanto las provincias como la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los gobiernos locales. En el caso de la provincia de Córdoba, este aumento significa un aporte aproximado al Tesoro Nacional de 2.540 millones de pesos, de los que nada corresponden al erario provincial.

Piénsese que el art. 124 de la Ley Suprema reconoció la propiedad de los recursos naturales de las provincias y sentó las bases de la coparticipación impositiva y del gasto público federal en los arts. 75 inc. 2 y 8, entre otros aspectos tendientes a fortalecer nuestro federalismo y la des-

centralización del poder. Por eso esta medida es centralista y profundiza la dependencia política y económica de las provincias.

Consideramos que ha sido manifiestamente insuficiente la reacción de los gobernadores de las provincias más afectadas, que se han limitado a reclamar mayores obras públicas en sus respectivos Estados. En particular, esta medida ha afectado especialmente a la Región Centro y la ausencia de una oposición férrea a esta decisión centralista nos confirma el punto de vista sobre el proceso de inflexión que estamos sufriendo, ya que no se está defendiendo ni por los gobernadores y por los legisladores los derechos de la región, pese a la posibilidad de ejercer una fuerte presión en el Congreso, si se formase un bloque regional. Creemos que el Congreso, el Poder Judicial y las provincias deben ejercer de inmediato sus atribuciones constitucionales en esta materia y que además, no debe demorarse más el debate sobre la ley convenio de coparticipación impositiva, para dar cumplimiento al proyecto federal de Constitución. En este sentido, debemos poner de relieve que ha sido sumamente auspicioso el rechazo efectuado por el Senado de la Nación al Proyecto de Ley enviado por el Poder Ejecutivo y aprobado por la Cámara de Diputados, que pretendía la ratificación de la Resolución 125, en su art. 1º y lo que era todavía peor, la convalidación del art. 755 y concordantes del Código Aduanero (dictado en 1981 cuando no regía el Estado de derecho), que había establecido una delegación a favor del Poder Ejecutivo para fijar las alícuotas de los derechos aduaneros, en su art. 2º. Lamentablemente, la actual presidenta de la Nación, desconociendo el claro mandato del Congreso, ha insistido en sostener sus competencias al respecto, en otra clara muestra de nuestro hiperpresidencialismo²⁶.

²⁶ Luego del rechazo efectuado por el Senado de la Resolución 125, que estableciera las retenciones móviles sobre productos del campo, con fecha 10 de marzo de 2008 y que originara una de los más grandes y extensos conflictos a partir del restablecimiento de la democracia en 1983, la presidenta firmó el decreto 1076 donde sostuvo que el Congreso no había resuelto la cuestión y que en consecuencia, debía hacerlo en base a sus atribuciones presidenciales, para lo cual ordenó al ministro de Economía limitar la Resolución 125. Al respecto insistimos en que nuevamente se violó la Constitución por las siguientes razones: a) El Congreso, mediante el rechazo completo del Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo, solucionó la cuestión, en aplicación del art. 81 de Ley Suprema, que impide la consideración de dicho proyecto durante las sesiones de este año. b) En consecuencia dicha Resolución 125 quedó derogada, ya que el Senado rechazó el Proyecto de

C. El destino del gasto público federal

Consideramos que no se viene dando cumplimiento al inc. 8 del art. 75 que establece que el presupuesto general de gastos de la Nación debe fijarse anualmente “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inciso 2 de este artículo”, o sea las referidas a la ley de coparticipación impositiva, en cuanto a objetividad, equidad y solidaridad. En consecuencia, no se modifica la situación actual de asfixiante centralización que impide un desarrollo armónico del país ²⁷.

D. La insuficiencia del avance del proceso de integración regional

Estimamos que aunque el mapa regional se encuentra casi formalizado con las regiones ya constituidas del gran Norte Argentino, Patagonia, Nuevo Cuyo y Centro -faltando sólo la integración de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma-, no se aprecia un avance de dicho proceso. Las graves situaciones institucionales, económicas y so-

Ley del Poder Ejecutivo, aprobado en la Cámara de Diputados, que pretendía la ratificación de dicha Resolución en su art. 1º y además la convalidación del art. 755 y concordantes del Código Aduanero (dictado en 1981 sin vigencia del Estado de derecho), donde se había delegado la fijación de tributos en materia de derechos aduaneros a favor del Poder Ejecutivo, en su art. 2º (véase además Susana CAYUSO, “La Resolución 125, el decreto 1076/2008 y el juego de poderes. Efectos de la intervención del Congreso de la Nación”, L.L. Doctrina, 23/7/08, pág. 1). c) No existe duda alguna que sólo el Congreso puede sancionar normas tributarias, conforme los arts. 4º, 9º, 17, 75 inc. 1 y concordantes de la Constitución Nacional, por lo que resulta groseramente inconstitucional tanto este decreto 1076 como las resoluciones dictadas por el ministro de Economía en relación a ello. d) Jamás puede existir constitucionalidad para cualquier delegación efectuada por el Congreso en materia tributaria, conforme el art. 76 de la Ley Suprema, que se suma a los otros artículos antes citados. e) Se ha tratado en definitiva, de otra expresión más de hiperpresidencialismo, que desconoce los principios constitucionales de la república federal.

²⁷ Véase el artículo “Sin respeto por el federalismo”, que publicáramos en el diario La Nación de la Ciudad de Buenos Aires, 18/12/06. Asimismo es muy interesante el análisis de Juan LLACH, titulado “Anatomía de un despilfarro”, publicado en el diario La Nación, 23/7/09, que precisa la mayoría del destino de los fondos públicos para subsidios y exenciones impositivas, que además beneficiaron al área metropolitana de Buenos Aires, en desmedro del interior del país y en evidente violación de las normas constitucionales.

ciales atravesadas sumadas a la ausencia de una política arquitectónica seguramente han influido en ello. Sólo se advierte últimamente una cierta actividad destacable en la Región Centro. Urge la modificación del ordenamiento territorial con proyectos estratégicos como los corredores bioceánicos, que implican la realización de importantes obras de infraestructura como la terminación de la autopista Córdoba-Rosario y la consolidación de los pasos de la Cordillera de los Andes, de conformidad al acuerdo celebrado por el Mercosur con Chile.

E. El no cumplimiento de otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo

En este sentido mencionamos lo vinculado a la falta de creación del Banco Federal, al mantenimiento de la legislación centralizante que no se adecua al principio de la propiedad de los recursos naturales por parte de las provincias y al insuficiente ejercicio de las nuevas competencias en materia de convenios internacionales que faciliten la integración supranacional, con la participación de provincias y municipios.

F. Las leyes de financiamiento educativo y nacional de educación

Estas leyes sancionadas por el Congreso, también han significado otra lesión al federalismo, ya que por la primera se dispone por parte del Gobierno Federal de los fondos de coparticipación que corresponden a las provincias. Y en cuanto a la nueva ley nacional de educación, también la reputamos inconstitucional ya que no respeta las pautas federales de la organización de la educación. No es casualidad que en vez de ley federal de educación, ahora la norma se titule ley nacional, lo que ya indica la centralización operada en la materia.

G. La falta de autonomía “plena” para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tampoco puede faltar en este somero análisis de los problemas de nuestro federalismo, lo acontecido con el art. 129 de la Constitución Na-

cional, que reconociera la autonomía plena para la Ciudad de Buenos Aires, en uno de los avances más ostensibles de la reforma constitucional de 1994. Sabido es que el Congreso de la Nación sancionó las leyes 24.588 y 24.620, que violaron la letra y espíritu de la citada norma suprema, restringiendo la autonomía de la Ciudad, al impedirse una policía y administración de justicia plenas. Recientemente hemos comentado esta situación²⁸, que afecta particularmente a nuestra forma de Estado y a las provincias argentinas, ya que siguen contribuyendo al Tesoro Nacional que se hace cargo del servicio de policía y de la justicia nacional (civil, penal, comercial y laboral) de la ciudad más rica del país.

Para nosotros emerge con claridad el incumplimiento de la Constitución en cuanto a nuestra forma federal de Estado, de la misma manera que se observa en relación a nuestra forma de gobierno republicana, y en particular, por el fenómeno del hiperpresidencialismo. La decadencia de nuestro Estado de derecho comporta la violación de los principios de la república federal.

V. La necesidad imperiosa de cumplir el proyecto federal de la Constitución

Hemos vinculamos este proceso de incumplimiento de la Ley Suprema a la anomia que padecemos, como señalara Carlos Nino en su libro titulado *Un país al margen de la ley* y que anticipara Juan Agustín García en su obra *La Ciudad Indiana*, al comienzo del siglo pasado, al sostener que los argentinos teníamos un verdadero desprecio por la ley. Por nuestra parte, cuando presidimos la Asociación Argentina de Derecho Constitucional realizamos una Encuesta de Cultura Constitucional, que arrojó como síntesis que nuestra sociedad era anómica²⁹.

²⁸ En el artículo titulado “La Ciudad de Buenos Aires y su autonomía plena”, publicado en el diario La Nación, de la Ciudad de Buenos Aires, 25/5/07.

²⁹ Véase Antonio María HERNÁNDEZ, Daniel ZOVATTO y Manuel MORA Y ARAUJO, *Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.

Por ello, se incumplió el proyecto federal de la Constitución y se consolidó el proyecto unitarizante, que como hemos observado, ha fracasado a juzgar por sus resultados disvaliosos.

Con el restablecimiento de la democracia a partir de 1983, avanzó el ejercicio de las autonomías provinciales y municipales y se modernizó el derecho público a través de las reformas de las constituciones provinciales, de la sanción de cartas orgánicas municipales y finalmente de la reforma de la Constitución Nacional. Allí está la mayor fortaleza del proceso federal argentino.

En particular la reforma constitucional de 1994 acentuó la descentralización del poder al profundizar los principios federales, reconocer la autonomía municipal y otorgar un status especial a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo están sentadas las bases para impulsar el desarrollo de nuevos roles de regiones, provincias y municipios en los procesos de integración tanto nacional como supranacional, en el contexto del mundo globalizado en el que estamos insertos.

Las debilidades residen en nuestra falta de calidad institucional ya que no cumplimos el proyecto federal de la Constitución. No podemos superar la ostensible dependencia económica, financiera, política y social de las provincias con respecto al gobierno federal. No se advierte interés por parte de las autoridades responsables en comenzar a debatir proyectos como el de la coparticipación impositiva, ya que la arbitrariedad actual, que importa un gigantesco desapoderamiento de recursos provinciales y municipales por parte del gobierno "federal", es la base de su poderío político para sujetar y alinear a los gobernadores e intendentes, sean o no del partido del gobierno.

En definitiva, los problemas de la coyuntura política nos impiden la consideración de un problema tan delicado como el de nuestro sistema republicano y federal y en particular, el de las modificaciones que hay que producir para cumplir el gran proyecto federal de la Ley Suprema.

Sostenemos entonces que esto es lo que hay que corregir, abandonando el centralismo, en lugar de confundirse con la idea de modificar el federalismo, que ha sido bien definido en el texto constitucional pero incumplido, como otros aspectos de nuestra carta fundamental. En consecuencia, tenemos la necesidad imperiosa de cambiar para elevar nuestra cultura política y jurídica y respetar y asegurar la fuerza normativa de la Constitución y de su proyecto federal.

Frente a la profunda decadencia de nuestro Estado no resta otra actitud que recordar *La lucha por el derecho*, que nos enseñó Von Ihering, y con esa convicción, proponemos el comienzo inmediato del debate sobre el tema crucial de la ley de coparticipación impositiva, para lo cual este Instituto de Federalismo ofrece su colaboración, a partir de la obra colectiva de carácter interdisciplinario antes referida.

POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN EN MATERIA CONTRACTUAL ¹

por JULIO ALTAMIRA GIGENA ²

SUMARIO: I. Introducción. II. Potestades. A. Interpretar los pliegos y el contrato. B. Control y dirección. C. Aplicación de sanciones. D. Modificación del contrato. E. Rescisión unilateral. III. Conclusión.

I. Introducción

Este tema, como otros del derecho administrativo, está vinculado a la concepción filosófica que se tenga del Estado o, en otros términos, al rol que debe cumplir el Estado. Es también un problema de los fines y los medios, que es analizado por la filosofía política ³, íntimamente vinculada con las doctrinas económicas.

En efecto, para el liberalismo de los siglos XVIII y XIX, cuyo inspirador puede considerarse a Adam Smith ⁴, el individuo trata de lograr su conveniencia y simultáneamente impulsa la economía hacia la total realización de un orden beneficioso para todos. En otras palabras: estimaba que cada individuo, como hombre libre y en virtud de sus deseos, inclinaciones y pasiones, promovería espontánea e inconscientemente el orden económico más favorable para la sociedad.

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 21 de setiembre de 2010.

² Académico de número y vicepresidente de la Academia.

³ Jacques MARITAIN, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, 1952, pág. 71.

⁴ GIDE y RIST, *Las doctrinas económicas*, Barcelona, 1927, pág. 81 y ss.

Dice también que como consecuencia de ese interés individual se produjo la división del trabajo, se le dio importancia a la moneda con las que se pueden adquirir bienes y al sistema de la libre competencia que induce a la adaptación recíproca de la oferta y la demanda.

En estas circunstancias, al Estado *sólo le corresponde* ejercer las funciones esenciales como son: la justicia, la defensa interior y exterior y actuar en caso de que se deba proteger las industrias necesarias para el desarrollo del país. También le corresponde actuar para evitar los abusos de los grandes propietarios y empresarios, pues debe velar por el imperio de la justicia. De esta forma trata de rebatir a los críticos, que sostienen que esta corriente filosófica lleva al Estado a una posición negligente (*laissez faire, laissez passer*) y sin energía, que lo transforma en una caparazón de instituciones huecas sin más alcance que mantener una paz externa, engañosa y ficticia.

En la vereda opuesta encontramos al estatismo, cuyos seguidores confían en que sus amplias y crecientes intervenciones son útiles para lograr que la colectividad se beneficie -por esta razón se la denominó “colectivismo”- y de esa forma se beneficiarían también los individuos.

Se afirma que si el hombre siguiera simplemente sus instintos naturales, no se preocuparía tanto por la libertad, pues preferiría la dependencia porque le resultaría más fácil depender de otros a tener que pensar y tomar decisiones por sí mismo.

Para algunos se trata de un “totalitarismo” porque para cada problema el Estado tiene su solución desde un punto de vista político que no admite vallas ni diques, por lo que puede tomar cualquier decisión aunque signifique negar concesiones al individualismo. Por ello, la diferencia entre derecho público y derecho privado tiende a esfumarse. Se habla incluso de la “publicización” de la actividad comercial e industrial, ya que al Estado le corresponde intervenir en todas las actividades.

En esta línea de pensamiento encontramos a Aristóteles⁵ y a Platón, quienes sostenían que el Estado es por naturaleza anterior al individuo porque el todo precede a la parte. Ninguno puede pensar que es dueño de lo que usa, ya que todo es del Estado. Se llegó a pensar en la omnipoten-

⁵ Ismael QUILES, *Aristóteles*, Buenos Aires, 1944, pág. 144 y ss.

cia del Estado y el desconocimiento de la libertad individual. Su cuerpo pertenecía al Estado y debía consagrarse a su defensa. Sus bienes estaban siempre a disposición del Estado, quien debía reglamentar su uso y goce, así como toda la actividad de los individuos⁶.

Para esta teoría, al Estado le corresponde realizar en forma exclusiva todos los servicios que considera esenciales, como el judicial, el de seguridad interna y externa, el de salud, el de educación, la ejecución de las obras públicas, la prestación de los servicios públicos y además intervenir en la actividad comercial e industrial a fin de evitar que el rico se aproveche de la situación de necesidad del pobre. Había que esperar todo del Estado.

En cuanto a las doctrinas económicas afines a esta concepción filosófica puedo citar a Marx⁷ quien afirmaba que los capitales individuales experimentan un doble proceso: el de concentración y el de centralización. Por el primero se va produciendo, como consecuencia de la acumulación capitalista, una concentración cada vez mayor de riqueza en manos de empresarios privados. Es una consecuencia del acrecentamiento derivado de la plus-valía no pagada a los trabajadores y de las luchas de competencia. La concentración, favorecida por el crédito se refiere a la distribución de los capitales existentes; ayuda a la acumulación pero no la realiza. Era partidario de que todos los bienes de producción fuesen de propiedad estatal, ya que es el que está en mejores condiciones de administrarlos⁸.

Afirma también que para que su plan tenga éxito es necesario que el Estado esté gobernado por el proletariado, quien difícilmente pueda llegar al poder por medios democráticos, por eso es propenso a hablar de la “revolución del proletariado”.

Estimo que estamos en presencia de dos teorías económicas o doctrinas filosóficas extremas sobre el rol del Estado, la propiedad y su uso, pues considero que no es conveniente ni una concepción colectivista o estatista ni tampoco una individualista, ya que si se mira el problema

⁶ FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, Madrid, 1920, pág. 315 y ss.

⁷ Carlos MARX, *El capital*, Buenos Aires, 1918, pág. 598 y ss.

⁸ Juan José GUARESTI (H), *Economía política, Las doctrinas económicas*, Buenos Aires, 1963, pág. 218 y ss.

desde el Estado se puede olvidar de la persona humana y si, en cambio, se pone el acento sobre el individuo se puede marginar la función social que debe cumplir la propiedad, pues al Estado le corresponde velar por la buena educación, la salud, la alimentación y la vivienda, la previsión social, entre otras actividades para lograr el cometido estatal: el “bienestar general”⁹.

Me parece útil recordar que durante mucho tiempo, predominó en Europa y en nuestro país el principio de la autonomía de la voluntad y la teoría del equilibrio e igualdad de los intervinientes en una contratación, siguiendo el Código de Napoleón, que se asentaba en la libertad del consentimiento prestado por quienes suscribían el contrato.

Con el tiempo y, sobre todo, con el desarrollo de la industria y del comercio, las diferencias económicas se fueron acentuando, y fue así como el más rico era el más fuerte, y el menos rico, y con mayor razón el pobre, fueron los débiles en esa relación contractual, por lo que las cláusulas del contrato dejaron de ser elaboradas por ambas partes, y una de ellas -los poderosos- fue la que las redactó limitándose la otra a aceptarlas.

De esa forma se rompió el equilibrio, la igualdad y el principio de autonomía de la voluntad entre las partes que presuponían la teoría del contrato, por lo que el Estado se vio en la obligación de intervenir para evitar los abusos del más fuerte y proteger al más débil.

La concepción filosófica liberal del Estado y el principio de no intervención, fue disminuyendo para evitar graves abusos e injusticias, y es por eso que el Estado se vio obligado a intervenir a fin de impedir que los acreedores se prevalecieran de su posición favorable para exigir, lo que legalmente les correspondía pero no en estricta justicia.. Se quiso evitar que el acreedor explotara al obligado, aduciendo que lo que libremente se ha pactado debe cumplirse ineludiblemente, porque sobre este principio descansa la seguridad jurídica: “*pacta sunt servanda*”.

Al haber comprobado el Estado que la libertad contractual de algunos llegaba en muchos casos a extremos en que desaparecía la libertad de los otros, y se había destruido el célebre principio de igualdad y de libertad, el legislador creyó necesario justificar la intervención del Estado,

⁹ Faustino J. LEGÓN, *Tratado de derecho político general*, Buenos Aires, 1959, pág. 602 y ss.

mediante el dictado de leyes que “equilibraran la balanza”, y se restableciera así el equilibrio y la igualdad de las partes, pues estaba convencido de que una de ellas se había aprovechado en perjuicio de la otra.

Con el objeto de “promover el bienestar general”, el Estado intervino en la actividad privada mediante el dictado de leyes que, en algunos casos, establecían obligaciones para preservar la salud y la higiene de la población, o en otros, prohibiendo actividades por considerarlas nocivas o peligrosas.

Así, por ejemplo, el legislador dispuso que aquellas personas que realizaban actividades de riesgo para la salud debían cumplir una jornada de trabajo inferior que el resto del personal, gozar de mayores vacaciones anuales, bonificaciones especiales que aumentaban el salario, debían ser provistas de ropa de trabajo adecuada y del equipamiento pertinente, entre otras cosas.

Ese “dirigismo estatal” que comenzó en Europa se extendió a nuestro país haciendo desaparecer paulatinamente el principio de autonomía de la voluntad de las partes y, por ejemplo, con relación al contrato de trabajo, estableció la duración de la jornada y del descanso. Además, se manifestó en todas las actividades privadas, disponiéndose a partir de la segunda década del siglo veinte¹⁰, una serie de medidas en las que el “intervencionismo estatal” en materia legislativa fue de tal envergadura que ya no se puede hablar de libertad de las partes contratantes, sino de un verdadero dirigismo estatal en materia contractual.

A modo de ejemplo, puedo citar que en relación a los arrendamientos rurales y la locación de inmuebles urbanos, se dispuso la prórroga de los contratos y posteriormente se prohibió el aumento de los precios. Se dispuso que sólo en determinados casos se podía proceder al desalojo, y éstos fueron tan limitados en la práctica, que era casi imposible que prosperaran los juicios de desalojo.

Se fijó la tasa máxima de interés a cobrarse en los créditos hipotecarios.

Se establecieron precios máximos para la venta del pan, de la carne, de la leche, de la manteca, de la harina, y de distintos artículos de primera necesidad destinados a la alimentación. Se sancionó a aquellos comer-

¹⁰ Juan Carlos CASSAGNE, *La intervención administrativa*, Buenos Aires, 1992, pág. 122 y ss.

cientes que, aprovechándose de las circunstancias, acopiaran ciertos productos que escaseaban, aumentando su precio. Se combatió el agio y la especulación estableciéndose severas penas.

Se creó el Instituto Argentino para la Promoción del Intercambio (IAPI), la Junta Nacional de Granos, de Carnes, entre otras, quienes fueron los únicos adquirentes de las cosechas de trigo, maíz, y demás cereales, de carne por el precio que ellos fijaban, además de ser los únicos exportadores.

La intervención estatal fue tan amplia que se habló -repito- de la “publicización” de la actividad privada, o de la asunción por parte del Estado de la actividad comercial e industrial¹¹.

Otra circunstancia digna de destacar que sirvió de causa para la intervención estatal, fue la Primera Guerra Mundial (1914-1918). Si bien por contrato no se podía modificar el precio ni las condiciones pactadas, a raíz de esta circunstancia extraordinaria, que modificó las condiciones que las partes habían tenido en cuenta al suscribir el contrato, se pudo variar el precio e incluso hasta solicitar la rescisión del contrato sin responsabilidad patrimonial.

Por ello, en Francia y en Italia, se dictaron leyes que autorizaban a rescindir los contratos a pedido de cualquiera de las partes, cuando circunstancias producidas por la guerra hicieran prácticamente imposible su cumplimiento, o resultara mucho más oneroso que lo previsto, trayendo como consecuencia un desequilibrio manifiesto en la ecuación económico financiera del contrato.

La intervención estatal también tuvo lugar en Estados Unidos¹² en la misma época, dictándose leyes reguladoras de precios y de las condiciones estipuladas en diversas clases de contratos. Una de esas leyes se refirió a la jornada de trabajo y a los salarios de los obreros, por cuanto interesaba al Estado que éstos no vendieran su trabajo apremiados por las circunstancias económicas, aduciendo que es un cometido estatal “promover el bienestar general”.

¹¹ Juan Octavio GAUNA, “Ejercicio privado de las funciones públicas”, L.L. t. 1990-D-1205.

¹² Miguel Angel BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1980, pág. 79 y ss.

También a raíz de la crisis de 1929, se dictaron normas que establecían como causa de extinción de las obligaciones, no sólo la imposibilidad de su cumplimiento, motivada por fuerza mayor o caso fortuito, sino también cuando había sucedido un acontecimiento de tal trascendencia que había modificado las circunstancias tenidas en cuenta al contratar y, por ello, hacía mucho más oneroso para una de las partes cumplir el contrato y al mismo tiempo se beneficiaba la otra.

El Estado también intervino en las tarifas de los servicios públicos que habían sido fijadas contractualmente, disponiendo que se habían elevado de tal manera convirtiéndose en irrazonables en algunos casos, y confiscatorias en otros, debiendo el Estado intervenir en virtud del poder de policía, cuya atribución es inalienable, y su ejercicio legítimo no viola la cláusula de la Constitución en materia contractual, ni la que se refiera al derecho de propiedad.

Por esta razón, en los Estados Unidos lo económico social, constituye una de las materias del poder de policía, a lo que se suman la moralidad, seguridad y salubridad de la población.

También es digno de destacar que en el país del norte, la intervención estatal se manifestó fomentando ciertas actividades que eran necesarias para la comunidad, que los particulares no querían realizarlas por no ser lo suficientemente lucrativas. Entonces se puso en marcha una serie de mecanismos donde a veces los bancos debían proveer de fondos mediante préstamos a largo plazo y bajo interés, o se disminuían los impuestos que debían pagar o se les eximía del pago de algunos de ellos por un tiempo determinado.

Otro ejemplo interesante es el que se refiere a la educación, fomentando la que desarrollaban los establecimientos privados de enseñanza, mediante el otorgamiento de vales con el objeto que aquella persona que deseara concurrir a uno de estos establecimientos, no se viera privada por razones económicas. De esta forma una persona de escasos recursos económicos, podía elegir entre asistir a un colegio estatal o a uno privado.

Son todos ejemplos de actividades de fomento en las que, por razones de interés público, el Estado interviene arbitrando las medidas necesarias para que estas actividades privadas se mantengan, se incrementen o se desarrollen.

Regresando a la materia contractual, hay quienes sostuvieron¹³ que los contratos administrativos sólo pueden existir si las dos partes son entes públicos y a los que se denominan contratos administrativos, son actos administrativos con consecuencias bilaterales en virtud del consentimiento prestado por el particular.

Los sostenedores de las teorías estatistas, a las que he hecho referencia, no aceptan la colaboración de los particulares en materia de educación, de salud, de obras públicas y de servicios públicos, ya que estas actividades deben estar a cargo exclusivo del Estado.

En cambio para los que aceptan¹⁴ -entre los que me encuentro- la posibilidad de que el Estado suscriba contratos regidos total o parcialmente por el derecho administrativo, los particulares pueden colaborar con el Estado combatiendo las enfermedades, en la enseñanza, en la ejecución de las obras públicas y en la prestación de los servicios públicos¹⁵.

II. Potestades

Siguiendo la doctrina continental europea, la Administración tiene una serie de potestades¹⁶, que son atribuciones-deberes y no derechos, porque si así fueran podrían ser renunciados.

Estas atribuciones las tiene debido a que el fin¹⁷ de la contratación administrativa es la satisfacción del interés público y, por lo tanto, hay una evidente desigualdad entre los sujetos que suscriben el contrato.

¹³ Otto MAYER, *Le droit administratif allemand*, París, 1905, t. I, pág. 176

¹⁴ Agustín GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 10ª ed., Buenos Aires, 2009, t. 1, Cap. XI, pág. 18.

¹⁵ Carlos E. DELPIAZZO, *Contratación administrativa*, Montevideo, 1999, pág. 71 y ss.

¹⁶ Manuel María DIEZ, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1965, t. II, pág. 511 y ss.

¹⁷ José María DE SOLAS RAFECAS, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Madrid, 1990, pág. 22 y ss.

Considero de interés destacar que esa desigualdad no autoriza al Estado a obrar arbitrariamente y, por lo tanto, los medios que utilice para llegar a ese fin deben ser adecuados y proporcionados, bajo pena de nulidad.

La doctrina está dividida acerca de si las potestades que tiene la Administración en materia contractual son únicamente las que figuran en la ley, en los pliegos y en el contrato a fin de evitar incertidumbre en el cocontratante que además favorece la corrupción. En otras palabras: no hay cláusulas exorbitantes implícitas¹⁸ -teoría de la que participo-. O, por el contrario, si existen de pleno derecho, por principio, no siendo necesario mencionarlas expresamente en el contrato, al que son ínsitas, por lo que entonces no se requiere norma expresa que la consagre o establezca, como enseña Marienhoff¹⁹.

Enrolarse en una u otra teoría es de trascendental importancia para el juez que debe resolver una causa en la que precisamente el *thema decidendi* es la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo dictado en virtud de potestades implícitas durante la ejecución de un contrato, ya que si participa de la primera, declarará la invalidez de la decisión impugnada y, en consecuencia, hará lugar a la demanda. En cambio, si es partidario de la segunda, convalidará el acto administrativo cuestionado y, por ello, rechazará la demanda.

Estas potestades consisten en: a) interpretar los pliegos y el contrato; b) de control y dirección; c) de aplicar sanciones; d) de modificar el contrato; y e) de rescisión unilateral.

A cada una de ellas me voy a referir a continuación.

A. Interpretar los pliegos y el contrato

Esta atribución-deber que tiene la administración, tiene sus límites y están dados por las normas constituciones, legales y reglamentarias. Ade-

¹⁸ Héctor A. MAIRAL, “La teoría del contrato”, en *Contratos administrativos*, obra colectiva, 2ª ed., Buenos Aires, 2010, pág. 247 y ss.

¹⁹ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1970, t. III-A, pág. 345.

más, como toda decisión estatal tiene que ser fundada, y debe ser correcta desde el punto de vista lógico. La violación del principio de no contradicción o del principio de razón suficiente o de cualquier otro principio lógico, podrá ser motivo de impugnación por el afectado²⁰.

Es obligación de la Administración que sus actos administrativos tengan fundamentación legal y lógica, porque son dos requisitos esenciales para su validez, ya que no debemos olvidar que la función administrativa es sub-legal²¹, sino también que no es posible que los fundamentos sean ilógicos, irracionales o absurdos.

En los pliegos se suele establecer que los adquirentes podrán efectuar consultas por escrito sobre su contenido y requerir aclaraciones hasta una fecha determinada (por ejemplo: hasta cinco (5) días antes de la fecha fijada para abrir las propuestas). Las respuestas son efectuadas por el Comité de Evaluación de las Ofertas dentro del plazo previsto en el respectivo cronograma, mediante circulares que se entregarán a todos los adquirentes, participantes u oferentes, según el caso. Además, el comité generalmente responde sólo aquellas consultas que se refieran a cuestiones que tienen respuesta en la documentación proporcionada por el ente licitante.

El análisis de esta cláusula nos lleva a las siguientes conclusiones: 1) Sólo el adquirente del pliego es el que tiene derecho a formular consultas o requerir aclaraciones. 2) Si no hizo uso de este derecho no puede posteriormente sostener que esa cláusula es imprecisa o ambigua y, por ello, confundía al oferente. 3) Hay plazo de caducidad y, en consecuencia, se ha producido la preclusión en el procedimiento licitatorio, debiendo continuar con la próxima etapa. 4) Que en virtud del principio de igualdad, las respuestas deben darse a publicidad, ya sea mediante notificación o colocarse en un transparente.

La misma observación se debe realizar con relación a las cláusulas del contrato, ya que una vez firmado deberá ajustar su conducta a su contenido, pues es ley para las partes.

²⁰ Olsen A. GHIRARDI, *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, Córdoba, 2008, pág. 22 y ss.

²¹ Miguel S. MARIENHOFF, ob. cit., Buenos Aires, 1965, t. I, págs. 69/70.

El contrato debe ser consecuente con el pliego y no puede contener cláusulas que lo modifiquen en su beneficio, porque estaríamos en presencia de un comportamiento irregular, salvo que esa modificación esté suficientemente justificada.

B. Control y dirección

Esta potestad -como todas las otras- no es ilimitada, ya que puede ser controlada por el juez y, por lo tanto, su exceso será sancionado con la declaración de invalidez del correspondiente acto administrativo y dará lugar, en su caso, al pago de los daños y perjuicios producidos como consecuencia directa de la resolución invalidada.

En el contrato de obra pública -por ejemplo- el contratista tiene la obligación de someter a la aprobación de la administración, el plan de trabajos que haya proyectado para llevar a cabo las obras en el plazo de ejecución estipulado, pudiéndosele requerir la presentación de los documentos y demás elementos de juicio que justifiquen el plan de trabajos presentados.

Tiene también la obligación de someter a la aprobación la lista del plantel del personal, del representante o director técnico en la obra, así como de los equipos de los que va a disponer. Por lo que debe controlar que durante la ejecución de las obras trabajen los profesionales denunciados y se utilicen los equipos mencionados.

A fin de poder controlar la ejecución de los trabajos, el contratista está obligado a tener permanente en el obrador un ejemplar completo de la documentación del contrato.

De esta forma no sólo se controla la calidad de los materiales que se utilizan, que debe coincidir con la exigida por el pliego, así como la calidad del trabajo que se realiza, y el tiempo en que se ejecuta, ya que debe ser consecuente con el plan de avance de obra, y en el supuesto de que no se ejecute con la celeridad necesaria, la Inspección puede ordenarle su intensificación, bajo apercibimiento de sanción.

La Inspección debe controlar también el acopio de materiales con el objeto de que la ejecución de los trabajos no se demore, por lo que el contratista está obligado a tener siempre en la obra la cantidad de los materiales que -a juicio de la repartición- sean necesarios para su buena

marcha y deberá acondicionarlos de forma tal que no sufran deterioros ni alteraciones.

El jefe de la Oficina Técnica puede tener competencia para prorrogar el plazo de ejecución por causa justificada, como puede ser exceso de humedad, vientos y otras condiciones climáticas de carácter extraordinario o en aquellas en que, por disposición de este funcionario, se haya prohibido el trabajo por causa no imputable al contratista, pues a la comunidad le interesa que las obras se realicen sin demora.

La Inspección tiene atribuciones para ordenar al contratista que modifique los métodos y enseres adoptados por ser ineficaces o inadecuados, ya que éstos deben asegurar la calidad satisfactoria de la obra y su terminación dentro del plazo fijado en el contrato.

También tiene atribuciones para ordenar al contratista la demolición, desarme o desmontaje y las reconstrucciones necesarias cuando las obras se estén ejecutando con defectos, pero si éstos son inexistentes, todos los daños y perjuicios ocasionados al contratista, deberán ser reparados por la comitente, para lo que deberá existir entre la decisión y el perjuicio un vínculo de causalidad.

Indudablemente que si la orden es arbitraria, es nula. Esta arbitrariedad la convierte en una decisión antijurídica, porque es algo que niega al derecho, algo que se contrapone sustancialmente con la norma.

La calificación de arbitraria de una decisión no se refiere a su acierto o desacierto, a la justicia o injusticia de la resolución, sino que se caracteriza por tratarse de una orden que formalmente desprecia la norma.

La Administración también debe controlar que el contratista pague puntualmente los jornales, los aportes previsionales, los aportes a las obras sociales y que esté al día en el pago de las primas de los seguros.

C. Aplicación de sanciones

Íntimamente vinculada a la potestad de control y dirección está la de aplicar sanciones, pues de nada serviría aquélla si la Administración no pudiese sancionar en los supuestos de incumplimiento de las órdenes o de las cláusulas del contrato. Si la sanción es abusiva, irregular o lesiva de sus derechos puede el contratista solicitar el control judicial, pero quien

ejerce la jurisdicción controla la juridicidad, pero no sustituye a la Administración²².

La Administración tiene atribuciones para aplicar sanciones, pero - como lo he dicho- sólo aquellas que están expresamente establecidas en la ley, en el pliego o en el contrato.

En cambio, otros autores²³ afirman que el Estado tiene competencia para sancionar otras faltas o aplicar a las faltas contempladas en el contrato otras sanciones diferentes de las que en él se hayan fijado, si éstas no se las considera adecuadas o no sirven al propósito de asegurar el cumplimiento del contrato.

El acto administrativo sancionatorio para ser válido debe cumplir con todos los requisitos establecidos en las normas que regulan el procedimiento administrativo y, por ello, la sanción debe ser razonable y proporcionada²⁴ a la falta cometida para que no haya exceso de punición²⁵. Esto significa que toda pena que aplique la Administración se graduará teniendo en cuenta la gravedad de la falta cometida, los antecedentes del contratista y, en su caso, el perjuicio que se haya producido.

La doctrina²⁶ ha clasificado las sanciones en: a) pecuniarias, b) coercitivas y c) resolutorias.

Las primeras -llamadas multas- consisten en el pago de una suma de dinero que el contratista debe hacer a la Administración y que tiene una finalidad correctiva. El monto tiene que tener un límite, pues de lo contrario podría ser utilizado para que el valor de la obra que tiene que pagar el

²² Domingo Juan SESIN, *La potestad disciplinaria en la jurisprudencia*, Santa Fe, 2010, pág. 30.

²³ Entre los que puedo citar a Héctor J. ESCOLA, *Tratado integral de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1977, t. I, pág. 408.

²⁴ Ismael MATA, "La graduación de las multas administrativas", en R.A.P, obra colectiva, N° 216, pág. 104.

²⁵ Julio R. COMADIRA, "El exceso de punición como vicio del acto administrativo", en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1996, pág. 73 y ss.

²⁶ Pedro Guillermo ALTAMIRA, *Curso de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1971, pág. 536.

contratante disminuya considerablemente y, por lo tanto, habría un enriquecimiento indebido o sin causa del Estado²⁷.

Botassi²⁸ dice con acierto que estas sanciones cumplen la función específica de desalentar el incumplimiento por parte del contratista y se pronuncia en contra de las cláusulas penales implícitas.

Las segundas, las coercitivas, están destinadas a acelerar la ejecución del contrato por medidas de coacción como es la sustitución del contratista por tercero o por la propia administración, con el objeto que el contrato se ejecute en el tiempo convenido, pues ello hace al interés público.

Esta sustitución es temporal, en el sentido de que no pone fin al contrato, comporta el reemplazo del contratista en la ejecución de algunas prestaciones y tiene por fin la continuidad y regularidad del servicio o de la obra.

García Pullés²⁹ dice que el acto administrativo que así lo disponga debe justificar fundadamente por qué la decisión de ejecución directa es más razonable y eficiente que la aplicación de las multas por demora -opinión que comparto-.

Las últimas, las resolutorias -como la caducidad- son las que ponen fin al contrato por falta del contratista, ya que la revocación por pérdida del objeto o imposibilidad de su cumplimiento, por muerte del contratista en caso de tratarse de un contrato *intuitu personae*, por razones de interés público o por rescate no tienen por causa la falta del contratista y en algunos casos -como en los dos últimos citados- dan lugar a la indemnización.

No hay duda alguna que para que proceda la caducidad³⁰ es necesario que previamente se lo haya intimado para que regularice la situación (art. 21 ley 19.549) y además debe tratarse de una falta muy grave.

²⁷ Blanca A. HERRERA DE VILLAVICENCIA, “El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, obra colectiva, Buenos Aires, 2007, pág. 103 y ss.

²⁸ Carlos A. BOTASSI, “Potestad sancionatoria en la contratación administrativa”, en *Contratos administrativos*, obra colectiva, 2ª ed., Buenos Aires, 2010, pág. 307 y ss.

²⁹ Fernando GARCÍA PULLÉS, “Potestad de la administración de ejecutar por sí la prestación a cargo de su cocontratante”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, obra colectiva, Buenos Aires, 2007, pág. 864.

³⁰ Armando N. CANOSA, “La caducidad en los contratos administrativos”, en *Cuestiones de contratos administrativos*, obra colectiva, Buenos Aires, 2007, pág. 501 y ss.

Por lo tanto, el acto administrativo que así lo disponga debe estar especialmente motivado³¹ y debe reunir los demás requisitos esenciales que hacen a la legitimidad (art. 7 L.P.A.).

D. Modificación del contrato

La doctrina³² sostiene que una de las potestades de la Administración es la de modificar el contrato en la medida que las necesidades públicas así lo requieran.

Todos están de acuerdo que estas modificaciones tienen límites y sus consecuencias económicas, porque de lo contrario se afectaría el derecho de propiedad, celosamente protegido por el art. 17 de la Constitución Nacional.

En lo que hay discrepancia es -como ya lo he dicho- si esta atribución que tiene la Administración sólo existe cuando está en la ley, en el pliego o en el contrato -teoría de la que participo- o está implícita en todo contrato administrativo.

Entre los partidarios de la primera encontramos a Mairal³³ quien afirma que el Estado puede incluir en la ley, en el pliego o en el contrato las cláusulas que desee, pero una vez que está celebrado debe respetarlo sin posibilidad de cambios unilaterales más allá de lo establecido. De lo contrario se crea una situación de incertidumbre para el contratista que además favorece la corrupción, pues los funcionarios pueden amenazarlo con modificar el contrato de una manera que no estaba previsto, aduciendo que se trata de una cláusula implícita, debiendo el particular acudir a “gestores” o “amigos del poder” para defender su posición.

Gordillo³⁴ agrega -con conocimiento de causa debido su experiencia- que a veces se debe agregar falta de razonabilidad en el funcionario.

³¹ Juan Carlos CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 1999, pág. 70.

³² Miguel S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-A, pág. 395 y ss.

³³ Héctor A. MAIRAL, “La teoría del contrato administrativo”, en *Contratos administrativos*, obra colectiva, 2ª ed., Buenos Aires, 2010, pág. 247 y ss.

³⁴ Agustín GORDILLO, “La mutación del contrato administrativo” en *Cuestiones de contratos administrativos*, obra colectiva, Buenos Aires, 2007, pág. 836.

Con la segunda teoría puedo citar a Bielsa³⁵ quien dice -refiriéndose al contrato de servicio público- que el Estado puede modificar sus cláusulas cuando el interés público lo exija, pero con la condición de que abone los daños y perjuicios que tal modificación ocasione, por el principio de inviolabilidad de la propiedad. La Constitución argentina protege la propiedad y no la intangibilidad de los contratos directamente. Esas modificaciones pueden llegar hasta el objeto del contrato, sea en manera directa o indirecta, ya que el principio que sirve de base es siempre el mismo: “el interés público”.

En la misma posición se encuentran Marienhoff³⁶ y Escola³⁷, entre otros.

En una posición intermedia está Sarmiento García³⁸ al afirmar que cuando la modificación de las cláusulas no está expresa en la ley o en el contrato es posible “... *en la medida en que en el contrato de la Administración de que se trate se aplique el derecho público y surja como atribución razonablemente implícita*”.

Cualquiera sea la posición que se adopte, todos están de acuerdo en que para que proceda la modificación del contrato se deben reunir los siguientes requisitos: a) Que exista causa justificada, que deberá ser expresada; b) que con la modificación no tenga por finalidad encubierta beneficiar al contratista ni perjudicarlo, por lo que si esa alteración trae aparejada mayores trabajos, deberán ser pagados y, por el contrario, si hay disminución, se reduce la prestación y deberá hacerse un reajuste del precio; y c) que la alteración puede dar derecho al contratista a solicitar la rescisión sin culpa.

³⁵ Rafael BIELSA, *Derecho administrativo*, Santa Fe, 1947, t. I, pág. 385 y ss.

³⁶ Miguel S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-A, pág. 395 y ss.

³⁷ Héctor Jorge ESCOLA, ob. cit., t. I, pág. 391 y ss.

³⁸ Jorge H. SARMIENTO GARCÍA, “El *ius variandi* y los contratos de la administración”, en *Contratos administrativos*, obra colectiva, 2ª ed., Buenos Aires, 2010, pág. 283.

E. Rescisión unilateral

La Administración tiene la atribución de poner fin al contrato por razones de interés público o por rescate, indemnizando al contratista, ya que se trata de una rescisión unilateral en la que nada se le puede imputar.

Una de las discusiones doctrinarias es acerca de cuál es el órgano competente (el Ejecutivo o el Legislativo) para declarar rescindido el contrato por razones de interés público o por rescate.

Considero que debe ser por ley³⁹, porque afecta el derecho de propiedad (art. 17 C.N.).

El otro problema que ha dividido a los administrativistas es el alcance de la indemnización, ya que para algunos⁴⁰ sólo corresponde el daño emergente, por aplicación de la teoría de la expropiación. En cambio, para otros⁴¹ la indemnización debe ser integral.

Me encuentro en una situación intermedia, ya que considero que corresponde hacer lugar al daño emergente y a una parte del lucro cesante que en cada caso deberá determinar el juez de la causa. En cambio, la indemnización debe ser integral en los supuestos de responsabilidad contractual del Estado, ya que no se pueden equiparar un proceder con el otro

Con relación al rescate, es necesario que la Administración asuma la gestión que le había encomendado al particular, pues de lo contrario, la causal invocada es falsa.

³⁹ En el mismo sentido se pronuncian, Juan Carlos CASSAGNE, ob. cit., pág. 96 y Jorge H. SARMIENTO GARCÍA, ob. cit., pág. 282, entre otros.

⁴⁰ Miguel S. MARIENHOFF, “El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad”, E.D. t. 114, pág. 949 y ss.; Julio R. COMADIRA, “Improcedencia del lucro cesante en casos de responsabilidad del Estado por obrar administrativo lícito. Fuerza expansiva de los principios de la expropiación”, en *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1996, pág. 415 y ss.; Tomás HUTCHINSON, “La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público”, en *Contratos administrativos*, obra colectiva, 2ª ed., Buenos Aires, 2010, págs. 662 y ss.

⁴¹ Juan Carlos CASSAGNE, ob. cit., pág. 97; y autores que cita en la nota 21 de esta misma página, además de Osvaldo A. F. PRITZ, “El rescate” en *Contratos administrativos*, obra colectiva, 2ª ed., Buenos Aires, 2010, pág. 300 y ss.

Además, es necesario también que se trate de un contrato de colaboración como es la concesión de servicio público y no de atribución como la concesión de uso del dominio público.

III. Conclusión

Para concluir me parece conveniente recordar que todas estas potestades que tiene la Administración las debe utilizar con razonabilidad y ecuanimidad para “afianzar la justicia”, o sea obrar con justicia, es decir: “dar a cada uno lo suyo”, como enseñaba Ulpiano.

LA USUCAPIÓN POR EL CONDÓMINO Y DEMÁS COMUNEROS ¹

por GABRIEL B. VENTURA ²

SUMARIO: I. Introducción. II. La teoría de la causa de la posesión. Interversión del título. III. El ánimo de poseer en forma exclusiva del comunero frente a los llamados actos de mera tolerancia. IV. Incidencia de la teoría que considera que lo único que prescribe son las acciones. V. Presunción de representación en la posesión en las comunidades. A. En el condominio. B. En la comunidad hereditaria. C. En la sociedad conyugal disuelta. VI. La “colaboración” de los otros miembros de la comunidad.

I. Introducción

La posibilidad de adquirir por usucapión una cosa, por parte de uno de los titulares en el condominio o en otros supuestos de comunidad, siempre ha generado polémicas, tanto desde el punto de vista académico como desde el punto de vista práctico.

Obviamente, no nos referimos a la posibilidad de adquisición en condominio por usucapión, en una porción indivisa cada adquirente. Esta situación no presenta interés especial, dado que se encuentra tácitamente regida y regulada ante la sola existencia del condominio y la posibilidad de coposesión prevista en el art. 2407 C.C., lo que hace que la aplicación lisa y llana de las normas nos permita prever esa consecuencia indubitada ³.

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 5 de octubre de 2010.

² Académico de número.

³ Héctor LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1944, t. II, N° 1068, pág. 214; Manuel J. ARGANARÁS, anotando a Raymundo M.

Aludimos, en cambio, a la especial situación que se da cuando uno de los condóminos o comuneros pretende adquirir el todo de la cosa, oponiéndose al derecho del resto de los titulares del condominio o de los miembros de la comunidad.

La jurisprudencia ha tenido especial recelo en pronunciarse por la adquisición por usucapión por parte de uno de los comuneros, cuando éste, aprovechando su ocupación pacífica de la cosa, a veces por simple tolerancia de los otros, llega a cumplir el plazo legal para adquirir. Por otra parte, por expresa disposición de ley, los actos de administración que realice uno de los comuneros, se rigen por las reglas del mandato, lo que dificulta esgrimir la posesión *animus domini*.

Ocurre que, de las características exigidas a la posesión para que se genere el natural efecto adquisitivo de la usucapión, deberá remarcarse en estos casos, la exclusividad; es decir, la posesión también excluyente de todo otro pretensor, sobre todo atendiendo a quienes ostentan también sobre la cosa un *ius possidendi*, como el condómino, el heredero de los bienes del acervo antes de la partición, el cónyuge luego de disuelta la sociedad conyugal antes de liquidada, etc.

II. La teoría de la causa de la posesión. Interversión del título

No resulta tan fácil advertir el ánimo de dueño exclusivo en un sujeto que es además condómino o heredero junto con otros sujetos, como cuando el sujeto que posee carece por completo del derecho de hacerlo, o el título que lo justifique, aunque malo o incompleto, no resulta compartido con otras personas. Al primero se le exigirá una prueba mucho más acabada de su exclusividad respecto de los otros comuneros.

Es así como la ya conflictiva figura de la usucapión, cuando se va a producir en aquellos casos en que hay otros sujetos que también tienen intención posesoria, es decir cuando se parte de un supuesto de coposesión, aunque más no sea por una porción indivisa, como en el caso del condo-

SALVAT, *Derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1959, t. III, pág. 17, nota 5; Marina MARIANI DE VIDAL, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1997, t. 2, pág. 124.

minio, o una cuota parte, como podría considerarse en los supuestos de disolución de sociedades sin liquidación, etc., adquiere matices muy interesantes. Entre otros aspectos, surge la especial necesidad de precisar cuándo realmente los restantes comuneros han sido excluidos, como para considerar que el único que quedó en posesión del bien, pueda llegar a adquirir por usucapión el total de la cosa poseída.

Desde este punto de vista, aunque aparezca como injusto, está en mejor situación quien posee sin título alguno, que el que posee en virtud de un título que lo coloca en paridad con otros sujetos de manera compartida. En efecto, la aplicación de la llamada teoría de la causa, o de la voluntad abstracta, en expresiones de Ihering⁴, obliga a apelar al título que justifica la posesión; por lo menos esa será la estrategia defensiva del demandado por usucapión. En esa causa o título pues, aparecerá el derecho de dominio o “al dominio” de manera compartida, si se nos permite la expresión, lo que se erigirá en una presunción de difícil contradicción, si apelamos a la citada teoría. La *causa possessionis* del supuesto usucapiente, le estaría impidiendo, o al menos dificultando, esgrimir la posesión del cien por ciento de la cosa.

Si bien es cierto que el poseedor siempre tendrá latente la posibilidad de intervertir su título, en los términos del art. 2458 C.C. respecto del porcentual de su posesión, estimamos que dicha conducta no será del todo sencilla en estos casos, ya que la representación presumida de uno de los comuneros en favor de todos, exigirá en la práctica que se le haya planteado reclamo concreto de éstos para dejar acreditado su *animus propriom*.

Hay situaciones en las cuales tanto el *animus domini* del poseedor, como el *animus detinendi* del tenedor, aparecen presumidos por ley por el reconocimiento que significa la causa documentada; y ni el ocupante ni el juez podrán ignorar allí el motivo de la ocupación. Si ella determina que se está en presencia de un tenedor, sólo mediante una excepcional tarea probatoria permitiremos que dicho tenedor, así presumido por la *causa*

⁴ Rudolf Von IHERING, *La voluntad en la posesión*, trad. Adolfo Posada, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1896, pág. 31. Dice: “En realidad, esta teoría sustituye la voluntad con la causa possessionis, pudiendo en tal respecto llamarse teoría de la causa. La voluntad no juega aquí, in concreto, papel alguno; el animus domini está totalmente eliminado como condición de la posesión”.

detentionis, se erija en poseedor *animo propriom*. Es la teoría de la causa de la posesión, como la llama Ihering, o teoría de la voluntad abstracta por oposición a la voluntad concreta del individuo que ocupa⁵. La imposibilidad de penetrar en el contenido anímico de los actos del ocupante obliga a apelar a presunciones que, si bien en nuestro Código Civil no estarían consagradas de manera expresa, surgen por vía de inducción, tal como ocurre con la presunción de posesión.

Por ello siempre hemos sostenido que el Código Civil argentino ha adoptado la postura de la posesión subjetiva, defendida por Savigny, pero atenuada por la teoría de la causa. Si el ocupante en cualquier momento de la relación real ha reconocido la tenencia, será casi imposible pretender luego una relación posesoria. Por otra parte es lo que creemos que surge de manera expresa del art. 2462, inc. 6 C.C., que expresa: “Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior (tenencia): ... 6º. El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión o el derecho de poseerla pertenece a otro”.

En algunas legislaciones como en el Código Civil francés, por ejemplo, la posesión es presumida directamente por ley y sólo mediante prueba expresa de quien la niegue podrá determinarse la relación real de tenencia por parte de su ocupante⁶.

De igual manera podríamos admitir la presunción de tenencia cuando la causa que motiva la ocupación sólo puede estar referida a esa relación real⁷. Esta interpretación salva un importante escollo para el juzgador a la hora de precisar el ánimo. Sostenemos pues, aun a pesar de su falta de contemplación expresa, que en nuestro sistema, existe la presun-

⁵ En realidad, la denominación “Teoría de la causa de la posesión”, el propio Ihering la reivindica como propia, frente a la publicación, arrojándose autoría que efectúa uno de sus discípulos, Giessen, y deja acreditada la prioridad de su uso en el hermoso prólogo a su *La voluntad en la posesión*, ob. cit., págs. 8 y 9.

⁶ Art. 2230 Código Civil francés: “*On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s’il n’est prouvé qu’on a commencé à posséder pour un autre*”.

⁷ Henri, León y Jean MAZEAUD, *Lecciones de derecho civil*, trad. Alcalá Zamora y Castillo, Buenos Aires, EJEA, 1960, Parte Segunda, vol. IV, pág. 144. Dice: “*El animus se aprecia in abstracto, por referencia a un ocupante tipo colocado en la misma situación*”.

ción de posesión, que sólo caerá cuando quien contradiga dicha presunción acredite que ese ocupante posee por otro ⁸.

El art. 2353 C.C. consagra el principio de “inmutabilidad de la causa”, cuando expresa que “Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el transcurso del tiempo, la causa de su posesión”, que resulta una transcripción literal del proloquio romano “*nemo sibi ipsa causam possessionis mutare potest*”. Por ello, si la causa de la ocupación está lo suficientemente documentada como para significar un verdadero aporte probatorio, eliminaría toda posibilidad de invocar posesión por parte del tenedor, ya que constituye un constante reconocimiento de la relación real que se tenga en su consecuencia. No le bastará aquí al ocupante erigirse en poseedor por su sola voluntad, a pesar del art. 2458 del Código, pues la “voluntad abstracta” de la ley, surgida de la causa, le impedirá hacerlo. No es otro el motivo por el que cada vez que el poseedor entrega, aunque sea en préstamo una cosa, se recomienda confeccionar un contrato escrito que así lo indique. La *causa detentionis* aportará aquí la seguridad al poseedor de no perder su relación real, al impedir la interversión prevista en el art. 2458 C.C. Salvo casos excepcionales, ningún juez que se precie de justo podrá considerar intervertida la posesión frente a un contrato indubitado que acredite la situación de tenencia del pretendido poseedor.

Pero no podemos negar que la posibilidad de interversión del título, en los supuestos en que no pueda acreditarse la causa, estará siempre latente. Así, un cambio en el ánimo del ocupante, que trueca de *animus detinendi* a *animus domini*, puesto de manifiesto en los actos posesorios previstos en el art. 2384 C.C. ⁹, seguido del efecto excluyente del anterior poseedor ¹⁰, determinará la pérdida de la posesión para éste y la adquisición de aquél.

⁸ Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1961, t. I, págs. 26 y 27.

⁹ Gabriel B. VENTURA, “Aspectos probatorios del juicio de usucapión”, L.L.C., 1988, pág. 887; “Conceptualización de los actos posesorios”, *Revista Notarial de Córdoba*, N° 61, pág. 95.

¹⁰ Gabriel B. VENTURA, “Interversión de título”, L.L.C. 2001, pág. 259.

III. El ánimo de poseer en forma exclusiva del comunero frente a los llamados actos de mera tolerancia

Sin embargo, a pesar de lo que venimos exponiendo, no es fácil advertir la diferencia entre el *animus domini* del poseedor en los casos comunes, con el que pueda comenzar a ejercer el comunero por el cien por ciento de la cosa poseída. El tema se pone de manifiesto en la mayor tolerancia que, sin dudas, tendrán los otros comuneros frente a actos de posesión supuestamente exclusiva del usucapiente. Obviamente no será lo mismo que uno de los hermanos, por ejemplo, con ánimo de exclusividad posea el inmueble que constituyó la sede del hogar familiar, que cuando se trate de un tercero, ajeno por completo al dominio del bien. Sin dudas en el primer caso será frecuente que los actos posesorios llevados a cabo por el comunero poseedor *ad usucapionem* sean más tolerados que los del tercero ajeno a comunidad alguna.

Por otra parte, no debemos dejar de advertir que son frecuentes en todos los supuestos de comunidad, los llamados “repartos de uso”, cuando por acuerdo, tácito o expreso, verbal o escrito, cada uno de los condóminos o comuneros ocupa una cosa determinada o un lugar dentro de una misma cosa ¹¹.

Podemos advertir así que uno de los factores que dificultan la acreditación del *animus proprium* por parte del comunero, será demostrar que su posesión no fue consecuencia de actos de mera tolerancia ni de simples convenios de uso.

El Código Civil francés expresamente en el art. 2232, determina que “Los actos de pura facultad y los de mera tolerancia no pueden fundar ni posesión ni prescripción”. Lamentablemente, en nuestra legislación no hay norma similar, por lo menos no con la misma contundencia.

Aparece sí, y en normas más contundentes aún, en el Código Civil de Chile, cuya regulación, como ley madre, ha sido tomada también por los códigos civiles de Colombia, Ecuador, Honduras y El Salvador ¹².

¹¹ Verónica KOZAK DE VALDEZ, *Tratado teórico-práctico del condominio*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010, pág. 255.

¹² Luis MOISSET DE ESPANÉS, en su bellísima *Codificación civil y derecho comparado*, Buenos Aires, Zavalía, 1994, pág. 112, dice: “Encontramos, pues, toda una familia

Nos resulta tan didáctica la norma del art. 2499 del Código Civil chileno que la transcribimos textualmente: “*La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna.*”

Así el que durante muchos años dejó de edificar en un terreno suyo, no por eso confiere a su vecino el derecho de impedirle que edifique.

Del mismo modo, el que tolera que el ganado de su vecino transite por sus tierras eriales o paste en ellas, no por eso se impone la servidumbre de este tránsito o pasto.

Se llaman actos de mera facultad los que cada cual puede ejecutar en lo suyo, sin necesidad del consentimiento de otro”.

La doctrina crítica, en general, la carencia de norma similar en el Código argentino; sin embargo de nuestra parte, ciertamente con alguna indulgencia interpretativa, percibimos la exclusión de los actos de mera tolerancia para posibilitar la usucapión, en las expresiones del art. 4015 C.C. que, aunque reiterativas en lo conceptual, exige en el usucapiente el “ánimo de tener la cosa para sí”. No dejamos de reconocer, tal como lo hacen los críticos, que la expresión no es del todo feliz, pues si no existiere tal ánimo no habría posesión, según lo exigido por el art. 2351 C.C. que define esta relación real ¹³.

Por otra parte, cuando se recaba una posesión que no sea un acto de mera tolerancia, no se alude sólo al ánimo del supuesto poseedor, sino que se está involucrando también en la situación la actitud de quienes podrían efectuar reclamo y que no lo hacen, a veces no por desidia, sino en virtud de una relación social, familiar o de vecindad. Esta manera de actuar del *dominus* no sólo no debe ser objeto de reproche jurídico, sino que debe

de códigos americanos que se han moldeado a imagen y semejanza del chileno; en su estructura metodológica son iguales, pues tienen la misma cantidad de libros y las materias están distribuidas de manera idéntica”; Gabriel B. VENTURA, “Actos dispositivos en las comunidades de bienes”, J.A. Fascículo 10, 2009-III, págs. 17, 18.

¹³ Héctor LAFAILLE, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Ediar, 1945, t. I, N° 772, págs. 585, 586; Marina MARIANI DE VIDAL, en su *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavalía, 1997, t. 3, pág. 289, en nota 21, explica que la redundancia conceptual de la expresión posesión “con ánimo” o “a título de dueño” proviene del derecho francés en el que se distingue erróneamente la posesión a título de propietario de la posesión precaria.

ser incentivada y protegida de manera expresa por el derecho, como que es éste una herramienta de pacificación y realce de los más importantes valores humanos y sociales ¹⁴. Como bien lo expresa Areán de Díaz de Vivar, si los actos que se hacen posibles por la tolerancia amable del propietario se consideraran hábiles para plantear usucapión, “... *desaparecería toda armonía en la vida de la comunidad*” ¹⁵. Es el caso del propietario que, por buena relación con su vecino, tolera el paso de éste por senda marcada en su campo para acortar camino. Si el día de mañana el vecino pretende adquirir una servidumbre de paso esgrimiendo esos hechos, tal situación no es la querida por el legislador, pues simplemente se trató de un acto de mera tolerancia que no debería ser eficaz para la adquisición por usucapión.

Esa actitud de tolerancia, a la que el derecho no debe necesariamente “castigar” posibilitando la extinción de los derechos de quien así procede, se advertirá potenciada ante las relaciones familiares. ¿Cuántas veces uno de los hijos queda en el hogar paterno y carga con el cuidado de los padres hasta su muerte? No sería deseable, y sin dudas no está en el espíritu de la ley, que en estos supuestos, el resto de los herederos deba exigir la inmediata entrega de la vivienda y los objetos familiares, para evitar que el ocupante pueda luego, con el transcurso de los años, esgrimir usucapión alguna sobre éstos.

Es por estos motivos que nos atrevemos a exigir de los jueces una prudencia suma al pronunciarse en estas situaciones, pues no siempre habrá incuria y negligencia en los comuneros pretendidamente excluidos por el poseedor *ad usucapionem*. La interversión del título prevista en el art. 2458 C.C., sin que resulte imposible, exigirá aquí una prueba mucho más acabada que en los supuestos normales.

¹⁴ En igual sentido, expresa LAFAILLE, ob. cit., N° 775, pág. 589, que “*La ley debe fomentar esta inclinación y no entorpecer la armonía dentro de la vida colectiva*”; Raymundo M. SALVAT, *Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales*, Buenos Aires, TEA, 1962, t. II, N° 929, pág. 228.

¹⁵ Beatriz AREAN DE DÍAZ DE VIVAR, *Juicio de usucapión*, Buenos Aires, Hammurabi, 1984, pág. 87.

IV. Incidencia de la teoría que considera que lo único que prescribe son las acciones

Sabemos bien que la regla general en materia de prescripción adquisitiva, según lo deja sentado Vélez en la nota al art. 4015 C.C., que remite a Troplong, es justamente la prescriptibilidad de todas las acciones ¹⁶. Dice la nota citada que *“Nada puede escapar al imperio de la prescripción: ella excluye todo favor y todo privilegio, y se extiende sobre todos los derechos”*. Si a esta regla le sumamos la idea de que lo único que prescribe siempre son las acciones, según ya hemos sostenido en otras oportunidades ¹⁷, deducimos como consecuencia que, prescripta una acción, sea reivindicación, reducción, petición de herencia, partición, etc., como lógica consecuencia de ello resultará la adquisición del dominio, o del derecho de que se trate, por parte de quien resulta beneficiado por la prescripción ¹⁸. Podríamos sentar como principio que, cada vez que las leyes confieren una acción recuperativa, amén de aparecer latente una prescripción extintiva respecto de ella, cuando transcurran los plazos y las demás condiciones legales para que se configure, se generará también, aunque nada se diga, la posibilidad de adquisición del derecho cuya tutela por la acción prescripta no permite su recuperación a su anterior titular.

En una norma concreta, el art. 4019 C.C., el legislador toma especial recaudo de enumerar las únicas acciones que, a su decir, no tienen prescripción. Allí, en el inciso tercero aparece como imprescriptible *“La acción de división, mientras dura la indivisión de los comuneros”*. Sin dudas con esta expresión “comuneros” se está aludiendo al condominio y a los demás supuestos de comunidad ¹⁹.

¹⁶ Luis MOISSET DE ESPANÉS y Gabriel B. VENTURA, “Prescripción de la acción reivindicatoria”, L.L.C., 1986, pág. 18.

¹⁷ Gabriel B. VENTURA, “La prescripción liberatoria y la usucapión”, Zeus, Rosario, Diario 2849, 1986, t. 40.

¹⁸ Alfredo COLMO, *De las obligaciones en general*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, N° 917 a), pág. 627, Para este autor el planteo, aunque arriba a la misma conclusión, es justamente al revés. Dice: *“(…) lo prescripto y extinguido es el derecho, no sólo la acción, y con él la acción para hacerlo valer”*.

¹⁹ Para nosotros, el condominio no sería un supuesto de comunidad, puesto que en el condominio romanista, que es el adoptado por Vélez para nuestro país, hay propie-

Pero cabe remarcar que mientras el art. 3460 C.C. marca una excepción para el caso en que el heredero poseedor hace cesar la indivisión en los hechos, no aparece norma similar para los supuestos de condominio. El principio de la aplicación analógica acude aquí a superar el vacío, según lo sentado en el art. 16 del Código. Pues bien, esa cesación de la indivisión en los hechos, que menciona la norma como recaudo para que se produzca la prescripción, no es otra cosa que la interversión del título. La que, como se dijo, por tratarse de una figura de derecho con titularidad compartida, será más dificultosa de probarse que cuando no hay causa en cotitularidad o comunidad.

V. Presunción de representación en la posesión en las comunidades

Reforzando lo expresado, en cuanto a la dificultad probatoria de la interversión del título, en los párrafos anteriores, debemos tener presente que para casi todos los supuestos de comunidad, existen normas que presumen una cierta representación de uno de los comuneros en favor de los otros en la posesión de las cosas objeto del condominio, o de los bienes que integran la masa. Sin dudas estos dispositivos aparecerán esgrimidos por el resto de los comuneros, frente a la pretensión de usucapión por el poseedor. Ya que la posesión a título de condómino o *proherede* no es idónea para usucapir el todo de las cosas poseídas²⁰. Veamos cada caso:

dad exclusiva sobre la parte indivisa y cada condómino tiene amplias facultades dispositivas sobre ella, tal como se establece en los arts. 2676, 2677 y 2678 C.C.. Véase sobre el punto nuestro *Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble. Comentada. Anotada*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, nota al artículo 16, pág. 303. También en Gabriel B. VENTURA, “Actos dispositivos en las comunidades de bienes”, *Jurisprudencia Argentina*, número especial, Fascículo 10, 2009-III. Decíamos allí que “*Estas situaciones de comunidad suelen confundirse con el condominio, figura de derecho real en la que, merced a la existencia de la parte ideal o porción alícuota determinada, cada condómino sí tiene la libre disponibilidad de su parte y hasta los acreedores pueden embargársela, etc. (arts. 2676 a 2679 del Código Civil)*”.

²⁰ Raymundo M. SALVAT, ob. cit., t. II, N° 928, pág. 226, dice: “*La posesión debe ser, no sólo una posesión ejercida a título de dueño, sino que también en carácter de exclusivo propietario de la cosa. Si, por el contrario, la posesión se ejerce en carácter de*

A. En el condominio

Así, las normas de los arts. 2701 y 2709 C.C., representarán todo un problema para el condómino poseedor *ad usucapionem* del cien por ciento de la cosa, ya que por la primera de las normas el condómino que administre el objeto del condominio será reputado mandatario de los otros y, como tal, se le aplicarán las normas del mandato. Tengamos presente que muchos de los actos posesorios enumerados en el art. 2384 C.C., por ej.: el cultivo, la percepción de frutos, las reparaciones o mantenimiento de la cosa y hasta su simple ocupación, aparecerán también en los hechos, y frente a la comunidad concreta, como meros actos de administración. A su vez, sabemos que el mandatario es tan sólo tenedor de la cosa y, como tal, representante de la posesión del propietario, según lo dispuesto en el art. 2352 C.C.; de lo que resultará la dificultad extrema del condómino en cuanto a probar su “*animus rem sibi habendi*” sobre el cien por ciento de la cosa en condominio. ¿Cómo pueden advertir los otros condóminos que quien está ocupando los bienes de la comunidad pretende poseer por sí y no está tan sólo administrando la cosa común?, ¿Cómo puede reprochárseles no haber accionado frente a esta presunción legal que les confiere el derecho a considerarlo administrador, y hasta sujeto a una rendición de cuentas, según lo sentado en el art. 1909 C.C.?

Los interrogantes planteados y la contundente norma del art. 1908 C.C. que considera mandatario infiel al que prefiere sus propios intereses antes que los del mandante, resultan más que suficientes para demostrar lo dificultosa que será la acreditación eficaz de la posesión *animo proprio* del comunero. Hasta podría endilgársele que no sólo no administró fielmente la cosa poseída, como mandatario que era, sino que aprovechando esa mala administración, luego pretende apropiársela.

La jurisprudencia ha aplicado el supuesto con la prudencia que exigimos. Así se ha dicho que “El pago de impuestos o erogaciones producto de tareas de mantenimiento o construcción, realizadas en el inmueble común por uno de los condóminos, importan actos de administración y no

condómino o de coheredero, por lo mismo que se reconoce en otros un derecho de condominio o de comunidad hereditaria, la posesión no podría servir de base para la prescripción contra estos últimos”.

alcanzan para la interversión del título, mientras que aquel que pretende la usucapión, no pruebe en forma clara e inequívoca, la exteriorización de su voluntad de privar de la posesión a los demás condóminos”²¹.

Otro tanto ocurre con el art. 2709 C.C. citado que, en una cierta contradicción con lo establecido en el art. 2701 que hemos analizado en los párrafos anteriores, pregona que “Cualquiera de los condóminos que sin mandato de los otros, administrase la cosa común, será juzgado como gestor oficioso”. En la práctica, la conclusión será la misma, puesto que la norma genérica del art. 2288 C.C. que se ocupa de la gestión de negocios ajenos, apunta al mismo objetivo. En efecto, el gestor será considerado un mandatario sometido a todas las obligaciones previstas para esta figura y, como tal, se presumirá que es un tenedor de la cosa y no un poseedor. Obviamente nos referimos en relación a la porción que excede de su parte en el condominio.

B. En la comunidad hereditaria

En cuanto a la comunidad hereditaria, la situación en general, en materia de usucapión por el *proherede* en contra de la comunidad, es similar a la que se produce respecto del condominio.

Al respecto encontramos la norma del art. 3449 C.C. que expresamente hace valer la posesión de uno de los herederos a favor de todos los miembros de la comunidad hereditaria. En efecto, la citada norma expresa que “Si hay varios herederos de una sucesión, la posesión de la herencia por alguno de ellos, aprovecha a los otros”. Este dispositivo, daría pie a considerar que resultaría virtualmente imposible la adquisición por usucapión por parte de uno de los herederos en contra de los demás; sin embargo, no podemos negar que en este punto, el legislador ha querido evitar de manera directa dicho efecto.

²¹ Cámara de Concepción del Uruguay, Sala Civil y Comercial, 1999/7/15, “Bariffo de Volpi, Amalia J. c/ Cattáneo, Manuel R. y otros”, L.L. Litoral, 2000-231, transcripto por Miriam SMAYEVSKY y Marcela A. PENNA, *Usucapión*, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 128.

Así, acudiendo ahora al dispositivo del art. 3460 C.C., completamos el esquema de Vélez en cuanto a la posibilidad de usucapir por parte del heredero que posee con ánimo de exclusividad algunos bienes de la herencia. Dice el art. 3460 que *“La acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva. En tal caso la prescripción tiene lugar a los veinte años de comenzada la posesión”*.

C. En la sociedad conyugal disuelta

Producida la disolución de la sociedad conyugal por divorcio o nulidad, bien puede ocurrir que uno de los ex cónyuges quede en ocupación de algunos bienes que correspondían como gananciales, a la sociedad conyugal. Recordemos que la norma del art. 3969 que suspendía la prescripción entre marido y mujer aunque estuvieren divorciados, apuntaba al régimen anterior a la ley 23.515 de divorcio vincular. Luego de la sanción de ésta, en 1987, el supuesto puede válidamente presentarse.

Pues bien en estos casos, tal como hemos visto para los supuestos de condominio y comunidad hereditaria, la presunción de representación en la posesión aparecerá por analogía con las normas previstas para los supuestos de condominio o de los “proherede”. Igualmente será de aplicación el art. 3460 que hemos transcripto más arriba, en tanto el ocupante interviera su título, manifieste por actos exteriores su intención de poseer por sí y tal conducta desplace al otro miembro de la comunidad.

Concretando, si el ex cónyuge, luego del divorcio, continúa poseyendo y aspira a una usucapión, deberá demostrar de manera acabada, tal como lo exigíamos para los otros supuestos, que lo hace no sólo con ánimo de dueño, sino con exclusividad. Caso contrario se presume la representación en pro de la comunidad, o en su caso, la mera tolerancia por parte del otro miembro de la sociedad disuelta.

VI. La “colaboración” de los otros miembros de la comunidad

Es frente a la expresión del legislador en el artículo transcrito: “indivisión que ha cesado de hecho”, que aparece lo que habíamos adelantado respecto de los actos de mera tolerancia. Sobre todo en el marco de las relaciones familiares. Por ello siempre hemos sostenido la necesidad de una suerte de “colaboración” por parte de los restantes comuneros para arribar a una prueba contundente de la interversión del título.

El encomillado que hemos usado en “colaboración” obedece a que la expresión está empleada en sentido metafórico, dado que obviamente no podemos esperar que quien resultará perjudicado con la interversión del título del poseedor, preste espontáneamente algún tipo de ayuda. Nos estamos refiriendo en realidad al requerimiento o intimación efectuada por algunos de los comuneros, exigiendo el uso o disposición de la cosa. Ello dará oportunidad al poseedor para responder su pretensión demostrando su *animus domini* sobre toda la cosa poseída.

De no contarse con esa suerte de colaboración cuando alguno de los miembros de la comunidad pretende o exige usar o disponer de la cosa, los signos de la interversión por parte del comunero *ad usucapionem* deberán ser inequívocos; pues creemos que, en la mayoría de los casos aparecerán como simples actos de administración, con la presumida relación de tenencia respecto de las porciones alícuotas o cuotas que le podrían corresponder a los otros condóminos o comuneros.

En un caso así, ya no estamos autorizados a presumir la representación; todo lo contrario, el poseedor está expresando de manera directa su voluntad de poseer por sí, sea oponiéndose a la restitución, sea negando la comunidad o rechazando la partición. Es merced a esta actitud que ha quedado demostrado el alzamiento característico de la interversión del título. Si bien deberá destruir la presunción de protagonista de la *causa possessionis*, ya no tiene en su contra la otra presunción de representación en la posesión de los otros comuneros. Cabe acotar, como resulta manifiesto, que el inicio de la posesión *ad usucapionem* quedará marcado recién luego de esta actitud.

ESTADO ACTUAL DEL RECURSO DE CASACIÓN PENAL EN ARGENTINA ¹

por JOSÉ I. CAFFERATA NORES ²

SUMARIO: I. Introducción. A. Posición clásica u ortodoxa. B. El recurso contra la condena como derecho de nivel constitucional. II. Síntesis. III. Colofón.

I. Introducción

El tema que voy a abordar, sintéticamente se titula “Estado actual del recurso de casación penal en Argentina”.

1. El término “actual” nos está dando la idea de que antes no era igual, nos da la idea de que hay una evolución, y de esta evolución es de la que nos vamos a ocupar en esta conversación.

2. Voy a hacer dos o tres aclaraciones previas para ir despejando el campo, porque es un tema muy amplio y que abarca una serie de cuestiones que no están dentro del objeto concreto de esta sintética disertación.

a. Así, voy a señalar que vamos a reflexionar solamente sobre el recurso de casación en contra de sentencias definitivas, absolutorias y condenatorias dictadas, en materia penal.

Respecto de las sentencias absolutorias vamos a decir, simplemente titulado, que se admite hoy en la legislación y en la jurisprudencia de nuestro país que el fiscal o el querellante particular puedan recurrir la

¹ Conferencia pronunciada en sesión del día 19 de octubre de 2010.

² Académico de número y coordinador de Derecho Procesal Penal del Instituto de Ciencias Penales.

sentencia absolutoria dictada a favor de un acusado (con ciertas variantes según el Código que se trate).

También se admite el recurso de aquellos contra la *sentencia condenatoria* que consideren exigua (también con ciertas variantes según el Código que se trate).

Vienen bien algunos ejemplos para ilustrar estas ideas.

Invirtiendo el orden de tratamiento, señalamos que esta última posibilidad, si ustedes hoy leen los diarios o ven la televisión, podrían llegar a encontrarla en el llamado “caso Ludmila”, una bebida que fue muerta por sus padres. Ambos habían sido condenados a 18 años de prisión. Recurrió en casación el fiscal y hoy día el Tribunal Superior casó la sentencia aumentando la sanción y les dio prisión perpetua.

O sea que, como ya dijimos, este es un ejemplo de la posibilidad de que el acusador recurra la sentencia condenatoria buscando agravarla.

Respecto del recurso del acusador público o el querellante contra la *sentencia absolutoria*, hay un caso también muy famoso, cuyo nombre vamos a omitir, de una profesora de un jardín de infantes, acusada de abusar sexualmente de un niño que asistía a ese jardín. Se hizo el juicio y la absolvieron; los acusadores recurrieron en casación la resolución absolutoria ante el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, quien anuló la absolución y mandó a realizar un segundo juicio. En este segundo juicio volvieron a absolver a la acusada y los acusadores interpusieron un nuevo recurso de casación, el Tribunal Superior anuló la segunda sentencia absolutoria. Entonces la imputada recurrió ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación a quejarse por lo que entendía la violación a garantías constitucionales que la amparaban como perseguida penalmente (había sido absuelta dos veces y la mandaban a un tercer juicio, todos por la misma acusación, violándose la garantía del *non bis un idem*, argumentó) y la Corte Suprema escudándose en una cuestión formal (que la cuestión federal no se había planteado oportunamente) resolvió confirmar lo resuelto por el Tribunal Superior.

De este modo, implícitamente la Corte ratifica la posibilidad de que los acusadores público y privado recurran por vía de casación sentencias absolutorias (en este caso en dos oportunidades sucesivas), por lo cual ahora se le va a hacer un tercer juicio por el mismo hecho; y así ocurrirá gracias a los recursos de la acusación.

Con esto quiero resaltar que la jurisprudencia más importante de nuestro país junto con los códigos procesales penales, en mayor o menor

medida cuando se trata del querellante, están admitiendo como legítimo que exista un recurso de casación en contra de una sentencia absolutoria.

b. Existe sí una discusión de carácter teórico, pues hay autores que señalan que esto está bien y otros que está mal. Yo creo que puede admitirse excepcionalmente este recurso cuando la absolucón constituye una *negación* del derecho de la víctima a lograr justicia. En cambio, Julio Maier sostiene que en caso de que te absuelvan, recurran los fiscales, anulen la absolucón y te vuelvan a hacer un segundo juicio, es algo que vulnera el principio “*non bis in idem*”.

Nos vamos a ocupar entonces ahora sí del *recurso de casación del acusado contra la sentencia de condena*.

3. Este punto excede -si lo vamos a considerar en todas sus facetas- en mucho el tiempo del que disponemos para abordarlo: entonces vamos a tratar de *hacer centro* en el punto más importante para nosotros, que es el *alcance del control* que puede ejercer por vía del recurso de casación, un tribunal superior sobre las *cuestiones de hecho y prueba* que han sido tratadas y *resueltas en la sentencia de condena*.

a. Por “cuestiones de hecho y prueba” debe entenderse la conclusión a que llega la sentencia sobre la *existencia* del delito motivo de la acusación y sus circunstancias, de la *participación* responsable del condenado y sus modalidades, *a base de la eficacia o potencia convictiva* que tiene la prueba que se ha arrimado al proceso para así acreditarlo de modo certero.

Este es el punto central, sobre el que vamos a concentrar nuestra atención porque es el que, según los antecedentes que veremos, debería haber tenido un desarrollo más importante de lo que en definitiva ha terminado resultando.

b. Para ponernos en un contexto tenemos que decir que cuando estamos hablando de sentencia de condena en la Argentina, significa sentencia de condena dictada en un *juicio oral*.

Este tipo de juicio tiene como característica que *no queda en general registro actuado* de lo que sucede o se dice en el debate, que éste se realiza con continuidad en el tiempo, con el pleno contradictorio de las partes, con la posibilidad del público de acceder a su desarrollo y los medios de comunicación de difundir sus alternativas.

Pero sobre todo que se realiza con *inmediación*, entendida ésta como la proximidad, el contacto directo entre los jueces que van a dictar la

sentencia, con las pruebas en las que la van a fundar y con los demás sujetos que intervienen dentro del proceso en el carácter de partes (que han gozado del mismo contacto), y los argumentos y conclusiones que éstos formulen.

El problema es entonces ¿cómo encontrar un recurso que permita a un tribunal superior revisar las cuestiones de hecho y prueba (o sea, la potencia convictiva de ésta para tener por plenamente acreditadas aquéllas) fundantes de una sentencia de condena, que no ha percibido de modo *inmediato* y a la vez respetar las características propias señaladas más arriba del juicio oral y público a cuyo término se dictó?

Sobre este punto podemos señalar la siguiente evolución.

A. Posición clásica u ortodoxa

Primero la doctrina clásica, cuyos exponentes principales han sido Núñez y Vélez Mariconde, que parten de la siguiente base. Es posible -dicen- *distinguir* en una sentencia de condena, lo fáctico de lo jurídico; es posible *separar* aquello que se refiere a los hechos de aquello que se refiere al derecho, por lo que ambos aspectos pueden ser motivo de revisión independiente.

Ahora bien, como lo que se refiere a los hechos, es decir a la *valoración de la potencia convictiva de la prueba para poder tener por acreditados los hechos por los que se condena al imputado y su participación en ellos*, sólo la pueden hacer los jueces que han tenido contacto directo (inmediación) con esa prueba, no la puede hacer otro tribunal en las mismas condiciones, como sería el tribunal del recurso, porque *careció* de esa intermediación.

De lo expuesto, la consecuencia que extraen es la siguiente: “El recurso de casación no puede controlar los hechos ni la prueba en la que se han basado los jueces del juicio para dictar la condena”. Esto se da en llamar la *soberanía del tribunal de juicio*. El tribunal de juicio es soberano en las cuestiones de hecho y prueba porque no hay ningún tribunal superior que las pueda cambiar, que pueda decir que la prueba utilizada para condenar carece de la potencia convictiva para llegar a la certeza sobre la culpabilidad del acusado que es lo que exige en nuestro sistema una sentencia de condena, porque éste careció de la intermediación con las pruebas que si tuvo aquél.

Esta postura se sintetiza en una muletilla, “*las cuestiones de hecho y prueba no son revisables por vía de casación; el tribunal de juicio es soberano en la apreciación de ellas*”.

Esto, como ya se dijo, por la cuestión de la falta de intermediación.

Bueno, entonces, ¿qué será materia de este recurso?

El recurso de casación en esta concepción tradicional, es sólo un recurso de carácter *jurídico*, porque el tribunal de casación sólo puede controlar por su intermedio si la sentencia de condena ha observado o no el derecho *constitucional* (v.gr. si ha violado o no la garantía de única persecución), el derecho *sustantivo* (v.gr. si la calificación jurídico penal acordada a los hechos por los que se condena es correcta o errónea) o el derecho *procesal*. El derecho procesal que rige en general el proceso, por ejemplo, que el juicio haya estado precedido de una acusación; o el derecho procesal que rige cómo se hace una sentencia. Esto último permitirá controlar si la sentencia está fundada con razonamientos acorde con la sana crítica racional, pero -en esta concepción tradicional- allí se *detendrá*, no pudiendo -como ya se dijo- revisar la potencia convictiva de las pruebas esgrimidas en la condena para respaldar las cuestiones de hecho a que ella arriba. Esta es la primera y larga interpretación clásica que prácticamente rige desde los años cincuenta a los noventa.

B. El recurso contra la condena como derecho de nivel constitucional

En 1994 ocurre una situación jurídica de suma importancia. Se renueva la Constitución (aquí lo tenemos al académico Dr. Hernández, que fue un brillante constituyente por Córdoba) y se produce una modificación: se introduce un inciso nuevo en el art. 75 de la Constitución, el inc. 22, que incorpora, a nivel constitucional, la principal normativa supranacional sobre derechos humanos, y esta normativa *consagra expresamente el derecho del condenado a recurrir la sentencia de condena* (art 8.2.h CADH; art 14.5 PIDCP).

Pregunta: ¿antes de 1994 existía ese derecho? Respuesta: sólo lo tenías si te lo reconocía una ley procesal; pero nuestra Corte Suprema había dicho que si la ley procesal no te reconocía el derecho para recurrir la condena, que no la pudieras recurrir *no vulneraba* tu derecho de defensa. El derecho a recurrir la condena no era parte esencial del derecho

de defensa, sino que dependía de la regulación que hicieran los códigos procesales. Esto que era antes, hoy cambió: a partir del 94 se transforma en una verdadera *garantía de carácter constitucional* que el condenado pueda lograr de un tribunal superior la revisión de la condena.

Entonces, este nivel constitucional nos obliga a pensar y a preguntarnos, ¿este recurso de casación en la interpretación tradicional que hemos señalado recién, que respeta la *soberanía* del tribunal de juicio en las cuestiones de hecho y prueba, que mira el juicio y la sentencia desde el “atalaya del derecho”, “sobrevuela los hechos pero no se posa en ellos”; este recurso que es extraordinario, de estricto rigor formal, ¿es la *herramienta adecuada* para dar vida práctica a una garantía de nivel constitucional como la mencionada?

Sigo preguntando: ¿el derecho a recurrir la condena puede *excluir* de la revisión posible de este recurso, la parte más importante que tiene la sentencia de condena que es *declararte culpable*? Y es la más importante porque constituye una especie de “dedo de Dios” que tienen los jueces, cuando te dicen: “vos fuiste”. Este “vos fuiste”, fundado en que las pruebas recibidas en el juicio me dan la convicción de que has participado culpablemente en los hechos motivo de la acusación, ¿puede ser motivo de un recurso de casación?

Y reitero que este punto es el más importante de la condena, pues después se verá o discutirá si te condenaron por hurto, robo, o si están bien o mal concursados los delitos que te atribuyen, etc.; pero todo este examen jurídico sólo será posible si un tribunal de juicio antes te dijo “vos fuiste”.

Sigo preguntando: ¿esta afirmación fáctica de responsabilidad penal, puede quedar fuera de un recurso, cuando este recurso es una garantía constitucional?

Pareciera que no.

Más aún cuando la aludida normativa supranacional consagra el principio *in dubio pro reo*, que ya se derivaba de la interpretación de nuestra Constitución Nacional, y el texto de constituciones provinciales y códigos procesales, pero que ahora está expresamente establecido como *garantía constitucional*.

Si nosotros respetamos la aludida “soberanía” del tribunal de juicio nos encontramos con que este tribunal, cuando le parezca que hay elementos probatorios que le impiden llegar a la certeza y que le generan

dudas, te va a absolver. Pero si el tribunal no encuentra que haya dudas no te va a absolver, con lo que esta garantía constitucional que uno tiene, que si hay duda judicial te absuelvan, no tenés dónde reclamarla en la concepción tradicional de la casación; se transforma en una especie de autolimitación del tribunal de juicio.

¿Podemos pensar en una garantía que *dependa de una autolimitación* de que quien te la tiene que respetar? ¿Puede ser que el *in dubio pro reo* funcione como una suerte de obligación natural?, ¿que si te la pago está bien pagado, pero si no no te la pago no tenés derecho a reclamármela?

Y se produce un fallo de la Corte Interamericana DH que aun cuando ve al recurso de casación como herramienta *sólo de control jurídico* de la condena, expresa que en la medida que no se lo interprete con rigor formal y permita revisar los aspectos esenciales del fallo, satisface la garantía constitucional (aunque no pueda revisar las cuestiones de hecho y prueba, digo yo).

Todas estas nuevas cuestiones hacen reflexionar a los juristas y empiezan a tratar de ampliar en este sentido el antiguo rigor de la interpretación tradicional, para delinear al recurso de casación como un modo más eficiente de satisfacer la nueva garantía constitucional del recurso del condenado contra la condena. Doctrinarios dicen bueno, podríamos poner también como causales de casación, no solamente el control jurídico de la sentencia, sino algunos casos de falsa asignación del contenido de una prueba, (v.gr. la sentencia dice que el testigo *vio* cuando en realidad dijo que *no vio*). Algunos sugieren agregar a las causales de casación, las que dan lugar el recurso de revisión en contra de la condena firme.

Pero todos estos avances, en definitiva, terminan aceptando la muletila de “no se puede revisar en la casación cuestiones de hecho y prueba”, porque es sólo un recurso de derecho que permite sólo un control jurídico sustancial, constitucional o procesal de la sentencia. *Como se ve, un avance muy modesto.*

El precedente “Casal” de la C.S.J.N.

El tercer momento de esta evolución se da en el 2005, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve en una casación el conocido precedente “Casal”.

Una primera lectura de este fallo da la impresión de que *dinamitó* la interpretación tradicional, porque parte de la base de que no es posible distinguir en una sentencia los hechos del derecho, que es la base de la teoría tradicional. Y no es posible porque hay errores de hecho que te llevan a errores de derecho (v.gr. si das por acreditado que Juan es culpable y Juan no lo es, le vas a aplicar pena a un inocente, lo que es un error jurídico); o al revés, hay cuestiones jurídicas que pueden terminar en errores de hecho (v.gr. si no motivas la sentencia como debería motivarse según manda la ley procesal, de acuerdo a la sana crítica racional y terminas llegando a una conclusión de culpabilidad absurda, le erraste en los hechos porque declaraste culpable a quien no podía ser racionalmente tenido como tal, por inobservar la ley procesal sobre la motivación del fallo. “Casal” te cambia el paradigma de la casación según su interpretación tradicional.

¿Qué dice además “Casal”...? Que el tribunal de casación tiene que hacer el *máximo esfuerzo* para revisar todas las cuestiones de hecho y derecho que han sido resueltas en la sentencia de condena en la *medida que pueda*.

¿Qué significa en la medida que pueda? Que podés revisar cuestiones de hecho en la medida que estas cuestiones de hecho no sean cuestiones que *solamente pueden ser apreciadas mediante el contacto directo de los jueces con la prueba*, o sea, mediante la inmediatez.

Pero rápidamente “Casal” avanza y nos dice: esperen un poquito. A este tema de la inmediatez tampoco lo *magnifiquemos*.

¿Por qué? Porque además de la inmediatez, *hay otra serie de formas de acreditar la existencia del contenido y de la fiabilidad de las pruebas*: quedan muy muchas cosas escritas en un juicio oral y público.

Por lo tanto, toda cuestión relacionada con las pruebas recibidas en el juicio de las que quedó *constancia actuada*, puede ser objeto de revisión casatoria, aun cuando estas cuestiones de las que quede constancia actuada se relacionen estrictamente con la *prueba de los hechos*.

Dentro de este concepto, para que lo entiendan mejor, podemos considerar constancia actuada en sentencia de condena, toda prueba documental que se incorpora al debate, todos los actos de investigación penal preparatoria que se hayan incorporado al debate, las constancias que se dejan en el acta del debate, las expresiones que los jueces dejan en el fallo, al reproducir el contenido de la prueba en la que fundan sus conclusiones fácticas.

Sobre todo eso -dice “Casal”- la revisión puede ser amplia en materia de hechos y prueba, porque al existir constancia actuada de ello, conocerlo no depende directa y exclusivamente de la intermediación, del contacto personal del juez con la prueba.

“Miren” dice “Casal”: al final es sólo *la percepción personal que los jueces tienen de los testigos* (este testigo me pareció veraz; o este testigo me pareció mentiroso), lo único que no puede ser revisado por la casación, pues es prácticamente lo único que depende directa y exclusivamente de la intermediación.

No obstante, advierte “Casal”, los jueces no pueden fundar su convicción *sólo* en que esa fue su impresión personal; tienen que explicar por qué razones afirman que el testigo es creíble o no lo es.

Entonces, el segundo “salto epistemológico” de “Casal”, es aceptar que *se puede revisar por casación hechos fundados en prueba* de la que quedó *constancia actuada*, salvo aquellos que dependen exclusivamente de la percepción sensorial de los jueces.

¿Y cuáles son las herramientas que proporciona Casal para hacer este examen de las cuestiones hecho y prueba?

La primera herramienta: examinen si estas pruebas han sido evaluadas con arreglo a la sana crítica racional, es decir si han sido evaluadas respetando las normas que rigen la corrección del pensamiento humano: la lógica, la ciencia, la experiencia común, etc.

Pero seguidamente advierte “Casal”: ¡Ojo! esto no se agota en un control global de la sentencia en su conjunto, sino que este control de la observancia de la sana crítica la tienen que realizar respecto de *cada prueba en particular*: el tribunal de casación debe controlar no sólo si toda la sentencia aparece como racionalmente fundada, sino que *cada una* de las pruebas que han sido puestas en consideración, hayan dado como frutos conclusiones derivadas de un razonamiento sano.

La segunda herramienta que proporciona “Casal”, si bien reducida a las *cuestiones de hecho y prueba de las que hay constancia actuada*, es la posible revisión de la *potencia conviccional* de esa prueba para fundar en ellas conclusiones certeras sobre la existencia del delito y la culpabilidad del condenado.

¿Y de dónde saco yo esto? De dos párrafos de “Casal”. El primero, la preocupación que exhibe “Casal” para *desmagnificar* el concepto de intermediación del modo aludido precedentemente.

Porque no se va a preocupar tanto en reducir puntillosamente el límite revisor de los hechos, sólo respecto de aquella prueba cuyo conocimiento y apreciación depende exclusivamente de la inmediación, para *limitar* ortodoxamente el control de la *restante prueba* (la que no depende exclusivamente de la inmediación y hubiere constancia actuada) sólo por la vía de la sana crítica, porque para controlar su observancia por esta vía no hace falta ninguna inmediación, pues lo que se controla es el razonamiento de los jueces expresado en la sentencia.

Entonces para algo se preocupa tanto “Casal” en dejar reducido *sólo a conclusiones de hecho basadas en la percepción sensorial sobre los testigos*, el ámbito en el que la casación *no podrá* entrar: lo hace para *permitir* la revisión casatoria sobre *cuestiones de hecho*, si de la prueba invocada para fundarlos existiere *constancia actuada* (y no dependiera exclusivamente de la inmediación).

Y si hiciera falta una *ratificación* de lo que estoy diciendo, acudo a otro párrafo de “Casal”, en el que dice: bueno, la sentencia se construye mediante el método histórico, y el final del método histórico es cuando hay una comparación, una síntesis comparativa de la prueba. Si esta síntesis comparativa de la prueba arroja conclusiones opinables o poco asertivas, hay que absolver al caso por aplicación el *in dubio pro reo*. Y todos sabemos que el *in dubio pro reo* es “hijo legítimo” de la apreciación judicial de la potencia conviccional de la prueba: se tiene por violado el *in dubio pro reo* cuando las pruebas en las que la sentencia asienta sus conclusiones de hecho, no tienen la potencia convictiva necesaria para demostrar que a estas conclusiones de hecho se ha llegado con certeza, que es lo único que permite la condena.

En suma, por lo que hemos visto hasta ahora, parece que “Casal” demolió el concepto tradicional de la revisión casatoria (y sus “ampliaciones” propuestas a raíz de la reforma constitucional de 1994), no solamente porque la autoriza a meterse con la observancia de la sana crítica racional en la valoración de *cada prueba*, sino porque también la autoriza a abarcar la revisión de la *potencia conviccional de las pruebas de las que exista constancia actuada* (y su valoración de dependa de modo excluyente de la inmediación) que los jueces le hayan asignado a tales elementos de convicción para llegar a conclusiones de hecho.

Bajo estas condiciones puede decirse que “Casal” permite, que por la vía del recurso de casación puedan *re-analizarse cuestiones de hecho y prueba* de la sentencia de condena recurrida.

Después de “Casal ¿Qué?

El avance de “Casal” tendría que haber sido una vía natural para la *reorientación* de la jurisprudencia que se iba a desarrollar con posterioridad. Pero nos parece que no fue así, o al menos no lo fue con los alcances que debería haber tenido.

Para avalar esta pesimista conclusión vamos a hacer una pequeña síntesis de algunos fallos de la Cámara Nacional de Casación Penal (CNCP), de uno del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba y de la opinión de dos doctrinarios locales.

Pero adelantamos desde ya que a la vieja muletilla prohibitiva de las “cuestiones de hecho y prueba”, se agrega una nueva: “*haciendo el máximo esfuerzo revisor que ‘Casal’ indica*”, pero se sigue sosteniendo la interpretación más antigua.

Veamos.

- La Cámara Nacional de Casación, Sala 2, “Russo”, 16/10/09, dos años después que se falló “Casal” dijo así: El recurso es improcedente porque el casacionista pretende someter a una nueva revisión *cuestiones de hecho y prueba que no están comprendidas en ninguno de los motivos utilizados por la ley para la casación.*

Se invoca el “máximo esfuerzo revisor” para poder controlar la sentencia, pero se llega igualmente a la conclusión de que las cuestiones de hecho y prueba no están comprendidas en la revisión casatoria.

Por cierto que hay caracterizados *doctrinarios* que corren por este mismo carril. Se ha dicho: cualquiera creará que después de “Casal”... se pueden revisar las cuestiones de hecho: *nada más equivocado*, el tribunal de casación *no puede darle a la prueba un distinto valor conviccional de la que dio el tribunal de juicio*, sólo efectuará el control de su validez lógica en el sentido de que con arreglo de la sana crítica es aceptable la valoración probatoria: pero hasta ahí llegará. O sea, digo yo: *control de la sana crítica racional, sí; de la eficacia probatoria de la prueba, nunca.*

- La Cámara Nacional de Casación, Sala 1, “Chorovicz”, 24/5/07, dijo: el tribunal de juicio es libre en cuanto a la elección y análisis crítico de los elementos de prueba y la determinación de los hechos que con esa prueba se demuestran y *sólo a él corresponde evaluar esas pruebas y establecer el grado de convencimiento que puedan producir*: para ello el tribunal de juicio es soberano.

- La Cámara Nacional de Casación, Sala 3, “Pelay”, 24/4/07, señaló: La revisión casatoria supone el control de razonabilidad de la sentencia, pero no que se practique un nuevo debate (agrego yo, para intentar valorar nuevamente la potencia de la prueba).

- La Cámara Nacional de Casación, Sala 1, “Quintana”, 9/6/06, dijo: *si no se advierten fisuras lógicas* en el razonamiento del juzgador, la casación no puede modificar la condena. Adviértase, digo yo, que habla de fallas lógicas, pero no de *cuestiones relacionadas con la prueba*.

- Cámara Nacional de Casación, Sala 2, “Russo”, 16/10/09, un vocal dice: si la sentencia no presenta en cuanto a *la fijación de los hechos...* defectos lógicos, ni ambigüedades, ni omisiones o deficiencias en la *valoración de los elementos de prueba*, el tribunal de casación *no la puede revisar*. Adviértase nuevamente que no se mencionan *cuestiones relacionadas con la prueba*.

- Cámara Nacional de Casación, Sala 4, “Colatti”, 16/6/09, un vocal sostiene: aun cuando se trate de enunciados o razonamientos relativos a cuestiones de índole fáctica, la suficiencia del apoyo que las premisas -explícitas o implícitas- presten a la conclusión o la propia fuerza de convicción que surge de las actas incorporadas al expediente, entre otras cuestiones objeto de agravio, deben ser controladas en su relación deductiva o inductiva *desde las clásicas herramientas de la lógica*. Digo yo, nada de control de eficacia conviccional.

- Cámara Nacional de Casación, Sala 3, “Tessari”, 11/5/06, un vocal señala: la observancia por parte del tribunal de casación del principio *in dubio pro reo*, implica que esta casación *sólo puede realizar un control sobre la aplicación de las leyes lógicas y los principios de la experiencia*. O sea que, digo yo, el *in dubio pro reo* sólo te lo va a poder revisar la casación frente a un razonamiento realizado en contra de las normas de la sana crítica; es decir, nunca podrá invocarse su violación argumentando que las pruebas no tenían la potencia conviccional necesaria para dar certeza de la culpabilidad.

Otra muy respetable posición doctrinaria sostiene que lo que pretende “Casal” es que los tribunales de casación realicen el máximo esfuerzo de control para *distinguir* en la sentencia lo que son *enunciados de inmediación* -que se apoyan en percepciones sensoriales del tribunal de juicio respecto de lo ocurrido en la audiencia de debate- y que considera exentos *de la revisión casatoria*, de cierto tipo de *enunciados*

inferenciales que se conocen como *entimemáticos* los cuales, si bien se presentan como si fueran de intermediación, *no lo son* porque en realidad se apoyan en otros enunciados que, aunque la sentencia no los explicita, tácitamente los presupone: a estos enunciados entimemáticos los considera *revisables por la casación*. “Cuanto más entimemas se detecten -prosigue diciendo el autor-, más se avanzará en el control casatorio.

Y lo interesante -concluye el autor citado- es que ello se logra sin salirse en absoluto del marco establecido por el estándar tradicional del respeto al principio de razón suficiente, pues sólo se trata de llevar a cabo un control acerca de la corrección de las inferencias realizadas en una sentencia, precisamente en el sentido de si las premisas (explícitas o implícitas) brindan *suficiente* apoyo inductivo a las conclusiones, que es lo que desde siempre ha caracterizado a este estándar de control”

- Cámara Nacional de Casación, Sala 3, “Troncoso”, 20/11/07, un vocal señaló que al tribunal de casación le está vedado *el control de la prueba* que dependa en forma directa de la percepción, esto es los enunciados de intermediación, ello como consecuencia del juicio público, pero interpreto que nada impide el control en esta instancia de otros aspectos, vinculados a posibles *defectos* de fundamentación, o violación a los principios de la lógica y la experiencia. Digo yo, nada de control de eficacia conviccional.

II. Síntesis

En definitiva con el apoyo teórico *del que no participo*, toda la jurisprudencia del máximo tribunal de casación del país, seguida por la mayoría de tribunales superiores de provincias ha caracterizado el nuevo recurso de casación de esta forma: anuncie que va a hacer el máximo esfuerzo revisor que le impone la Corte Suprema de Justicia en el caso “Casal”..., pero no haga lo que la Corte dice que debe hacer para realizar ese máximo esfuerzo revisor: *no se meta con las cuestiones hecho y prueba, aunque de ellas exista constancia actuada* (y no dependen excluyentemente de la intermediación). Esto importa volver a aceptar que el tribunal de juicio *sigue siendo soberano* en la asignación de la potencia conviccional de las pruebas para llegar a una conclusión de certeza sobre la culpabilidad del imputado en el hecho.

Sin embargo, una luz de esperanza parece prenderse entre nosotros sobre la cuestión de la “constancia actuada”. El Tribunal Superior de Córdoba, al anular una sentencia absolutoria bajo el argumento de que el tribunal de juicio había asentado “*su conclusión dubitativa en un examen fragmentario de las diversas premisas que emanan del cuadro convictivo*”, dispuso el reenvío de la causa al mismo órgano jurisdiccional para que **-sin realizar un nuevo debate-** “dicte un nuevo pronunciamiento conforme a derecho” (T.S.J., Cba, “Brizuela”, 13/10/05).

Los jueces del juicio originario *se negaron* a dictar ese nuevo pronunciamiento, argumentando “que por el tiempo transcurrido” desde la sentencia originaria hasta el momento en que reciben la sentencia anulada en reenvío -más de un año y medio- “*nada se recuerda de las pruebas colectadas en el debate*” (Cámara en lo Criminal de 4ª Nominación de Córdoba, “Brizuela”, resolución del 21/10/05).

Pero el máximo cuerpo judicial de la provincia *rechazó* esos argumentos, señalando que no podía invocarse el “defectuoso recuerdo” de la prueba recepcionada en el debate *pues ésta se encontraba “textualizada en las partes conducentes en actas, sentencia originaria y la pronunciada por la Sala”* (T.S.J., Cba., “Brizuela, 31/10/05).

De lo expuesto se desprende que el alto cuerpo reconoce aptitud para fundar ese nuevo fallo, a la prueba así documentada (“textualizada”, dice), restando por tal motivo importancia al hecho de que los propios jueces que intervinieron en el juicio confesaran que “nada se recuerdan de las pruebas colectadas en el debate”.

III. Colofón

Yo diría para terminar, que esta doctrina y esta jurisprudencia parecen como estrellas en el firmamento procesal penal, que nos permiten elaborar una constelación.

¿Y qué es una constelación? Es un conjunto de estrellas que, unidas por trazos imaginarios, forman un dibujo que evoca una determinada figura. Yo pensaba que si nosotros les pidiéramos a Giuseppe de Lampedusa que se ocupe de trazar estas líneas imaginarias, seguramente que la figura que nos va a aparecer aquí evocará la de Fabrizio Corvera, príncipe de Salinas, más conocido como “*il Gatopardo*”, a quien le atribuye este

cínico pensamiento: *“Si queremos que todo siga como está, es necesario que cambiemos todo”*.

¿Es posible que tengamos que arribar a esta conclusión en materia de recurso de casación contra la condena?

Yo esto lo planteo no como una figura decorativa, sino como una convocatoria a la rebeldía. Esto no puede ser, esto no está bien que sea, esto no es acorde con la normativa supranacional, ni con el nivel constitucional que tiene el recurso contra la condena, ni con los alcances del fallo “Casal”.

Yo creo que todos nosotros, cada uno en el ámbito que nos toca actuar, estudiantes, abogados, magistrados, profesores, académicos, tenemos la obligación de enfrentar esta cuestión y tratar de todas formas que la indudable ampliación (constitucional y jurisprudencial de la C.S.J.N.) de los alcances de la revisión casatoria de la sentencia de condena que he señalado, no vayan a quedar -como parecería- reducidos por la práctica a meras muletillas elegantes que sólo enmascaren un arcaico gatopardismo.

**INCORPORACIÓN DE
ACADÉMICOS
CORRESPONDIENTES
EXTRANJEROS**

RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO CORRESPONDIENTE EN LA
REPÚBLICA DE PERÚ, DR. CARLOS RAMOS NÚÑEZ ¹

La presentación estuvo a cargo del señor académico Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, en acto público llevado a cabo el 6 de abril de 2010.

Palabras del académico de número Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira

Señor presidente Dr. Luis Moisset de Espanés, señor vicepresidente y actual presidente electo Dr. Juan Carlos Palmero, Dr. Carlos Ramos Núñez, nuestro nuevo académico correspondiente, señores académicos de número, Sra. cónsul adscripta de la República del Perú en Córdoba, Lorena Campos Cavero, señores profesores, familiares del Dr. Carlos Ramos Núñez, señoras y señores.

El señor presidente de la Academia me ha conferido el honor de presentar al Dr. Carlos Ramos Núñez, quien se incorpora en calidad de miembro correspondiente en la República del Perú.

Hace varios años que conozco al Dr. Ramos Núñez, con quien, confieso, tengo un gran afecto por sus condiciones humanas y un gran respeto y admiración por su trayectoria académica y científica. Además, compartimos las periódicas reuniones del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano.

Su formación comenzó en el Colegio de los Padres Maryknoll de la ciudad de Puno. Sus estudios secundarios, Carlos Ramos Núñez los realizó en el Colegio Particular La Salle de Arequipa.

¹ Acto realizado en sesión extraordinaria el 6 de abril de 2010.

Se graduó de abogado en la Universidad Católica de Santa María de Arequipa y de Magister en Derecho Civil.

Obtuvo el grado de Doctor en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Es un destacado catedrático ordinario de esa casa de altos estudios.

Ha dictado clases, conferencias y ha participado en jornadas, simposios y congresos científicos.

El Dr. Ramos Núñez es, además, *Visiting Scholar* de la *Robbin Collection* de la Facultad de Derecho, *Boalt Hall* de la Universidad de California (Berkeley) y profesor visitante de las universidades de San Judas Tadeo de San Pablo (Brasil), de la Universidad de Sevilla, de la de Buenos Aires de la Universidad del Museo Social y de la Universidad de la Sorbona de París.

Ha sido investigador del Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo en Francfort, Alemania.

A lo largo de su vasta y prolífica vida intelectual, académica y científica recibió numerosas distinciones, entre los que se destacan: Doctor *honoris causa* y Profesor Honorario de varias universidades del Perú, de la Universidad Nacional de San Agustín, de la Universidad Católica de Santa María, de la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo, Universidad César Vallejo de Trujillo, Universidad Privada del Norte, Universidad San Pedro, Universidad José Carlos Mariátegui de Moquegua y de la Universidad Tecnológica del Perú, Filial Arequipa; Medalla Francisco Mostajo y premio Francisco García Calderón, otorgado por el Colegio de Abogados de Arequipa a las personalidades por su trayectoria democrática y a las mejores investigaciones jurídicas del país.

Es miembro de número de la Academia Peruana del Derecho y de la Academia Nacional de Historia del Perú, y miembro fundador de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Estudios Clásicos.

Es autor de numerosos y calificadísimos trabajos en el campo de su especialidad, entre los que sobresalen: *Toribio Pacheco, jurista peruano del siglo XIX*, *Ignacia Rudulfo Viuda. de Canevaro. Una benefactora del siglo XX*, *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*, *Codificación, Tecnología y Postmodernidad. La muerte de un paradigma, Cómo hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento*; *Jorge Basadre, historiador del Derecho y compararista. La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana, La*

Historia de la Corte Suprema del Perú, Historia del Palacio de Justicia e Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX, de la que se han publicado seis tomos, obteniendo el premio internacional Ricardo Zorraquín Becú, otorgada a la mejor obra de historia del derecho moderno publicada en lengua ibérica a lo largo de un trienio.

El Dr. Ramos Núñez ocupó cargos de gran relevancia. Se ha desempeñado como director general de Asesoría de la Biblioteca Nacional del Perú, director general de la Academia de la Magistratura del Perú y director de la Sección Derecho del Instituto Riva Agüero.

En fin, nos encontramos ante un intelectual incansable comprometido con su tarea y que dedica y ha dedicado sus mejores esfuerzos a la docencia, sobresaliendo por su actuación ejemplar en la investigación en el campo de su especialidad, la Historia del Derecho.

Para concluir, permítame señor presidente abandonar la formalidad: “*Carlos, querido amigo, bienvenido al seno de esta corporación*”.

Por último, autoríceme decir -en nombre propio e interpretando el sentir de todos los miembros de número- que la Academia de Derecho de Córdoba se enorgullece con la incorporación de un historiador del Derecho de las calidades personales, académicas, y científicas del Dr. Carlos Ramos Núñez.

Por todo ello, nos resulta muy grato su presencia aquí, con nosotros.

El tema sobre el que ha de versar su disertación, significa para esta Academia un hondo motivo de satisfacción y a la par, de regocijo, por recordar a uno de los más prestigiosos presidentes con que ha contado esta corporación.

En este sentido, nuestro nuevo miembro correspondiente abordará el tema: “*Enrique Martínez Paz: El primer comparatista latinoamericano*”.

Señoras y señores pido un fuerte aplauso para el Dr. Carlos Ramos Núñez.

Muchas gracias.

EXPOSICIÓN DEL DR. CARLOS RAMOS NÚÑEZ

El discurso de incorporación del Dr. Carlos Ramos Núñez será publicado en futuro número de Anales de la Academia, en razón de no haberse recibido en el plazo estipulado la correspondiente conferencia.

HOMENAJES

ACTO DE HOMENAJE IN MEMORIAM DEL EX ACADÉMICO DE NÚMERO DR. NELSON C. DELLAFERRERA ¹

Palabras del Pbro. Dante E. Simón SDB ²

Sr. Presidente de la Academia Nacional de Derecho, Dr. Juan Carlos Palmero.

La vida del Padre Nelson Dellaferrera no ha pasado desapercibida, todo lo contrario. No escapa a nuestra atención que por donde ha estado ha suscitado admiración. Eso no quita que también haya provocado reacción, cosa que siempre sucede con las personas que no son mediocres. Es de esperar que su figura se agigante con el tiempo, debido a lo generoso que fue Dios con él y a la sabiduría de su persona que hizo multiplicar los talentos con que fue beneficiado. Son oportunas y vale la pena citar aquí las palabras del Nuevo Testamento referidas al Señor, que dicen: “y pasó haciendo el bien” ³.

El historiador

Desde joven fue una persona inquieta y deseosa por conocer a los que nos han precedido. Convencido de que nuestro presente tiene sus raíces en el “ayer”, y nuestro “hoy” hipoteca el mañana. Con el estudio de la historia, enseñó a no descuidar nuestro origen, como una manera inteligente y sabia de vivir. Es largo y rico el elenco de sus escritos sobre

¹ Acto realizado en sesión extraordinaria del 1º de junio de 2010.

² Vicario judicial. Arzobispado de Córdoba.

³ Hechos 10, 38.

los concilios, sínodos y asambleas eclesíásticas y eclesiales sucedidos, en especial en Latinoamérica, marcada desde el siglo XV, por el anuncio del Evangelio.

Conocedor del lenguaje de las civilizaciones, concuerda con el Santo Padre Benedicto XVI cuando dijo el 13 de mayo de 2007 en la apertura de la Asamblea Episcopal de Aparecida: “En efecto, el anuncio de Jesús y de su Evangelio no supuso, en ningún momento, una alienación de las culturas precolombinas, ni fue una imposición de una cultura extraña. Las auténticas culturas no están cerradas en sí mismas ni petrificadas en un determinado punto de la historia, sino que están abiertas, más aún, buscan el encuentro con otras culturas... Sólo la verdad unifica y su prueba es el amor. Por eso Cristo, siendo realmente el Logos encarnado, “el amor hasta el extremo”, no es ajeno a cultura alguna ni a ninguna persona... El Verbo de Dios, haciéndose carne en Jesucristo, se hizo también historia y cultura”⁴.

En esta línea nos ha enriquecido su cualificado aporte. Hombre abierto a la consideración de los hombres de Iglesia que trabajaron con las precariedades de la época, pero con la audacia de aquellos que están animados con el fuego del Espíritu. Fuerza que no se agota y siempre fluye, como el agua de la salvación del manantial inagotable que es Jesucristo.

No hubiera escapado a su fino espíritu de historiador las celebraciones de nuestro, no siempre bien logrado, bicentenario tratando de atender a los acontecimientos históricos como una rica lección. De esta manera, no ignoraría en nuestra cultura de hoy la intención y motivaciones de los padres de la patria. Sin dejar de lado la riqueza que entre esos padres, también se contaron destacados hombres de la Iglesia que “hicieron patria” anunciando el Evangelio.

El canonista y juez

Otro talento que brilla en el cielo del Padre Nelson, es el de ser un canonista y juez dedicado con la verdadera calidad de un destacado ministerio. Inteligente conocedor de derecho canónico como un verdadero

⁴ Benedicto XVI, discurso inaugural de la V Conferencia General del Episcopado Latinoamericano y del Caribe, 13 de mayo de 2007.

instrumento pastoral. En esto, no obvió el conocimiento profundo del corazón del hombre que, muchas veces, hace el mal que no quiere y evita el bien que quiere⁵. El ser humano afectado por el desorden original, es el que debe cumplir la ley como un medio liberador que lo acerca a Dios. De lo contrario, no tendría sentido cumplir una ley que no libere y no haga feliz al hijo de Dios, concededor de los legítimos derechos y deberes.

Con cuánta pasión lo hemos visto y escuchado hablar del derecho como un medio que nos hace libres y dispuestos en la Iglesia. El que conoce la ley tiene un espíritu amplio y en sintonía con aquello de las Sagradas Escrituras: “*Veritas liberabit vos*”⁶, la verdad los hará libres.

No ahorró ingenio y esfuerzo por conocer la verdad. Se lo ha visto llegar a los lugares más alejados e incómodos, con una pequeña máquina de escribir, para oír el testimonio y dejar constancia de todo aquello que podía ayudar a lograr la certeza moral del juez en las causas. Si no lo podía hacer, golpeaba puertas para ser ayudado por otros sacerdotes. Gesto evidente para comprender que el ministerio de la justicia está dentro de la esencia de la misma pastoral de la Iglesia.

En sus manos el Código de Derecho Canónico fue un instrumento que corresponde de lleno a la naturaleza de la Iglesia, especialmente como lo presenta el Concilio Vaticano II en general y con su doctrina eclesiológica. Recurría siempre al fondo de la doctrina que el Código, bellamente, traduce en lenguaje canónico. Con frecuencia citaba al Siervo de Dios Juan Pablo II, cuando dijo magisterialmente que este nuevo Código, del 25 de enero de 1983, era el último documento del Concilio antes mencionado⁷.

Supo valorar su ministerio en la justicia porque entendió, en realidad, que el Código es absolutamente necesario para la Iglesia. La misma está constituida como un cuerpo social y visible promoviendo las relaciones entre todos sus miembros, los fieles, con justicia y caridad.

Fue un ardiente sabedor que por su misma naturaleza las leyes eclesiásticas deben ser observadas. Con su estilo claro y apasionado, transmi-

⁵ Conf. Romanos 7, 19.

⁶ Juan 8, 32.

⁷ Conf. JUAN PABLO II, Constitución Apostólica *Sacrae Disciplinae Leges*, 25 de enero de 1983.

tió el valor del verdadero conocimiento de la ley con su consecuente aplicación y cumplimiento, observándola con espíritu sincero y buena voluntad. Anheló siempre para la Iglesia el florecimiento de una sabia disciplina, promoviendo la salvación de las almas. A menudo recurría al solemne y elocuente último canon del Código, la *salus animarum*⁸ que siempre debe ser la ley suprema en la Iglesia⁹.

Por ello, con razón se puede hablar de una sagrada disciplina en cuanto que toda la vida y las leyes en la Iglesia, por su misma razón de ser, nos orientan al encuentro con Dios y con sus diversas presencias, siendo la más eminente presencia la del Augustísimo Sacramento de la Eucaristía.

El sacerdote

El día de sus exequias, lunes 29 de marzo, y el domingo 2 de mayo, en que sus restos fueron inhumados, hemos sido testigos, al mirar la gran cantidad de fieles, que se despedían acongojados y agradecidos del sacerdote que les anunció el Evangelio, los santificó partiendo el Pan de la Eucaristía y del padre, maestro, médico y juez en el sacramento de la reconciliación, en forma especial, y del que los acompañó en el camino de la fe, a la manera que el Señor lo hizo en el camino de Emaús. Sacerdote caminador e inquieto, siempre explicando las Escrituras, haciendo arder el corazón para encontrarse con el Señor.

Ha dicho recientemente el Santo Padre Benedicto XVI que vivimos en una gran confusión sobre las opciones fundamentales de nuestra vida y los interrogantes sobre qué es el mundo, de dónde viene, a dónde vamos, qué tenemos que hacer para realizar el bien, cómo debemos vivir, cuáles son los valores realmente pertinentes. Con respecto a todo esto existen muchas filosofías opuestas, que nacen y desaparecen, creando confusión sobre las decisiones fundamentales, sobre cómo vivir, porque normalmente ya no sabemos de qué y para qué hemos sido hechos y a

⁸ Conf. CIC c. 1752.

⁹ Conf. JUAN PABLO II, *o.c.*

dónde vamos. En esta situación se realiza la palabra del Señor, que tuvo compasión de la multitud porque eran como ovejas sin pastor¹⁰. Esta es la función *in persona Christi* del sacerdote: hacer presente, en la confusión y en la desorientación de nuestro tiempo, la luz de la Palabra de Dios, la luz que es Cristo mismo en este mundo nuestro.

El Padre Nelson no enseñó ideas propias ni por sí mismo y para sí mismo, para crearse admiradores. Enseñó en nombre de Cristo presente, propuso la verdad que es Cristo mismo, su palabra, su modo de vivir y de ir adelante. Valió para él aquello del Evangelio: “Mi doctrina no es mía”¹¹. Fue iluminado, claro y convincente con riqueza de oratoria, al presentar siempre el mensaje con la veneración y convicción que reclama la Palabra de Dios que continuamente nos juzga, reclama nuestra conversión y nos salva¹².

Con fe en el sacramento del Orden y con verdadera humildad, dejó a los demás que vieran en él a Jesús celebrante, enviado del Padre, que continúa su misión, mediante la “palabra” y el “sacramento”, en esta totalidad de cuerpo y alma, de signo y palabra. San Agustín, en una carta al obispo Honorato de Thiabe, refiriéndose a los sacerdotes afirma: “Hagan, por tanto, los servidores de Cristo, los ministros de la palabra y del sacramento de él, lo que él mandó o permitió”¹³.

Cuántas veces sus labios han anunciado a sus alumnos en el Seminario que el sacerdote debe ser un verdadero catequista, en especial, en orden a la celebración y participación de la Eucaristía. Ayudando a descubrir su valor y necesidad, tratando con pulcritud y decoro el ministerio sacramental.

Siguiendo el ejemplo del santo cura de Ars, de ser generosos, estar disponibles y atentos para comunicar a los hermanos los tesoros de gracia que Dios ha puso en sus manos, y de los cuales no se sintió “dueño”, sino custodio y administrador. Era sabio maestro en vivir en plenitud la liturgia, el culto de la Iglesia, los sacramentos como dones gratuitos de Dios, actos libres y eficaces de su acción de salvación.

¹⁰ Conf. Marcos 6, 34.

¹¹ Juan 7, 16.

¹² Conf. Benedicto XVI, catequesis semanal, miércoles 14 de abril de 2010.

¹³ *Epist.* 228, 2.

Generalmente, se dice que el significado de la palabra jerarquía sería “sagrado dominio”, pero el verdadero significado no es éste, es “sagrado origen”, es decir: esta autoridad no viene del hombre mismo, sino que tiene su origen en lo sagrado, en el Sacramento; somete por tanto la persona a la vocación, al misterio de Cristo, hace del individuo un servidor de Cristo y sólo en cuanto siervo de Cristo éste puede gobernar, guiar por Cristo y con Cristo¹⁴.

Por eso quien entra en el sagrado Orden del Sacramento, la “jerarquía”, no es un autócrata, sino que entra en un lazo nuevo de obediencia a Cristo: está ligado a Él en comunión con los demás miembros del Orden sagrado, del Sacerdocio. El Padre Nelson ha sido, a lo largo de toda su vida, un hombre de consejo y ayuda a los sagrados pastores en el ministerio de regir al Pueblo santo de Dios.

El Pastor es por tanto propiamente el que guía y custodia a la grey, y a veces impidiendo que se disperse. En las clases, al hablarles a los alumnos del significado del báculo pastoral del obispo, le hacía ver la actitud de apacentar el rebaño. Al mismo tiempo que les señala la curvatura del cayado en la parte superior, y decía: “bueno, eso es para atraer a los díscolos”. Con las risas, los alumnos habían comprendido la lección.

Sin una visión claramente y explícitamente sobrenatural, no es comprensible la tarea de gobernar propia de los sacerdotes. Ésta, en cambio, sostenida por el verdadero amor por la salvación de cada uno de los fieles, es particularmente preciosa y necesaria también en nuestro tiempo.

El amor a Dios, a los destinatarios y a su vocación sacerdotal, lo hizo un servidor en la claridad y firmeza en la doctrina que, además de estudiarse en los libros, se entiende y hace propia en la cercanía de Dios por la acción continua del Espíritu Santo en la Iglesia.

Siempre estuvo atento para ayudar a ver las Escrituras, la tradición y el magisterio solemne y ordinario. No era mezquino y no ahorraba comentarios y adjetivos cuando había errores o malas interpretaciones. De aquí el interés que los futuros sacerdotes estuvieran siempre seguros, con sólida doctrina y riqueza humana para poderla transmitir y apacentar el rebaño con la sabiduría propias de los confidentes de Dios¹⁵.

¹⁴ Conf. Benedicto XVI, catequesis semanal, miércoles 5 de mayo de 2010.

¹⁵ Conf. Benedicto XVI, catequesis semanal, miércoles 26 de mayo de 2010.

Hoy homenajeamos a un distinguido historiador, canonista y, sobre todo, sacerdote. Los tiempos que corren, exigen personas valiosas, profundas y con calidad de valores. El verdadero nivel, es siempre para arriba, donde, desde antiguo, los pueblos siempre han solido ubicar a la divinidad, para nosotros el verdadero Dios. Aquí hay un hombre, un cristiano, un sacerdote y un argentino que ha sido una persona destacada por los valores, la firmeza de su ser y porque su tesoro estuvo siempre donde había puesto su corazón en el día de su bautismo y su ordenación sacerdotal. Padre Nelson Carlos, eres merecedor de este homenaje porque, como reza el epitafio en tu tumba, “*Ecclesiam dilexit iustitiam et veritatis coluit*”. Amaste a la Iglesia y cultivaste la justicia y la verdad.

Palabras del Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira ¹⁶

Señor presidente, señor presidente y señores miembros de la Junta Provincial de Historia, señor vicario judicial del Arzobispado de Córdoba, señoras y señores académicos, señores miembros del Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas *Roberto I. Peña*, familiares y amigos de Pbro. doctor Nelson Carlos Dellaferrera, señoras y señores.

El señor presidente de esta corporación ha tenido la especial deferencia que agradezco profundamente, de designarme para que haga uso de la palabra en este sentido homenaje *In Memoriam* a quien fuera uno de sus distinguidos miembros de número, el Pbro. Doctor Nelson Dellaferrera.

El P. Nelson Dellaferrera, nació en Sacanta, provincia de Córdoba, el 4 de abril de 1930. En la Arquidiócesis de Córdoba recibió su ordenación sacerdotal el 5 de diciembre de 1954, es decir que nuestro homenajeado logró llevar a cabo 55 años de sacerdocio.

En 1958 alcanzó sus grados académicos en la Pontificia Universidad Gregoriana en Roma, como bachiller en Derecho Canónico y Licenciado

¹⁶ Académico de número y director del Instituto de Historia de Derecho y de las Ideas Políticas.

en 1959. Más tarde, alcanzó el grado de doctor en Derecho Canónico con una tesis titulada “*El sujeto de propiedad del sepulcro en los autores de los siglos XVI- XIX*”.

Más tarde, se incorporó con singular entusiasmo a la docencia en las cátedras como *profesor ordinario de Derecho Penal Canónico* y de *Historia del Derecho y de las Fuentes de Derecho Canónico* en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina “*Santa María de los Buenos Aires*” y *profesor de Derecho Canónico* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Fundador y director hasta su fallecimiento del Instituto del Derecho Canónico Indiano.

Fue miembro fundador y presidente de la Sociedad Argentina de Derecho Canónico entre 1990 y 1999. Posteriormente, durante el período 2003 a 2006 su vicepresidente y más tarde, en 2007, nuevamente fue designado presidente de la misma.

Fue miembro de destacados institutos y centros de investigación, entre los que sobresalen: miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, desde el 29 de Mayo de 2001, ocupando el sillón Manuel Lucero, convirtiéndose, de este modo en el primer sacerdote que se incorporó como miembro de número de esta corporación; miembro correspondiente de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, desde 1997 y en ese mismo año, fue designado miembro de número de la Junta Nacional de Historia Eclesiástica Argentina. Fue asimismo miembro titular del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano y de la Sociedad Argentina de Americanistas del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho y el 6 de diciembre de 1996 de nuestro Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña.

Fue, además, designado miembro de número de la Junta Provincial de Historia de Córdoba y correspondiente de la Academia Nacional de la Historia, pero a ninguna de estas corporaciones, pudo formalmente incorporarse.

Cuando la muerte lo sorprendió preparaba su incorporación a la Academia Nacional de la Historia, cuya sesión debía llevarse a cabo el próximo martes 8 de junio.

Dellafrerra fue un destacado estudioso del derecho canónico, y como tal desarrolló una brillante actividad intelectual, de docente y de investigación.

Su vida, como lo ha señalado el Card. Jorge Mario Bergoglio S.J., en el proemio del libro homenaje a Dellaferrera, *Iudex et Magister* publicado por la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina “*Santa María de los Buenos Aires*”, al cumplirse sus bodas de oro sacerdotales “... *Su vida fue una vocación por enseñar cómo se ejerce la justicia... Es hombre de cercanía, de proximidad. Ha ejercido esa paternidad espiritual propia de los sabios y doctos en la Ciencia del Espíritu, lo que ha motivado que se lo llamara “Maestro” por profesores y alumnos que siempre en el aula, en la consulta, en la búsqueda del consejo prudente. En su vida se ve una expresión sacerdotal de Cristo Maestro*”.

El mismo título del libro en su honor, resume la línea que señaló la vida del padre Dellaferrera: *Juez y Maestro*.

Tuvo una brillante vida sacerdotal. Fue vicario judicial del Tribunal Interdiocesano de Córdoba (1985-2005). Ocupó importantes cargos pastorales desde rector del Seminario Arquidiocesano de Córdoba, hasta la presidencia, junto con monseñor José María Arancibia del Sínodo Arquidiocesano de Córdoba y su activa participación como consultor en la redacción del documento “Iglesia y Comunidad Nacional” del Episcopado argentino en 1981.

Participó en numerosos congresos, jornadas, simposios nacionales e internacionales y es autor de numerosas publicaciones en el área de su especialidad. Dellaferrera fue un notable canonista que ha escrito páginas importantes de la Historia de la Iglesia, especialmente en el tema de los Sínodos Diocesanos Indianos y Americanos. Entre su magnífica obra sobresalen:

- Un episodio de la historia eclesiástica argentina.
- Los Registros Eclesiásticos en los Concilios Hispanoamericanos.
- La Primera Conferencia Episcopal Argentina.
- La Iglesia y las Islas Malvinas.
- El Derecho Eclesiástico.
- La preparación del nuevo Código de Derecho Canónico.
- Facultades de los obispos y de los presbíteros para dispensar a norma del Código de Derecho Canónico.
- España y la evangelización de América.
- Matrimonios clandestinos en la Córdoba dieciochesca

- Catálogo de causas matrimoniales. Obispado de Córdoba (1688-1810).
 - Un caso de nulidad matrimonial en el siglo XVIII.
 - La defensa del vínculo en la Audiencia Episcopal del Tucumán (1688-1888).
 - El Concilio Plenario Latinoamericano y los Sínodos Argentinos de principios del siglo XX.
 - Apuntes para la historia de la Audiencia Episcopal del Tucumán.
 - De la atención pastoral y de lo que debe preceder a la celebración del matrimonio.
 - Fuentes escriturísticas, legales y doctrinales en los procesos matrimoniales: Córdoba 1688-1810.
 - Un proceso del siglo XIX (actualidad del estudio de las fuentes del derecho canónico)
 - Los Provisores de Córdoba.
 - Los archivos eclesiásticos en el Código de Derecho Canónico.
 - Las pericias y las pruebas de informes en la Audiencia Episcopal de Córdoba del Tucumán (1688-1888).
 - Instrumentos públicos y privados en la Audiencia Episcopal de Córdoba del Tucumán (1688-1888).
 - Hombres que gravitaron en nuestra historia: alumnos del Real Colegio Seminario Nuestra Señora de Loreto (1795- 1832).
 - El Tribunal Eclesiástico de Córdoba en la segunda mitad del siglo XIX.
 - Ministros y auxiliares de la justicia eclesiástica en Córdoba (1688-1888).
 - El Doctor Jenaro Pérez, asesor del Tribunal Eclesiástico de Córdoba.
 - El matrimonio en las sinodales del obispo Trejo.
 - La Iglesia diocesana: las instituciones.
 - El obispo único juez en la diócesis.
 - Los jesuitas y la ciencia canónica.
 - Brochero y la pretendida maldición de la Villa San Pedro.
 - La violencia y el miedo como causa de nulidad matrimonial.
 - Los Sínodos argentinos después del Concilio Vaticano II ¿Una asignatura pendiente?
 - Procesos canónico-penales por violación del derecho de asilo en Córdoba del siglo XVIII.

- Dalmacio Vélez Sársfield, canonista.
- Las Conferencias Trienales y el Concilio Plenario de los Obispos de la República Argentina 1953.
- La sepultura de los suicidas en un dictamen de Dalmacio Vélez Sársfield.
- Normas acerca de los delitos más graves reservados a la Congregación para la Doctrina de la Fe.
- Arancel del Tribunal Eclesiástico mandado guardar en la Diócesis de Córdoba del Tucumán por el Ilustrísimo Señor Obispo Juan Manuel Moscoso y Peralta (1776).
- La visita pastoral a La Rioja del Obispo Orellana. Acusación penal del indio Vicente Silpituela contra el párroco de Anguinán y nulidad matrimonial con la india Teodora Casiba.
- La justicia penal eclesiástica en Córdoba del Tucumán.
- Aspectos ético-morales del derecho, la política y la economía, en Derecho, Política y Economía. Equilibrios y desequilibrios.
- El Obispo Juez; algunas consideraciones acerca de la actuación del Ordinario en los casos referidos en el c. 1395 § 2.
- Fuentes del Derecho Canónico Indiano en los siglos XVI- XVII. Los Confesionarios.
- La actividad del Provisor en Córdoba. Un ejemplo de las postrimerías del siglo XIX (1881-1883), etc., etc.

Además, en colaboración con Monseñor José María Arancibia, escribió:

- Los Sínodos del Antiguo Tucumán celebrados por fray Fernando de Trejo y Sanabria 1597, 1606, 1607.
- El Sínodo del Obispo Mercadillo, Córdoba, 1700.
- Un Sínodo Diocesano en el siglo XIX.

Y en colaboración con la doctora Mónica Patricia Martini, escribió:

- Temática de las Constituciones Sinodales Indianas (s. XVI- XVIII).

Y tradujo del texto italiano de la obra de Brian Edwin Ferme: *Introducción a la Historia de las Fuentes del Derecho Canónico. I El Derecho Antiguo hasta el Decreto de Graciano*.

Fue un colaborador permanente de los Cuadernos de Historia, publicación de nuestro Instituto, donde trabajó activamente hasta el momento

de su fallecimiento, su última investigación sobre el *Deán Funes como Magistrado Eclesiástico*, me fue entregada el 15 de febrero pasado, para su publicación en el Cuaderno de Historia 19, que se encuentra actualmente en prensa.

Pero más allá de estos méritos y logros científicos que siempre recordaremos, hay un hombre especial, un sacerdote ejemplar, un hombre de carácter pero al mismo tiempo sencillo y afable, un verdadero maestro, un hombre dedicado a sus alumnos, un hombre dispuesto a escuchar, a aconsejar, a brindar siempre con una sonrisa afectuosa, accesible, indulgente, conciliadora, el enorme tesoro de su brillante sabiduría.

Pero su luminosa memoria, su ejemplo y su obra rectora estarán siempre con nosotros.

Tengo aquí entre mis manos, el último diploma que certifica su participación en el XX Simposio de Historia del Derecho Argentino, llevado a cabo a través de reuniones quincenales celebradas en la sede de esta Academia, por nuestro Instituto de Historia del Derecho y de las Ideas Políticas Roberto I. Peña.

El día que se lo iba a entregar, durante el acto de cierre del simposio, en el mes del diciembre del año pasado, llovió muchísimo y el padre Nelson no pudo salir de su domicilio. Por lo tanto, quiero en este acto entregar el diploma que acredita la última conferencia que el padre Nelson nos regalara el 26 de junio del 2009: “*El Deán Funes como Magistrado Eclesiástico*” en ese Simposio a su hermano Roberto, aquí presente.

Nelson falleció en la ciudad de Córdoba, el 28 de marzo de 2010.

Señoras y señores pido un fuerte aplauso en homenaje al Pbro. Doctor Nelson Carlos Dellaferrera.

HOMENAJE AL EX ACADÉMICO DE NÚMERO
DR. SANTIAGO MONTSERRAT BERGA EN EL
CENTENARIO DE SU NATALICIO ¹

Palabras pronunciadas por el señor académico de número doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira

Señor presidente doctor Juan Carlos Palmero, señor presidente honorario doctor Moisset de Espanés, señores académicos. Señores profesores, familiares del doctor Santiago Montserrat, señores representantes del Colegio Nacional de Monserrat.

Señoras y señores:

El señor presidente de esta corporación ha tenido la especial deferencia de designarme para que haga uso de la palabra en este merecido homenaje a quien fue uno de sus miembros de número, el doctor Santiago Montserrat Berga.

Hace algún tiempo, la Academia instituyó este recordatorio en justa conmemoración del centenario del nacimiento de quienes la han integrado.

Ha dicho en alguna ocasión nuestro presidente honorario, el doctor Luis Moisset de Espanés, que estos homenajes tienen como finalidad, no solamente evocar la personalidad entre quienes conocieron la memoria del que se recuerda, sino también a transmitir su legado a las nuevas generaciones.

El doctor Montserrat Berga nació el 18 de agosto de 1910 en la ciudad de Córdoba. Era hijo de don Jaime Montserrat y doña Enriqueta Berga Palau. Contrajo matrimonio con Catalina Garcías Blanch.

El 5 de abril de 1937, se graduó de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Su for-

¹ Acto realizado en sesión extraordinaria del 23 de noviembre de 2010.

mación universitaria culminó cuando obtuvo el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales al defender su tesis doctoral titulada “El hombre y el derecho en el mundo moderno”.

Al presentar, el 3 de julio de 1961, el ejemplar de su trabajo doctoral a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, entonces gobernada por su decano el doctor Alfredo Luis Acuña, el doctorando sostenía que su trabajo constituía unas *“aportaciones del pensamiento filosófico-jurídico contemporáneo al problema de las relaciones entre cultura y naturaleza, como presupuestos de la concepción de la realidad, en cuanto son las bases de una ciencia de la naturaleza, de carácter organizado y de una ciencia del hombre y de la sociedad, la que, como tarea de los tiempos modernos, corresponde organizar”*.

El Tribunal de Tesis integrado por los Dres. Alfredo Poviña, Carlos A. Tagle y Donato Latella Frías, se expidió el 2 de noviembre de 1961, aconsejando por unanimidad se le otorgara el título de doctor en Derecho y Ciencias Sociales con una calificación de sobresaliente, labrándose el acta respectiva.

En su mérito, la Comisión de Vigilancia y Reglamento aconsejó en su totalidad extender el título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, el 6 de noviembre de 1961, parecer que fue firmado por los doctores Jacinto R. Tarantino, Jorge A. Clariá Olmedo y Hugo Ferreras, el abogado Hugo Ordanini y el señor Francisco Manzanares, dictamen que a su vez hizo suyo el Honorable Consejo Directivo de la Facultad de Derecho por voto unánime de sus miembros, ese mismo día, en la sesión correspondiente.

Merecen ser destacados los desarrollos del voto con que el doctor Alfredo Poviña fundamentaba su calificación. Manifestó en dicha oportunidad el evaluador: *“... el trabajo de tesis muestra el enfoque contemporáneo del mundo de la cultura y de la sociedad, desde el ángulo jurídico, visto con el criterio de su filosofía, realizado con amplitud de juicio, pleno conocimiento de la historia jurídica y de su sistemática actual; juicio personal y profundamente reflexivo de la problemática doble del mundo socio-cultural y de la investigación jus filosófica, todo lo que es ampliamente satisfactorio y con fecundas posibilidades posteriores y complementarias de una labor sistemática futura, provisoriamente a lograrse”*.

En tanto el voto del doctor Carlos Tagle sostenía: *“... el tema ‘El hombre y el derecho en el mundo moderno’ presentado por el docto-*

rando constituye un meritorio trabajo que, excediendo realmente, el ámbito del derecho propiamente, penetra en el campo de la filosofía del derecho, de la sociología y de las ciencias de la cultura y representa, como reza el subtítulo, aportaciones -agreguemos que muy valiosas-, al problema de las relaciones entre cultura y naturaleza”.

Por su parte, el tercer miembro del Tribunal, el doctor Donato Latella Frías argumentaba: “... el tema elegido ‘El hombre y el derecho en el mundo moderno’ es apasionante tanto para el sociólogo como para el filósofo o el jurista. Si en cada uno de esos enfoques la labor del investigador y del especializado es fundamental para el conocimiento del hombre, como ser individual o social, con mayor motivo se nos presentara evidente su naturaleza e idiosincrasia cuando, como en este trabajo, se conjunciona el triple aspecto expresado en un análisis meduloso y concreto que nos permite apreciar el proceso en dimensión total en su valoración más profundizada y completa”. Seguidamente expresaba: “la mayor fundamentación de su tesis se encuentra en los definitorios preceptos de Stammler, Kelsen y Radbruch, a quienes analiza en obras y doctrinas con suficiencia, amplio criterio y precisa finalidad para evidenciar la realidad positiva y normativa del derecho, su fin de servir a la justicia y ser un fenómeno universal y necesario para la sociedad y para el hombre. Podemos destacar la dedicación especializada en el dominio del tema con que han sido tratados todos los puntos de esa extensa fundamentación filosófica y jurídica”.

La tesis de alrededor de 200 páginas fue publicada por la Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, durante ese mismo año.

Entre 1955 y 1956 se desempeñó como profesor adjunto en la Cátedra de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, y desde 1956 a 1969 fue profesor encargado, en tanto en 1957 alcanzó la titularidad de la Cátedra.

Asimismo ejerció como director del Instituto de Filosofía del Derecho, desde el 5 de diciembre de 1957 hasta el 1 de abril de 1959.

Fue el decano interventor de la Facultad de Derecho en el periodo comprendido entre el 5 de junio de 1956 y el 9 de octubre de 1957.

Fue miembro del Tribunal del Doctorado en las áreas correspondientes a Filosofía del Derecho, Filosofía General, Introducción al Derecho e Historia del Derecho Argentino. En 1965 se le encomendó el dictado del

curso de promoción sin examen de la materia Filosofía del Derecho, encargo que desempeñó durante varios años.

Al mismo tiempo, fue profesor titular en la Cátedra de Historia de la Cultura Argentina de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba durante 1957 y 1970, cuando siendo rector de la Universidad Nacional de Córdoba el doctor Olsen Ghirardi, mediante Res. Rectoral N° 153/70, le aceptó las renunciaciones como profesor titular de las facultades de Derecho y Ciencias Sociales y de Filosofía y Humanidades por haberse acordado su jubilación ordinaria.

Se desempeñó asimismo como secretario del Colegio Libre de Estudios Superiores, filial Córdoba y Secretario del Ateneo Filosófico de Córdoba y miembro de número de la Junta Nacional de la “Asociación Cultural Argentina para Defensa y Superación de Mayo”, alcanzando la presidencia de su filial en Córdoba.

Se destacó, además, como docente de *Introducción a la Filosofía* en el Instituto Pedagógico de la Escuela Normal Superior “Agustín Garzón Agulla” y de Historia de las Instituciones Políticas y Sociales Argentinas e Introducción Cívica en el Colegio Incorporado “José María Paz”, desde 1942; así también como profesor de Historia en el Colegio Nacional de Montserrat entre 1955 y 1970.

Fue co-fundador de TEUCO, Taller Editor y director general de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba.

Entre 1958 y 1960 se desempeñó como presidente de la SADE.

Ha dictado numerosas conferencias, cursos, seminarios en el área de su especialidad.

Al mismo tiempo que llevaba a cabo una sólida y sostenida carrera docente, colaboraba asiduamente con numerosos artículos en las páginas de los diarios Los Principios, El País, Córdoba, La Voz del Interior y La Nación.

Entre libros, capítulos de libros, ensayos, artículos monográficos, notas de carácter filosófico, científico, literario, histórico y de crítica y teorías del arte, es autor de unos 200 trabajos.

Entre ellos se destacan:

- *Valores del tiempo actual. Notas para una filosofía de la técnica*, colección de siete ensayos publicados en la revista La Palabra, de Córdoba, junio-octubre de 1933.

- “La economía en la enseñanza” (en torno al libro *Misión de la Universidad de José Ortega y Gasset*), diario Los Principios, julio-agosto de 1931, Córdoba.
- “Crisis de valores y crisis política”, revista Frente, Córdoba, agosto de 1933.
- *Antonio Machado, poeta y filósofo*, Buenos Aires, Losada, 1943.
- *La conciencia burguesa en el Quijote*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1969.
- “La libertad atormentada”, revista La Palabra, Córdoba, 20/2/1934.
- “Paradojas: progreso e instituciones o la esclavitud del artífice”, revista La Palabra, Córdoba, 20/4/1934.
- “Paradojas: libertad y autoridad”, revista La Palabra, Córdoba, 5/4/1934.
- “En torno a las lecciones de García Morente”, revista La Palabra, Córdoba, 5/10/1934.
- “El binomio filosófico de Geny”, revista La Palabra, Córdoba, 20/11/1934.
- “El sentido fatídico de los números y la técnica”, diario El País, enero de 1935.
- “La democracia en crisis”, revista Divisa, Córdoba, agosto de 1935.
- “¿Subordinación de la literatura y el arte a la política?”, revista Divisa, Córdoba, agosto de 1935.
- “André Gide y la democracia”, periódico Flecha, 22/1/1936.
- “Arte e ideología”, revista Flecha, 26/3/1936.
- “Homenaje a Bergson, filósofo de la vida”, diario El País, Córdoba, 19/4/1936.
- “Problemas de la Reforma”, revista Flecha, 15/6/1936, y en “La Reforma Universitaria”, 1941.
- “Fragmento sobre el Estado”, revista Hebe, órgano estudiantil del Colegio Nacional Deán Funes, Córdoba, 1936.
- “Fantasía y realidad en el arte”, diario El País, Córdoba, 17/11/1937.
- “América y la política internacional”, diario Córdoba, 31/12/1937.
- “Los pueblos de América deben estar alertas”, diario Córdoba, 13/4/1938.
- “Un poeta del grabado: Víctor Delhez”, diario Córdoba, 6/5/1938.

- “Sarmiento y las posibilidades de un arte nacional”, Revista Facundo, N° 5, Córdoba, septiembre-octubre de 1938.
- “Sarmiento y la expresión nacional en la literatura”, revista Columna, Buenos Aires, noviembre de 1938.
- “El hombre y el Estado”, revista Columna, Buenos Aires, febrero-marzo, 1939.
- “América en la política mundial”, revista Facundo, N° 6, Córdoba, 1939.
- “Consideraciones sobre política europea”, diario Córdoba, 12/11/1939.
- “Meditación de Europa”, Revista Facundo, N° 7, Córdoba, diciembre de 1939.
- “Ciudades: La ciudad antigua”, Revista Las Comunas, Córdoba, septiembre de 1939.
- “El destino de América”, diario Córdoba, 22/7/1940.
- “Sobre Sócrates y Platón”, diario El País, 21/4/1940.
- “El Proceso”, de Franz Kafka, diario El País, Córdoba, 28/4/1940.
- “Una antología de Hume y un estilo de Levy-Bruhl”, diario El País, Córdoba, 16 de junio de 1940.
- “La ofensiva del hombre”, diario El País, Córdoba, 11/8/1940.
- “Artigas”, un libro de Jesualdo, diario El País, 15/9/1940.
- “Federico Nietzsche según Henri Lefebvre”, diario El País, 3/11/1940.
- “El disparadero español”, de José Bergamín, en El País, 29/9/1940.
- “Del ente y de la esencia”, de Santo Tomás de Aquino, diario El País, 22 de septiembre de 1940.
- “El pensamiento vivo de Saavedra Fajardo”, diario El País, 23/2/1941.
- “La historia y la libertad en un libro de Arturo Capdevila”, diario El País, Córdoba, 24/11/1940.
- “Goethe, semidiós alemán”, diario El País, Córdoba, 20/4/1941.
- “Montaigne o el conocimiento de sí mismo”, diario El País, 27/4/1941.
- “Carlos V y su idea imperial”, diario El País, 18/5/1941.
- “Nietzsche o el destino del hombre”, diario El País, 25/5/1941.
- “El saber filosófico”, diario El País, Córdoba, 1/6/1941.

- “Problemática del arte contemporáneo”, diario El País, 15/6/1941.
- “El pensamiento vivo de Confucio”, diario El País, 15/6/1941.
- “Una nueva edición del Martín Fierro”, diario El País, 29/6/1941.
- “Rilke y el problema de la muerte”, diario El País, 6/7/1941.
- “La teoría pura del derecho de Kelsen”, diario El País, 6/7/1941.
- “La nueva Atlántida”, de Francis Bacon, diario El País, 27/7/1941.
- “El realismo existencial de Unamuno”, diario El País, 24/8/1941.
- “Maquiavelo, visto por el Conde Sforza”, diario El País, 31/8/1941.
- “Alberdi, el ciudadano de la soledad”, diario El País, 7/9/1941
- “Elogio de la libertad de prensa”, diario El País, 14/9/1941.
- “Una antología filosófica de Gaos”, diario El País, 21/9/1941.
- “Biografía del Estado moderno”, diario El País, 5/10/1941.
- “Significación y destino de América”, diario El País, 19/10/1941.
- “El pensamiento vivo de Sarmiento”, diario El País, 2/11/1941.
- “Los alemanes en la conquista de América”, diario El País, 23/11/1941.
- “El pensamiento vivo de Kant”, diario El País, 7/12/1941.
- “El derecho natural y el Estado totalitario”, diario El País, 17/5/1942.
- “El pensamiento vivo de Mariano Moreno”, diario El País, 19/7/1942.
- “Los irresponsables”, de Archibald Mc Leish, diario El País, 26/7/1942.
- “Significación de la Cátedra Alejandro Korn”, revista Educación, del Instituto Pedagógico de la Esc. Normal Superior de Córdoba.
- *Una antología de la filosofía griega.*
- “Alfonso Reyes: La crítica en la edad ateniense”.
- “Esencia de la filosofía”, en revista Educación, citada.
- Nota a un “Curso colectivo de Filosofía del Derecho”, en Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, N° 3.
- Nota a *Filosofía de la Persona*, de Francisco Romero, en la revista Sur, N° 117, julio de 1944, Buenos Aires.
- Nota a *Histrionismo y representación*, de Francisco Ayala, en revista Sur, N° 118, agosto de 1944, Buenos Aires.
- “Eduardo Mallea y la Argentina profunda”, en revista Sur, N° 123, enero de 1945, Buenos Aires.

- “El escepticismo griego”, en revista Sur, Nº 133, noviembre de 1945, Buenos Aires.
- “Córdoba y el espíritu tradicional”, revista Esso, julio de 1946, Buenos Aires.
- “Sarmiento y nosotros”, en revista Realidad, Nº 8 , marzo-abril de 1948, Buenos Aires.
- “El mensaje espiritual de Saúl Taborda”, prólogo al libro *La crisis espiritual y el ideario argentino*, de Saúl Taborda, Editorial de la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1945.
- Prólogo al libro *Investigaciones pedagógicas* (4 tomos) de Saúl Taborda, Editorial del Ateneo Filosófico de Córdoba, Córdoba, 1951.
- “Un libro riguroso sobre problemas internacionales”, diario La Voz del Interior, 5 de junio de 1946, Córdoba.
- “Bernard Shaw y la política”, diario La Voz del Interior, Córdoba.
- “Síntomas de la nueva poesía”, diario La Nación, 23/1/44, Buenos Aires.
- “Arte y temporalidad”, diario La Nación, 13 de agosto de 1944, Buenos Aires.
- “Sentido y fin de la biografía”, diario La Nación, 17/2/1946, Buenos Aires.
- “Arte y tradición”, diario La Nación, 29/2/1948, Buenos Aires.
- “Franz Kafka y el oscuro presente”, diario La Nación, 11/3/1951, Buenos Aires.
- “Notas para una estética del cine”, revista Tiempo Vivo, Nº 1, enero-febrero de 1947, Córdoba.
- “Sarmiento y la crítica histórica”, revista Tiempo Vivo, Nº 2, marzo-abril de 1947.
- “Interpretación histórica del Quijote (I)”, revista Tiempo Vivo Nº 5, enero-marzo de 1948.
- “Interpretación histórica del Quijote (II)”, revista Tiempo Vivo, Nº 6, abril-junio de 1948.
- “Interpretación histórica del Quijote (III)”, revista Tiempo Vivo, Nº 7-8, julio-diciembre de 1948.
- Nota a *Filósofos de ayer y hoy*, por Francisco Romero, ibídem.
- “Razón y pasión de la filosofía”, periódico Panorama, agosto-septiembre de 1954, Córdoba.

- “El advenimiento del héroe y su permanencia histórica”, *ibidem*, junio-julio de 1954.
- *Filosofía de la paz*, por José Juan Bruera, revista Inago Mundi, N° 6, diciembre de 1954, Buenos Aires.
- “El humanismo de Saúl Taborda”, revista Vertical, N° 7, mayo-junio de 1955, Córdoba.
- “Reencuentro de la Argentina con su vocación democrática: un tema de encuesta”, diario Córdoba, 8 de enero de 1956, Córdoba.
- “El hombre y el derecho en el mundo moderno”, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1961.
- “El pensamiento contemporáneo: problemas y perspectivas”, Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Segunda Serie, año II N° 4-5, 1961.
- *La ciudad medieval*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1968.
- *Córdoba, Tradición y Modernidad*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972.
- *Formas de vida e ideas políticas de Occidente*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba.

Hay otro tema que al evocar su memoria y su obra debemos considerar y es su obra que aún permanece inédita, entre ella se destacan sus ensayos:

- *La filosofía social de Max Scheler*, 1935.
- *Sentido y misión del pensamiento en Hispanoamérica (en torno a una tesis filosófica de Alberdi)*, 1952.
- *Echeverría y el problema de nuestra expresión*, 1951.
- *El humanismo militante de Saúl Taborda*, 1953.
- *Imagen actual de Echeverría*, 1955.
- *Vida social e ideas políticas en Occidente*.
- *Tres tesis sobre el Quijote y otros ensayos*.
- *La Argentina y su expresión*.

El doctor Santiago Montserrat fue incorporado a esta Academia de Derecho y Ciencias Sociales el 7 de diciembre de 1976, ocupando el sillón Juan Antonio de Saráchaga, que evoca al profesor de la Cátedra de Instituta, tras el alejamiento del doctor Victorino Rodríguez en 1807.

El perfil de nuestro homenajeado reúne singulares características. Hombre de vasta cultura, pluma fácil y amena, trato personal sencillo y amable, modesto, recatado, pudoroso en todos los aspectos de su vida, fue un docente de generosa dedicación en las aulas universitarias.

Su obra, gran parte de ella publicada en las páginas de periódicos y revistas, aborda múltiples aspectos desde la crítica literaria trazada con elegante inspiración, sus ensayos políticos y filosóficos, donde tampoco estaba ausente el elemento histórico, el ciclo de sus estudios sobre el ideario y la proyección de Saúl Taborda, sus reflexiones sobre la misión del arte, etc.

Hay un breve texto publicado en el mes de octubre de 1961 en las páginas de la prestigiosa *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba* donde Santiago Montserrat bosqueja unas lúcidas reflexiones, que sintetizan el trayecto completo de su pensamiento y que bien pueden servir de epílogo a este Homenaje.

Dice nuestro biografiado:

“La vida y el pensamiento modernos se constituyen como el advenimiento de la ciencia en sentido estricto.

La ciencia moderna, que inaugura una nueva cosmología y una nueva mentalidad en el hombre de Occidente, se organiza sobre la base de una fe firme en la existencia de un orden de cosas o un orden de la naturaleza, regidos por principios y leyes generales que se verifican en cada fenómeno singular.

La concepción del orden natural como un orden mecánico y equilibrado de fuerzas, por parte de la ciencia moderna, se traslada a través del pensamiento moderno al campo de la vida humana y se pretende entonces explicar el orden de la moral, de la sociedad, del Estado, del derecho, etc., en función de las leyes naturales y de las categorías del pensar científico naturalista.

A partir del siglo XVIII, y sobre todo de Kant y Hegel, se empieza a separar cada vez más el concepto de cultura del concepto de naturaleza, lo que da lugar después a la formación de las ciencias del espíritu al lado de las ciencias naturales, cada una con su objeto y método propios.

Así se arriba a la concepción de un orden de la cultura o del espíritu objetivo, afirmativa del hombre y la libertad, frente al orden natural, mecánico, inexorable e independiente de la voluntad humana.

Dentro de la nueva concepción de la realidad se intenta hoy una nueva ordenación racional del mundo histórico-social.

La Filosofía del Derecho, desde fines del siglo XIX hasta el presente, sin olvidar el antecedente de la Escuela Histórica, realiza aportaciones positivas en favor del conocimiento del derecho considerado como realidad de cultura, como una ciencia del deber ser y no del ser”².

Falleció el 30 de agosto de 1986 en la ciudad de Córdoba.

Señores académicos, señoras y señores, pido un fuerte aplauso para honrar la memoria del doctor don Santiago Montserrat.

Palabras pronunciadas por la Dra. Margarita Julia Llabrés, profesora titular de la Cátedra “A” de Filosofía del Derecho y Cátedra “A” de Problemas del Conocimiento y Razonamiento Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba

La Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba por iniciativa del Sr. decano académico Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira me ha asignado el alto honor de representarla en este acto que conmemora el centenario del natalicio del Dr. Santiago Montserrat quien se ha desempeñado como profesor titular de la Cátedra de Filosofía del Derecho -hoy a mi cargo- a quien tengo la responsabilidad de suceder.

Vale aclarar que la disertación que presento se centra en la filosofía del homenajeado, que aunque sin descuidar los contextos históricos de su vida nos remitimos *breuitate causae* a la resolución decanal que declara de interés académico este acto y la comunicación del Dr. Pedro Ramón Yanzi Ferreira quien se ha centrado en los aspectos históricos.

² Santiago MONTSERRAT, “El pensamiento contemporáneo: problemas y perspectivas”, Separata de la Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, año II, N^{ros} 4-5, septiembre-octubre de 1961, págs. 37-38.

Santiago Montserrat. Un pensador comprometido

Santiago Montserrat fue profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, dedicado a la docencia en distintas instituciones se destaca por sus trabajos de investigación sobre temas históricos ³, literarios ⁴, pedagógicos ⁵, iusfilosóficos ⁶, entre los cuales consideraremos especialmente los filosóficos, que reflejan su compromiso con la realidad de la época.

En su obra: *Sentido y misión del pensamiento argentino*, publicada en 1963 por la Dirección General de Publicaciones de la U.N.C., reúne una serie de ensayos que guardan una gran unidad de pensamiento, coherencia interna y revelan su actitud crítica ante las posturas filosóficas de autores argentinos.

³ Entre otras: *Córdoba: tradición y modernidad*, Ed. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972; *Las Comunas: Revista de la Vida Municipal de la Provincia*, publicación periódica, Ed. Las Comunas, Córdoba s/f; *Interpretación histórica del Quijote y otros ensayos*, Universidad Nacional de Córdoba, 1956; “Esteban Echeverría y el problema de nuestra expresión” en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, V. 43, N^{ros} 4-5, agosto-noviembre, págs. 355-383.

⁴ Verbigracia del autor: *Antonio Machado, poeta y filósofo*, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1961; *Interpretación histórica del Quijote y otros ensayos*, Universidad Nacional de Córdoba, 1956; *La conciencia burguesa en el Quijote*, Universidad Nacional de Córdoba, 1965; “Esteban Echeverría y el problema de nuestra expresión”, en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, V. 43, N^{ros} 4-5, agosto-noviembre, págs. 355-383.

⁵ Entre otras, *Educación: Revista de Pedagogía*, publicación periódica, Ed. Instituto Pedagógico de la Escuela Normal Superior. Vale señalar que la producción bibliográfica en cuestiones pedagógicas está emparentada a la obra de Saúl Alejandro Taborda, entre otras *Facundo: crítica y polémica* [Selección: Horacio Sanguinetti; Epílogo: Santiago Montserrat], Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Buenos Aires (U.B.A.), N^o 10, 1959; también *Facundo: crítica y polémica* (director Saúl Taborda), Córdoba, Argentina, N^o 1: mayo de 1935; N^o 7: diciembre de 1939, año I, N^o 1, febrero 16, 1935, pág. 8.

⁶ *El hombre y el derecho en el mundo moderno*, Universidad Nacional de Córdoba, 1961. Se aclara que ésta es la tesis doctoral del autor; “El pensamiento contemporáneo: problemas y perspectivas” en *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, V. 2, N^{ros} 4-5, septiembre-diciembre, págs. 843-878; *Sentido y misión del pensamiento argentino*, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963.

Se afirma como pensador comprometido desde una doble perspectiva: especulativa y ética, resultado de su posición intelectual y militante, en concordancia con pensadores representativos de nuestra cultura nacional.

La mencionada obra muestra un compromiso, no político, sino un compromiso con la praxis vital, frente a una realidad que, en su momento, ostentaba una agonía intelectual tanto en el ámbito local como en el hispanoamericano. Esta posición entraña un valor profundamente humano, basado en la inteligencia, con una impronta pedagógica y política, que hacen de nuestro autor un humanista al estilo de los más destacados mentores de la patria.

Evidencia su postura o actitud crítica, en trabajos tales como *El humanismo militante de Saúl Taborda*⁷, su trabajo dedicado a Esteban Echeverría y sus estudios sobre los problemas de la cultura nacional muestran su preocupación por la situación social, política, económica de su época, consecuencia de vivencias denunciadas por aquellos autores que analizan con crudeza y exponen el sentido de su realidad.

Abreva de la obra de Alberdi, de su estudio titulado: *Ideas para presidir la confección del curso de filosofía contemporánea en el Colegio de Humanidades* lo califica como “una especie de programa de los trabajos futuros de la inteligencia argentina”, así en el Prefacio del Fragmento preliminar, despliega sus propósitos y, al decir de Montserrat “en el fondo constituye -como si esto fuese otro signo inequívoco del sentido de su vida, que fue como la vida de toda su generación- una carrera perseverante de militancia intelectual y humana, un verdadero programa destinado a formar una conciencia activa acerca de los grandes problemas de la cultura hispanoamericana y a impulsar a esos pueblos a la realización de objetivos inmediatos, recortados en el horizonte de la época e impuestos como una urgente tarea por la propia naturaleza y situación de los países recién llegados a una existencia histórica independiente, que es como decir a una existencia responsable”⁸.

Con un profundo análisis filosófico sobre la tesis de Alberdi destaca el autor tres notas: la primera referida a un “valor histórico”, condiciona-

⁷ Instituto Social de la Universidad Nacional del Litoral, 1956.

⁸ Citado en *Sentido y misión del pensamiento argentino*, ob. cit.

do al ámbito sudamericano; la segunda “filosófica”, dependiente de la concepción científica orientada por el positivismo y las ideas de progreso y perfectibilidad humana plasmadas desde el romanticismo, resumidos en lo que denomina “razón y pasión de la filosofía” y la tercera nota de un “valor humano y social” que expresa la estructura de compromiso, en la acepción más amplia y más noble de la palabra, entre la inteligencia y la realidad y los destinos de los países hispanoamericanos, en particular el nuestro. Todo ello trasunta la escala de valores basada en el ideal concreto del tipo humano del pensador jugado por una modalidad típica del espíritu y por las urgencias de la vida real.

Como sostiene el autor, esta tesis vale para todos los tiempos en cuanto atribuye a la inteligencia un carácter y función muy específicas, *“correlatos de nuestra propia tesis, acerca del sentido y misión del pensamiento hispanoamericano”*⁹.

*“Los dos grandes pilares sobre los cuales se sostienen, en Occidente, la vida y el pensamiento son el humanismo y la ciencia el principio que define íntimamente la cultura de Occidente es el de su vocación humanista”*¹⁰.

Del mismo modo se destaca la necesidad insoslayable del pensador de denunciar las consecuencias no deseadas del humanismo: *“Yo sé muy bien que el humanismo del que se enorgullece el Occidente ha servido con obstinada frecuencia, a la manera de un manto piadoso, para ocultar crueldades y horrores cometidos contra el hombre, y sé también que si hoy se pide a la razón que rinda cuentas por la muchedumbre de crímenes cometidos en su nombre contra el hombre, mañana se exigirá esta misma rendición de cuentas a la vida por las innumerables atrocidades que en nombre de ella se han consumado contra la vida”*¹¹. Su preocupación es permanente por las guerras mundiales y los crímenes de lesa humanidad cometidos en esa etapa que enlutó a la humanidad toda.

Tras un profundo desarrollo del humanismo afirmando al hombre como realidad fundamental, parte de la concepción orgánica de los griegos, ubi-

⁹ Ibidem.

¹⁰ *El hombre y el derecho en el mundo moderno*, ob. cit., pág. 5.

¹¹ Ob. cit., págs. 11-12.

cando al ser humano como formando parte de la naturaleza: “el cosmos”, hasta llegar a la concepción mecánica como imagen del mundo, parafraseando al autor en la obra citada “(...) *que su error estriba en haber sometido la condición humana y el mundo histórico social a los mismos principios constructivos de la realidad del mundo exterior*” por lo tanto se carece de idea de desarrollo y no se interpreta a la vida como un proceso, ni al hombre como un ser histórico, también analiza el esquema mecánico de la realidad que pretende explicar la sociedad, la cultura, en definitiva la historia con los mismos métodos y fundamentos de las ciencias exactas que son ajenos a la condición humana, interpretando sus propias afirmaciones.

Toma de Hartman la idea de que “*sólo en un mundo ordenado mecánicamente puede el hombre afirmarse plenamente libre, con su entera responsabilidad y personalidad, y sólo así, de él depende la predicción del futuro y los fines que le son inmanentes*”¹² a lo que el autor agrega: “*la cultura es el firme ejercicio de la libertad que el hombre ejecuta en el mundo de la necesidad, de la causalidad. Pues si el mundo humano: histórico y social, es conforme a un plan previamente establecido, el hombre carecería de libertad*”¹³. Como enérgico defensor de la libertad que define a la persona cuyos actos determinados por el “ser y el valer” la afirman, defiende el humanismo contemporáneo, desde el ser humano portador de espíritu, instancia de la realidad, exalta no al hombre abstracto o al individuo teórico del derecho natural, sino al hombre concreto que se enfrenta día a día con el drama de su tiempo, que se encuentra dotado de espíritu y libertad, al decir de Unamuno “*el hombre de carne y hueso*”.

En esta línea de pensamiento entre las construcciones producto de la inteligencia humana aplicada a la práctica: “*la ciencia es aquel conocimiento sistemático de las cosas, en virtud del cual no sólo las ordenamos de manera inteligible y respondemos satisfactoriamente a los interrogantes u cuestiones que ellas nos proponen, sino que nos valemos o servimos de las cosas de acuerdo a nuestras necesidades y nuestros fines*”¹⁴.

¹²Ob. cit., pág. 11.

¹³Ob. cit., pág. 12.

¹⁴Ob. cit., pág. 14.

La ciencia siempre es teoría y técnica, conocimiento puro y saber aplicado. Indudablemente la influencia de Kant se hace presente al considerar “lo dado” y “lo puesto” como material del conocimiento el caos de sensaciones y la subjetividad ordenando ese material, produce de este modo el conocimiento. Agrega en sus posibilidades de desarrollo a medida que descubre y agranda su imagen material se extiende a los límites de toda dominación de poder, al decir de Bacon *“lo más útil en la práctica es lo más verdadero en la ciencia”* ¹⁵.

El optimismo de las ideas de la Ilustración, su teoría del progreso como condición necesaria del hombre y de la humanidad dentro de la filosofía de la historia que supera las ideas innatas y el principio de certeza dogmático, para dar paso a la función de la experiencia, la razón se convierte en una facultad unida a la experiencia con una fuerza constructiva y transformadora del mundo y de la vida, desde el siglo XVIII.

Fe en el poder de la razón, el dominio de la naturaleza por medio de la ciencia y la posibilidad de reorganizar la sociedad entera desde su inmanencia sin necesidad de recurrir a una instancia superior para ser legitimada, se plantea en esta nueva forma de legitimación la problemática de la existencia misma del derecho, fundado en la autoridad, la tradición, la religión, etc. Se ha organizado el dominio de la naturaleza, se tiene que organizar el dominio del hombre, sociedad y cultura, instaurando “un orden social inmanente”. Se desvirtúa el sentido de la cultura porque se trata de subordinar a los métodos y leyes de los hechos estudiados por las ciencias naturales.

La concepción mecánica de la realidad se expresa en el mundo moderno en relación a los fenómenos de la experiencia como naturaleza, la ciencia. En relación a los hechos sociales, sociedad civil y Estado integrantes de un sistema natural, justificados en su creación por la teoría del “contrato social”. Montesquieu plasma el concepto de ley inmutable al decir: *“la relación necesaria que se deriva de la naturaleza de las cosas”* ¹⁶.

Con el desenvolvimiento de estas ideas, Montserrat analiza la vida y el pensamiento de la modernidad, el advenimiento del *“nuevo método”*,

¹⁵ Citado por el autor en ob. cit., pág. 16.

¹⁶ Citado por el autor en ob. cit., pág. 15.

la “*nueva ciencia*”, “*in mente concipio*” que inaugura una nueva mentalidad en el Occidente, basada en un orden natural, regido por principios y leyes generales verificadas en cada fenómeno singular. Este orden natural mecánico y equilibrado de fuerzas, se traslada a los hechos sociales pretendiendo explicar del mismo modo la moral, el Estado, el derecho, en función de ese pensamiento científico, naturalista.

Resume el Dr. Montserrat el aporte más importante del iusnaturalismo, destacando sus notas tipificantes: “1- *las invariantes que la ciencia descubre en el mundo natural, la filosofía cree descubrirlas también en el hombre como entidad ética-social; 2- el hombre es reducido así a un conjunto de principios morales y de exigencias lógicas, que responden a su imagen ideal elaborada por la filosofía y por la ciencia, imagen teóricamente perfecta pero en la que está ausente el hombre como individualidad concreta, como una realidad constituida por su propia condición humana y social; 3- el hombre, la sociedad, el estrado y el derecho son concebidos ahistóricamente, fuera del curso histórico real y, por ende, sin consideración directa o inmediata de su situación, de sus problemas y de sus necesidades*”¹⁷. Sin duda, el iusnaturalismo tan vigente en el contexto donde desarrolla su pensamiento es puesto en tela de juicio por el autor, diferenciando al hombre y su realidad de todo tipo de estudio aportado por las ciencias naturales.

Desde el siglo XVIII, Kant y Hegel separan los conceptos de cultura y naturaleza, normas y leyes naturales, orden social y orden natural. Asimismo Hegel va produciendo el cambio mediante la superación de los opuestos: “*Todo lo real es racional, todo lo racional es real*”, método y sistema, Dialéctica como saber absoluto que incluye y complementa pensamiento y realidad, constituye la legitimación, frente al historicismo el romanticismo, borra las antítesis: real-ideal, realidad-valor, necesidad libertad, historia-razón a favor del “*concepto supremo de una totalidad orgánica*”¹⁸ el “*espíritu absoluto*” en el que las partes reciben su sentido del todo, reaccionando contra el mecanicismo, absorbe la razón individual por el espíritu nacional, objetivo, popular, histórico, el derecho como

¹⁷ Ob. cit., pág. 154.

¹⁸ Ibidem, pág. 157.

un desenvolvimiento del espíritu absoluto, convertido en un hecho histórico, cediendo el puesto de lo mecánico a la estructura.

Se da importancia a la diversificación entre ciencias del espíritu y ciencias naturales, las primeras afirman al hombre y su libertad frente al orden natural, inexorable. El concepto de estructura reemplaza al mecánico, como esquema interpretativo de la realidad.

En un racconto histórico el autor intenta explicar: “*la rendición de cuentas de nuestro pasado inmediato*”¹⁹, dando preeminencia en la investigación al derecho, al Estado y a la sociedad, considera que, como todo período histórico, la Edad Moderna no tiene fecha fija de inicio, sino en las postrimerías de la declinante Edad Media y sostiene que los problemas del pensamiento actual tienen su planteo en el siglo XVIII y comienzos del XIX momento en que se desarrolla la Filosofía del Derecho, sin olvidar la escuela histórica, realiza un aporte positivo al conocimiento del derecho como realidad cultural y social, diferenciado su estudio como ciencia del “deber ser” frente a la ciencia del “ser”.

Nuevo momento del pensamiento filosófico-jurídico que supera el racionalismo abstracto del jus-naturalismo y funda la ciencia del derecho sobre una base positiva, apareciendo la plenitud del orden jurídico, destacando a Savigny quien encuentra la naturaleza del derecho como un conjunto de reglas o normas, realidad histórica que está en la vida de todo un pueblo, de toda sociedad, “espíritu del pueblo” manifestado en las costumbres, leyes escritas que nacen de él como una fuerza, una energía, y dentro del mismo el hombre incluido en el todo social, en la estructura como miembro de la sociedad en un sentido organicista. Esta construcción doctrinaria de Savigny importa una teoría científica del derecho, sobre la base de ideales jurídicos decantados por el proceso histórico, como derecho real, positivo, correspondiente al orden del “deber ser”²⁰.

En el comienzo del siglo XIX existe una reacción contra el iusnaturalismo y en general el pensamiento moderno racionalista y abstracto, a pesar de ello en su transcurso se reitera el positivismo, el cientificismo y el naturalismo que tratan de explicar las ideas de siglos

¹⁹ *Sentido y misión del pensamiento argentino*, ob. cit., pág. 153.

²⁰ Confr. *Sentido y misión del pensamiento argentino*, ob. cit.

anteriores para mejorarlas y así transformar la vida humana sobreestimando el valor de las ciencias naturales, físicas y matemáticas, llegando a postular una filosofía científica: “*el hecho y la ley que lo gobierna constituyen la única realidad*”²¹, especialmente en el principio del siglo XX. Encontramos allí la génesis del pensamiento filosófico y jurídico contemporáneo.

Montserrat, detenido en el siglo XIX como “*extraordinario, que se propuso realizar todo un inventario de las ideas que los siglos anteriores habían expuesto y movilizarlas dinámicamente en función de la vida humana, no sólo para explicarla y mejorarla sino también para transformarla*”²², ejemplos: iusnaturalismo, historicismo, idealismo, positivismo, científicismo, materialismo, etc. Le interesa especialmente el positivismo como “*el meollo del pensamiento filosófico jurídico contemporáneo*” que se basan en el valor de las ciencias naturales, físicas y matemáticas, “*siendo el espíritu y la cultura epifenómenos del mundo natural*” la filosofía reducida a los resultados de la ciencia, se pretende explicar el mundo, no comprenderlo, dice nuestro autor, captar la ley y no el sentido, no ignora la diferencia entre normas del deber ser y leyes del ser pero “*no alcanza adjudicar a cada una su propia legalidad*”, escapa a sus seguidores la idea de que el mundo real tiene una dimensión que pertenece al espíritu y a la cultura y trasciende, en consecuencia va más allá del orden natural y no puede ser explicado por “*las categorías propias de la realidad natural*”²³.

Destaca nuestro autor el esfuerzo de superación que suplanta el esquema mecánico de la realidad por la concepción estructuralista, al afirmar que uno de los rasgos más salientes de la conciencia contemporánea es la necesidad “*de liberar al hombre, su realidad humana y social del sistema de las ciencias de la naturaleza, del mundo de la necesidad, de la causalidad, para ubicarlo en el reino de la libertad*”. Se comienza con la estructura primaria el ser-en-el-mundo de Heidegger²⁴.

²¹ Ibidem, pág. 174.

²² Ibidem, pág. 172.

²³ Confr. ob. cit., pág. 172.

²⁴ Confr. *El hombre y el derecho en el mundo moderno*, ob. cit., pág. 22; y en *Sentido y misión del pensamiento contemporáneo*, ob. cit., pág. 24.

*“Entre un todo concebido como un agregado de partes y un todo estructural, hay esta diferencia: en el primero la totalidad se limita a juntar en un haz los componentes; en el segundo el compuesto importa peculiaridad y novedad respecto a las partes tomadas individualmente, la estructura agrega algo que no estaba patente en las partes pero que tiene su fundamento en ellas, como potencia, capacidad o posibilidad”*²⁵.

Son tres los principios básicos de la concepción estructuralista, el primero: *“imperio del sentido del todo sobre las partes”*, el segundo *“la idea de trascendencia”* y el tercero *“presencia constitutiva e interpretativa de elementos irracionales”*²⁶. Ante este cambio profundo, el profesor Montserrat considera el presente del hombre en una crisis consecuencia del quiebre de viejas estructuras y la presencia de nuevas estructuras, nuevos problemas y sus posibles soluciones, en su búsqueda incesante e inquebrantable de liberación del hombre: *“es el paso del esquema mecánico al esquema estructural de la realidad”*, hecho histórico, evidente, al decir de nuestro autor, tan evidente como es *“la existencia en masa ligada al concepto de enajenación que significa las instancias que el hombre no puede dominar y le obligan a someterse a ellas, para poder subsistir, esta enajenación es la que reduce al hombre a condición de masa”*²⁷ de este modo se limita su puesto y su función en la sociedad, trasciende por ello a favor del “todo social”.

Califica esta situación como *“inmensos problemas de la vida actual”*, expresa junto a Hans Freyer: *“hoy el hombre ha sido enajenado por la máquinas, por la máquina y por todo lo que implica, aunque es el hombre quien la inventa. Enajenación significa: masificación”*²⁸. Continúa: *“El carácter de masa de la existencia actual tiene sus bases reales en las leyes estructurales del sistema secundario. Estas leyes toman al hombre bajo determinadas categorías y números seriadados, hombres subsumidos como fuerzas de trabajo bajo la ley*

²⁵ *Sentido y misión del pensamiento contemporáneo*, ob. cit., pág. 24.

²⁶ Confr. *El hombre y el derecho en el mundo moderno*, ob. cit., pág. 29; y en *Sentido y misión del pensamiento contemporáneo*, ob. cit., pág. 29.

²⁷ *El hombre y el derecho en el mundo moderno*, ob. cit., pág. 30.

²⁸ *Ibidem*, pág. 31.

de la empresa, reducidos a una función específica, reemplazables, conforma tipos etiquetados: el mecánico, el gerente, la secretaria, no tienen en cuenta la persona, la masa aísla al individuo” ²⁹.

Con un sentido filosófico y jurídico profundo, desde el humanismo construye su posición, desde una perspectiva especulativa y ética, totalmente comprometida en la realidad de su tiempo, signo inequívoco de su perseverante militancia intelectual como un ferviente defensor de la libertad.

Córdoba: tradición y modernidad ³⁰

En el año del Bicentenario de la Patria, se destaca el trabajo realizado por el profesor Santiago Montserrat con una convicción auténticamente humanista analizando las teorías sobre la condición humana, hace un paralelo entre la vida de un pueblo, ya sea que esté organizado como nación, provincia, ciudad, con la vida del hombre, “*siendo ésta más definida que la vida de un pueblo, que es más compleja y por momentos de difícil inteligibilidad, pero con ‘similitud de sentido’ entre ambas*” como afirma: “*desde este punto de vista, hallo en la historia de mi provincia, en la historia de mi ciudad, una unidad interna que les confiere una personalidad -y hasta una función- muy bien dibujada dentro de la historia nacional*”... “*rasgos inequívocos objetivamente válidos, que hacen de la historia de Córdoba un proceso unitario*” ³¹, con dos momentos: “*el colonial o tradicional*” que se prolonga en el tiempo a partir de mayo y “*el de la modernidad*” que tiende de a poco a imponerse.

En realidad se analiza su posición ante los problemas del presente, de su presente, su preocupación por la actitud ante el estudio de la historia, distingue: dos maneras, por una parte: “*el que se complace en investigar el presente en función del pasado*” corriendo el riesgo de quedar-

²⁹ Confr. ob. cit., pág. 33.

³⁰ *Córdoba: tradición y modernidad* (separata), Ed. Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972.

³¹ *Ibidem*, pág. 8.

se en el pasado y por otra parte: *“el que valora críticamente, es decir, constructiva y creadoramente, el pasado en función del presente”* que manteniéndose en el presente *“hace de la historia un instrumento, una herramienta y un método de esclarecimiento de su tiempo”* ³². Con este criterio, el profesor Montserrat encuentra el sentido de su realidad, dando significación al contenido histórico teniendo en cuenta que la misma depende de criterios subjetivos y de las exigencias derivadas de la situación.

Con convicción y conocimiento de la realidad cordobesa afirma el autor: *“La tradición es en Córdoba una fuerza prendida en sus entrañas, una parte elocuente de su fisonomía interior”* ³³ de este modo muestra su impronta inconfundible en el desarrollo social y cultural como centro de irradiación de las corrientes colonizadoras del Norte, especialmente en el Río de la Plata, su situación geográfica equidistante de los puntos neurálgicos, hacen que su conciencia local refleje una importante actitud religiosa y cultural, con *“una gravitación en el plano de la cultura, ejercida por Córdoba despertando en el cordobés una celosa conciencia acerca de su elevada estatura espiritual”* ³⁴.

Posteriormente, la influencia de la corriente colonizadora del Atlántico se manifiesta por las nuevas ideas, el pensamiento de la modernidad que, a pesar de considerarse de la decadencia *“se convirtió en el pensamiento de la independencia y piedra angular de nuestro desenvolvimiento institucional”* ³⁵ culminando en la Revolución de Mayo. Asimismo destaca como: *“... en las horas decisivas de la nacionalidad habría de producirse un choque entre la capital y el interior en cuanto al modo de interpretar las cuestiones fundamentales de la república, lo mismo si se trataba de la independencia que de la organización”* ³⁶.

En Córdoba el pasado rebrota y supone una continuidad en el tiempo, se concilia con las exigencias del presente: *“Un pueblo sin tradición es como un hombre sin nombre: carece de sentido. Y el sentido de una*

³² *El hombre y el derecho en el mundo moderno*, ob. cit., pág. 51.

³³ *Córdoba: tradición y modernidad*, ob. cit., pág. 9.

³⁴ *Ibidem.*, pág. 11.

³⁵ MONSERRAT, citando a GAOS, en *ibidem*, pág. 11.

³⁶ *Córdoba: tradición y modernidad*, ob. cit., pág. 12.

vida - individual o colectiva- está dado por su historia y su cultura"³⁷. Los sucesos posteriores a la Revolución de Mayo son tomados con una actitud conservadora y prudente, tanto ante el hecho revolucionario como ante los acontecimientos sociales, políticos y económicos.

Cita a Enrique Martínez Paz: "*No ha de confundirse la verdad histórica porque el bando de los españoles preparará una resistencia carente de todo calor popular y de auspicio público, ni porque más tarde, Córdoba no se dejará arrebatar de las novedades o no abrazará ciertas doctrinas con tanto ardor y, sobre todo, porque no se pusiera al servicio de los hombres del puerto, con docilidad semejante a la de otros pueblos que no poseían el tesoro de una tradición racional ni una personalidad tan firme*"³⁸, conteste con estas afirmaciones resalta la fuerza de los valores sustentados y sostenidos por su ubicación geográfica, su realidad, su historia, que afirman una vez más su personalidad. Acorde a ello, intenta averiguar en profundidad cómo el proceso desde la Revolución de Mayo que promueve la formación de los núcleos urbanos en todo el territorio del Virreynato del Río de la Plata "*alcanza a veces a conformar un cuadro dramático y ofrece un alto interés histórico y social*"³⁹.

Los núcleos urbanos aportan a la historia su voluntad expansiva a favor de un crecimiento vertical cada uno de acuerdo a su idiosincrasia, empuje que se mantuvo como potencial, a veces con frenos impuestos por la propia disciplina de la vida sedentaria del grupo social, a veces condicionantes de carácter espiritual, económico, político, militar, etc., cada población con su vida e intereses propios, con conciencia de autonomía. Con la Revolución de Mayo surge una fuerza expansiva en una doble dirección: "*guerra de independencia y participación efectiva en el gobierno general*" Córdoba no se mantiene ajena a esta voluntad, produciéndose anarquía y guerra civil contra el autoritarismo ideológico e institucional de la administración española, obtiene la participación efectiva en su lucha por la independencia a través de sus hijos: José María Paz, Bernardo Vélez Sársfield, Francisco Alvarez y otros, con una Filosofía de

³⁷ Ibidem, pág. 13.

³⁸ Citado en *Córdoba: tradición y modernidad*, ob. cit., págs. 14-15

³⁹ Ibidem, pág. 15.

vida que destaca su lucha por la libertad, “*cuyo designio concreto era la consolidación de la revolución interna y la extensión de la misma en el orden continental*”⁴⁰. Su actitud prudente, conservadora y de equilibrio espiritual que informa su personalidad determinada por su tradición espiritual y por su ubicación geográfica en el centro mismo de la república es destacada por Sarmiento en su obra *Recuerdos de Provincia*.

Nuestro autor refiriéndose a la disolución de la Junta Grande y los acontecimientos que llevan a la expulsión de los diputados del interior y la ubicación estratégica de Córdoba en su relación con Buenos Aires “*a quien disputaba la supremacía la docta ciudad central*”⁴¹.

El hilo conductor de este estudio es “*la tradición*”, adoptada como punto de referencia para definir a Córdoba por su realidad esencial que, al incorporar nuevo caudal de bienes y valores representa una proyección al futuro, forjándose así un pensamiento y una conducta hacia la modernidad, Y como afirmaba Sarmiento en la obra citada “*hay un momento como hay una persona que es a la vez el término medio entre la colonia y la república*”⁴² ante esta afirmación se impone mencionar los aportes del Deán Gregorio Funes, cancelario de la Universidad y rector del Colegio Monserrat, “*El siglo XVIII se introdujo al corazón de las colonias*”⁴³ con nuevas ideas sobre la revolución y el progreso, su institucionalización se da en la filial de la Asociación de Mayo que difundió sus ideales con convicción “*contra una tiranía restauradora del orden colonial*”, como lo dice Lucio V. Mansilla fueron minando el pensamiento tradicional para llegar posteriormente a una Córdoba, distinta, según Montserrat: “*Córdoba es hoy una urbe moderna y cosmopolita. Difícilmente puede reconocerse ahora, a simple vista, muchos de los rasgos que forman aún su sólida tradición*”⁴⁴ con una fuerza conservadora que cede día a día más, se van abriendo caminos, nuevos rumbos trazados especialmente por la dinámica del presente, el proceso de industrialización, fábricas, rascacielos, avenidas.

⁴⁰Ibidem, págs. 18-19.

⁴¹Ibidem, p. 20.

⁴²Citado en ob. cit., pág. 23.

⁴³*Córdoba: tradición y modernidad*, ob. cit., pág. 24.

⁴⁴Ibidem, pág. 27.

Se concluye con afirmaciones del profesor Montserrat, que lo muestran como un pensador comprometido con la realidad de su época, interpretando la tradición en un sentido positivo:

A. “*Bien entendida, la tradición nunca se opone al progreso, no traba jamás los síntomas positivos del crecimiento*”.

B. “*Sin ella resulta imposible, crear, innovar, progresar en arte y en política, en la ciencia y en la técnica, lo mismo que en cualquier otra actividad del espíritu, de la cultura y de la historia*”⁴⁵.

Bibliografía consultada de Santiago Montserrat

El hombre y el derecho en el mundo moderno (tesis doctoral), Universidad Nacional de Córdoba, 1961.

Córdoba: tradición y modernidad, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1972.

Las Comunas: Revista de la Vida Municipal de la Provincia, publicación periódica, Ed. Las Comunas, Córdoba s/f.

Interpretación histórica del Quijote y otros ensayos, Universidad Nacional de Córdoba, 1956.

“Esteban Echeverría y el problema de nuestra expresión”, en revista de la Universidad Nacional de Córdoba, V. 43, N^{ros} 4-5, agosto-noviembre, págs. 355-383.

Antonio Machado, poeta y filósofo, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1961.

La conciencia burguesa en el Quijote, Universidad Nacional de Córdoba, 1965.

Educación: Revista de Pedagogía, publicación periódica, Ed. Instituto Pedagógico de la Escuela Normal Superior.

Facundo: crítica y polémica [Selección: Horacio Sanguinetti; Epílogo: Santiago Montserrat], Buenos Aires, Abeledo Perrot, Cuadernos del Centro de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional

⁴⁵ *Ibidem*, págs. 28-29.

de Buenos Aires (U.B.A.), N° 10, 1959; también *Facundo: crítica y polémica* (director: Saúl Taborda) Córdoba, Argentina; N° 1: mayo de 1935; N° 7: diciembre de 1939, año I, N° 1: febrero 16, 1935.

“El pensamiento contemporáneo: problemas y perspectivas” en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, V. 2, N^{ros} 4-5, septiembrediciembre, págs. 843-878.

Sentido y misión del pensamiento argentino, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963.

El humanismo militante de Saúl Taborda, Instituto Social de la Universidad Nacional del Litoral, 1956.

Palabras del arquitecto Enrique N. Montserrat

Sr. presidente de la Academia de Derecho, Sr. presidente honorario, Sres. académicos, Sr. decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, representantes de los Colegios Universitarios, presentes e invitados

Ante todo debo agradecer por este sencillo pero profundo y hermoso homenaje realizado hacia mi padre en el centenario de su natalicio que me ha llenado de orgullo y felicitar con total sinceridad a la Dra. Margarita Lladrés quien con sus palabras ha demostrado que ha estudiado y conocido en profundidad su espíritu sensible y generoso juntamente con el significado de sus obras; también reconocer al Sr. decano de la Facultad de Derecho, Dr. Ramón Yanzi Ferreira por el amplio tiempo y espacio dedicado al estudio, investigación y conocimiento respecto a la vida de mi padre.

Me es difícil en este momento de tanta emoción por las palabras escuchadas, que resulta innecesario recalcar y/o repetir parte de su obra y de su vida que tan bien han valorado con tanta exactitud y precisión sus trabajos y cualidades.

Sí quisiera destacar respecto a mi padre, que tuvo una acendrada vocación por las letras, la historia y la docencia a las que les dedicó la mayor parte de su vida como escritor y ensayista, siendo asimismo un infatigable investigador del hispanismo.

El se sintió guiado en sus comienzos por su maestro, a quien admiraba y respetaba notablemente, Saúl Taborda junto también a Deodoro Roca.

Fue un hombre que perteneció a una época donde no se encontró solo sino que junto a un grupo de amigos, profesores, estudiosos e intelectuales, todos ávidos por la literatura, la historia, el humanismo, la política y la cultura en general, donde puedo mencionar algunos que recuerdo como al profesor Adelmo Montenegro, a los Dres. Jaime Culleré, Tomás Fulgueira, Antonio Navarro, Emilio Sosa López, etc., entre tantos otros, con quienes supo compartir durante años gran parte de sus actividades. Me gustaría recordar también en este acto a quien fuera amigo y discípulo, el Dr. Francisco Delich quien se ha destacado ampliamente en su actividad universitaria por todos Uds. conocida.

Pero no puedo ni quisiera dejar de hacer alguna reflexión muy importante sobre los valores que para él fueron fundamentales en todo acto de su vida y que lo acompañaron hasta el día de su muerte, me refiero a la moral y la ética.

Conceptos que me interesa mucho remarcarlos y recordarlos como lo hago o trato de hacerlo permanentemente hoy en día en mis actos diarios y con mis hijos, ya que son conceptos o valores heredados cada vez más difíciles de encontrar en nuestra sociedad, de la que también debo decir, con total sinceridad y en mi sencilla opinión que estos valores no se han perdido sino que se encuentran, podríamos decir, obstruidos o escondidos en la mayoría de la sociedad, donde no es fácil encontrar ejemplos visibles para mostrar. Por ello creo que Uds., docentes, educadores y profesores, la mayoría ligados al ámbito educativo y universitario, que son quienes representan a un sector fundamental de nuestra sociedad y que tienen la amplia responsabilidad para continuar luchando y transmitiendo diariamente estos altos valores para volver a tener una sociedad mas sana que tanto nos merecemos.

Finalmente agradezco nuevamente a todos su presencia por este hermoso homenaje hacia mi padre.

INDICE GENERAL

	Pág.
Autoridades de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (periodo 2010-2013)	5
<i>EXPOSICIONES DE ACADÉMICOS</i>	
Los estudios de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba Siglos XIX-XX.	
Protagonistas, planificación académica y perspectivas disciplinares	
<i>por Ramón Pedro Yanzi Ferreira</i>	9
Disolución por pérdida del capital social y concurso	
<i>por Efraín H. Richard</i>	37
Algunas consideraciones sobre el fallo de la Corte Internacional de Justicia relativo a la cuestión de las pasteras uruguayas	
<i>por Zlata Drnas de Clément</i>	79
Sistemas de garantías y responsabilidad penal de las personas jurídicas	
<i>por Carlos J. Lascano</i>	95
Breve estado del arte de la ética judicial en la provincia de Córdoba	
<i>por Armando S. Andruet (h)</i>	109
Autonomía de la voluntad en las relaciones del trabajo Justicia social, principio de protección e irrenunciabilidad. Una concepción robusta de los derechos individuales del trabajador de fuente contractual	
<i>por Raúl Altamira Gigena y Gabriel Tosto</i>	135

Los aspectos financieros y económicos del federalismo argentino <i>por Antonio M. Hernández</i>	165
Potestades de la administración en materia contractual <i>por Julio Altamira Gigena</i>	199
La usucapión por el condómino y demás comuneros <i>por Gabriel B. Ventura</i>	217
Estado actual del recurso de casación penal en Argentina <i>por José I. Cafferata Nores</i>	231

INCORPORACIÓN DE ACADÉMICOS CORRESPONDIENTES EXTRANJEROS

Recepción del académico correspondiente en la República de Perú, Dr. Carlos Ramos Núñez. - Presentación estuvo a cargo del Señor académico Dr. Ramón Pedro Yanzi Ferreira, en acto público llevado a cabo el 6 de abril de 2010	249
- Exposición del Dr. Carlos Ramos Núñez	252

HOMENAJES

Acto de Homenaje in memoriam del ex académico de número

Dr. Nelson C. Dellaferrera

- Palabras del Pbro Dante E. Simón SDB	255
- Palabras del Dr. Ramón P. Yanzi Ferreira	261

Homenaje al ex académico de número Dr. Santiago Montserrat Berga en el centenario de su natalicio

- Palabras pronunciadas por el señor académico de número doctor Ramón Pedro Yanzi Ferreira	267
- Palabras pronunciadas por la Dra. Margarita Julia Llabrés - Profesora titular de la Cátedra “A” de Filosofía del Derecho y Cátedra “A” de Problemas del Conocimiento y Razonamiento Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba	277
- Santiago Montserrat. Un pensador comprometido	278
- Palabras del arquitecto Enrique N. Montserrat	292

Se terminó de imprimir en
Editorial Advocatus, Arturo M. Bas 236,
en el mes de setiembre de 2011

